REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 45 – ANO 8

MAIO E JUNHO DE 2021

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 ANTÔNIO MÁRIO DE CASTRO FIGLIOLIA
Desembargador RICARDO SANTOS FEITOSA
Desembargador MÁRCIO ORLANDO BARTOLI
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Ações Rescisórias 21
b) Agravos de Instrumento 27
c) Agravos Internos 114
d) Apelações 119
e) Embargos de Declaração 384
f) *Habeas Corpus* 391

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 394
b) Agravos Internos 444
c) Apelações 445
d) Apelações/Remessas Necessárias 508
e) Embargos de Declaração 559
f) Mandados de Segurança 566
g) Remessas Necessárias 571

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 577
b) Apelações 620
c) Cautelares Inominadas 736
d) Correições Parciais 742
e) Embargos de Declaração 748
f) *Habeas Corpus* 751
g) Mandados de Segurança 781
h) Recursos em Sentido Estrito 798
i) Revisões Criminais 809

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 816
b) Agravos Internos 840
c) Agravos Regimentais 869
d) Arguições de Inconstitucionalidade 878
e) Conflitos de Competência 881
f) *Habeas Corpus* 896
g) Mandados de Segurança 904

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 932
b) Conflitos de Competência 939
c) Conflitos de Jurisdição 961
d) *Habeas Corpus* 971

5- Câmara Especial de Presidentes 981
6- Conselho Superior da Magistratura 1000
7- Noticiário 1013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.tjsp.jus.br

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

Palácio da Justiça, Rua Onze de Agosto, s/nº, 1º andar
sala 114, São Paulo-SP, 01018-010
Telefone (11) 3117-2801/3117-2802
endereço eletrônico: bibliotecadivulgacao@tjsp.jus.br

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano VIII, n. 45, mai./jun. 2021 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2021.

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 Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Vice-Presidente
Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador Paulo MAGALHÃES da Costa COELHO

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

ÓRGÃO ESPECIAL

Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN
MOACIR Andrade PERES
Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
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

RICARDO Mair ANAFE
ANTÔNIO CELSO AGUILAR CORTEZ
ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI
Maria CRISTINA ZUCCHI
José JACOB VALENTE
JAMES Alberto SIANO
LUÍS SOARES DE MELLO Neto
CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
Claudio Antonio SOARES LEVADA
João Francisco MOREIRA VIEGAS
ROBERTO Caruso Costábile SOLIMENE
Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Vice-Presidente
Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador Paulo MAGALHÃES da Costa COELHO

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador Paulo MAGALHÃES da Costa COELHO
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA
Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER
Desembargador IASIN ISSA AHMED**
Desembargadora RENATO GENZANI FILHO**
Desembargador SULAIMAN MIGUEL NETO**
Desembargadora DANIELA MARIA CILENTO MORSELLO**
Desembargadora ANA LUIZA VILLA NOVA*

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO (Presidente)
Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto (Vice-Presidente)
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente da Seção de Direito Privado)
Desembargador Paulo MAGALHÃES da Costa COELHO (Presidente da Seção de Direito Público)
Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER (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**

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

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS***
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargadora HERTHA HELENA ROLLEMBERG PADILHA DE OLIVEIRA**
Desembargadora MARIA SALETE CORRÊA DIAS**
Desembargador FERNANDO FLORIDO MARCONDES**

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

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

Desembargador Carlos Eduardo DONEGÁ MORANDINI
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador Dácio Tadeu VIVIANI NICOLAU
Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES
Desembargador JOÃO PAZINE NETO***
Desembargadora MARIA DO CARMO HONORIO**

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

Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador FÁBIO de Oliveira QUADROS
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO e Silva Júnior
Desembargadora MÁRCIA Regina DALLA DÉA BARONE***
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
Desembargadora FERNANDA GOMES CAMACHO**
Desembargador RODOLFO PELLIZARI**

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

Desembargador VITO José GUGLIELMI
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador MAURÍCIO PESSOA
Desembargador José Carlos COSTA NETTO
Desembargador ALEXANDRE Agusto Pinto Moreira MARCONDES***
Desembargadora ANA MARIA ALONSO BALDY**
Desembargador MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES**
Desembargador ENÉAS COSTA GARCIA**
Desembargadora CRISTINA APARECIDA FACEIRA MEDINA MOGIONI*

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

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

Desembargador LUIZ ANTONIO Silva COSTA
Desembargador MIGUEL Ângelo BRANDI Júnior***
Desembargador LUÍS MÁRIO GALBETTI
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador RÔMOLO RUSSO Júnior
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**
Desembargador JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES**

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

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

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

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

Desembargador Walter PIVA RODRIGUES
Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIRÓZ***
Desembargador CÉSAR SANTOS PEIXOTO
Desembargador JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO**
Desembargador ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO**
Desembargadora MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA*

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

Desembargador JOÃO CARLOS SALETTI***
Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador ELCIO TRUJILLO
Desembargador CESAR CIAMPOLINI Neto
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**
Desembargador JAIR DE SOUZA**
Desembargador MÁRCIO ANTONIO BOSCARO**
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 MARCO FÁBIO MORSELLO**

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

Desembargador Luiz Antonio CERQUEIRA LEITE
Desembargador José JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargadora SANDRA Maria GALHARDO ESTEVES
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

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 Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO***
Desembargador MARCELO SEMER
Desembargador LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL
Desembargadora MÔNICA SALLES PENNA MACHADO
Desembargador BENEDITO ANTONIO OKUNO
Desembargador LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

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

Desembargador Edison VICENTINI BARROSO
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Junior***
Desembargador Carlos Alberto de Campos MENDES PEREIRA
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR
Desembargador ELÓI ESTEVÃO TROLY
Desembargador JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA**

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

Desembargador José Roberto COUTINHO DE ARRUDA
Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto***
Desembargador José Maria SIMÕES DE VERGUEIRO
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
Desembargador ADEMIR MODESTO**

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

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

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

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

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargador ROQUE Antonio MESQUITA de Oliveira***
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargador HELIO Marques de FARIA

10º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

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

Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI***
Desembargarora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA
Desembargador Samuel Francisco MOURÃO NETO
Desembargadora DANIELA IDA MENEGATTI MILANO**

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

Desembargador ÁLVARO TORRES JÚNIOR
Desembargador Luiz CORREIA LIMA
Desembargador LUIS CARLOS DE BARROS
Desembargador Manoel Ricardo REBELLO PINHO
Desembargador ROBERTO MAIA Filho***

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

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

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO***
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA
Desembargador FÁBIO Henrique PODESTÁ
Desembargador DÉCIO Luiz José RODRIGUES
Desembargador RÉGIS RODRIGUES BONVICINO**

22ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior***

12º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 504)

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

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador MARCOS GOZZO***
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

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***
Desembargador LÍDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO
Desembargador CARLOS ALEKSANDER ROMANO BATISTIC GOLDMAN*

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 407/425)

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

Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO***
Desembargador CLÁUDIO HAMILTON Barbosa
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA

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

Desembargador RENATO Sandreschi SARTORELLI
Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA***
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO*

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

27ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 3ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI***
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador LUÍS ROBERTO REUTER TORRO
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**
Desembargadora ÂNGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**

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 SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

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

29ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargadora SILVIA ROCHA
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa***
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
Desembargador THEMÍSTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO**
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO**
Desembargador MÁRIO DECCACHE**

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

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

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

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

Desembargador FRANCISCO Antonio CASCONI
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN
Desembargador ADILSON DE ARAUJO***
Desembargador ROSÂNGELA Maria TELLES

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

Desembargador RUY COPPOLA
Desembargador KIOITSI CHICUTA***
Desembargador FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR
Desembargador Luís FERNANDO NISHI
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA
Desembargador RODOLFO CESAR MILANO**

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 601/602)

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

Desembargador Carlos Alberto de SÁ DUARTE
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA
Desembargadora ANA LÚCIA ROMANHOLE MARTUCCI***

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

Desembargador Luiz Augusto GOMES VARJÃO***
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI
Desembargadora LÍGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador Cláudio Antonio SOARES LEVADA
Desembargador LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR
Desembargador TERCIO PIRES**

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

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

Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho
Desembargador Fernando MELO BUENO Filho***
Desembargador Antonio Carlos MORAIS PUCCI
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA

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
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI 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 PEDRO Yukio KODAMA***
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO

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

Desembargador EDUARDO Almeida Prado Rocha de SIQUEIRA
Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA***
Desembargador MÁRIO Carlos DE OLIVEIRA
Desembargador FERNANDO Luiz SASTRE REDONDO
Desembargador FLÁVIO CUNHA DA SILVA
Desembargadora ANNA PAULA DIAS DA COSTA**

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 509 — 4ª feira — quinzenal — 10:00 horas — PJ)

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador CESAR CIAMPOLINI Neto***
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
Desembargadora JANE FRANCO MARTINS**

2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 501 — 3ª feira — quinzenal — 10:00 horas — PJ)

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES***
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador MAURÍCIO PESSOA
Desembargador JORGE TOSTA**

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

26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador PEDRO Luiz BACCARAT da Silva
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA

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

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 501)

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

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

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

Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador RENATO DELBIANCO
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Desembargador CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI***
Desembargador CARLOS Vieira VON ADAMEK
Desembargadora MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO**

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

Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador Armando CAMARGO PEREIRA
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ***
Desembargador KLEBER LEYSER DE AQUINO
Desembargadora PAOLA CHRISTINA CALABRÓ LORENA DE OLIVEIRA**

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

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

Desembargador Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
Desembargador RICARDO Santos FEITOSA***
Desembargador OSVALDO MAGALHÃES Júnior
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI
Desembargadora ANA Luiza LIARTE
Desembargador FRANCISCO CARLOS INOUYE SHINTATE**

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
Desembargador Antonio Carlos ALVES BRAGA JÚNIOR
Desembargadora SILVIA MARIA MEIRELLES NOVAES DE ANDRADE**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP***
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Desembargador AFONSO de Barros FARO JÚNIOR
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

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

12ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY
Desembargador OSVALDO José DE OLIVEIRA
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva***
Desembargador José Roberto de SOUZA MEIRELLES

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
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA***
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN
Desembargador DJALMA RUBENS LOFRANO FILHO**
Desembargador JULIO CESAR SPOLADORE DOMINGUEZ**

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

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

Desembargador GERALDO Euclides Araújo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO Augusto MACHADO DE BARROS Filho***
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador ALOÍSIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO**

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

Desembargador Oswaldo ERBETTA FILHO***
Desembargador Antonio Teixeira da SILVA RUSSO
Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador RAUL José DE FELICE
Desembargador EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO**
Desembargadora TÂNIA MARA AHUALLI**

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 HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Desembargador RICARDO Cunha CHIMENTI**
Desembargador MARCO ANTONIO BOTTO MUSCARI**

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 LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO**
Desembargador MARCO AURÉLIO PELEGRINI DE OLIVEIRA**

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

Desembargador ANTONIO José Martins MOLITERNO
Desembargador RICARDO GRACCHO
Desembargador ALBERTO GENTIL de Almeida Pedroso Neto
Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA
Desembargador CARLOS Fonseca MONNERAT***
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO**
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA**
Desembargador MARCO AURÉLIO PELEGRINI DE OLIVEIRA**

GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 612)

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

Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior***
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
Desembargador MARCELO Martins BERTHE

2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 612 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

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

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

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

1ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 2ª feira — 10:00 ou 13:30 horas — PJ)

Desembargador MÁRCIO Orlando BARTOLI***
Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES
Desembargador MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
Desembargador IVO DE ALMEIDA
Desembargador Carlos Eduardo ANDRADE SAMPAIO
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

2ª Câmara de Direito Criminal (sala 609 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE
Desembargadora ELY AMIOKA**
Desembargador ANDRÉ CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**

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

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

Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador Luiz TOLOZA NETO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador CESAR MECCHI MORALES***
Desembargador Antonio ÁLVARO CASTELLO
Desembargador AIRTON VIEIRA**
Desembargador JAYME WALMER DE FREITAS**

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

Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida***
Desembargador EDISON Aparecido BRANDÃO
Desembargador ROBERTO Teixeira Pinto PORTO
Desembargadora IVANA DAVID**

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

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

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

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

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA
Desembargador Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE
Desembargador Cassiano Ricardo ZORZI ROCHA
Desembargador Júlio Caio FARTO SALLES***
Desembargador EDUARDO Crescenti ABDALLA
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**
Desembargador MARCOS ANTONIO CORRÊA DA SILVA**

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

7ª Câmara de Direito Criminal (sala 236 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
Desembargador Aguinaldo de FREITAS FILHO
Desembargador Luiz OTAVIO de Oliveira ROCHA***
Desembargador REINALDO CINTRA Torres de Carvalho
Desembargador KLAUS MAROUELLI ARROYO**
Desembargador ADILSON PAUKOSKI SIMONI**

8ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador SÉRGIO Antonio RIBAS***
Desembargador MARCO ANTÔNIO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador MAURÍCIO VALALA
Desembargador JUSCELINO BATISTA
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA
Desembargadora ELY AMIOKA**
Desembargador JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS**
Desembargador FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA**

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

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

Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador Roberto GRASSI NETO
Desembargador ALCIDES MALOSSI JUNIOR
Desembargador SILMAR FERNANDES
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO
Desembargadora MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES**

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

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior
Desembargadora Maria de Lourdes RACHID VAZ DE ALMEIDA***
Desembargador NELSON FONSECA JÚNIOR**
Desembargador ULYSSES DE OLIVEIRA GONÇALVES JÚNIOR**

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

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

Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER
Desembargadora MARIA TEREZA DO AMARAL
Desembargador Nilson XAVIER DE SOUZA***
Desembargador ABEN-ATHAR de Paiva Coutinho
Desembargador ALEXANDRE Carvalho e Silva de ALMEIDA***
Desembargador EDISON TETSUZO NAMBA**

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

Desembargador Carlos VICO MAÑAS
Desembargador JOÃO Luiz MORENGHI
Desembargador PAULO Antonio ROSSI
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO***
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS
Desembargador HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 403)

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

Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA
Desembargador Ronaldo Sérgio MOREIRA DA SILVA
Desembargador MARCELO Coutinho GORDO***
Desembargador MARCELO SEMER
Desembargador XISTO AUBARELLI RANGEL NETO**

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 201/203 OU 609)

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

Desembargador Fábio POÇAS LEITÃO
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargador CLÁUDIO Antonio MARQUES da Silva***
Desembargadora GILDA Cerqueira ALVES BARBOSA Amaral DIODATTI
Desembargador GILBERTO FERREIRA DA CRUZ**

16ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

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

*** — Presidente

** — Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

* — Juiz Auxiliar

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

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU
(em ordem de antiguidade)

Maurício Fiorito
Nuncio Theophilo Neto
Lauro Mens de Mello
Ricardo Cunha Chimenti
Ivana David
Sílvia Maria Meirelles Novaes de Andrade
Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino
Hélio Nogueira
Tercio Pires
José Aparício Coelho Prado Neto
Djalma Rubens Lofrano Filho
Afonso Celso da Silva
Nelson Fonseca Júnior
Airton Vieira
José da Ponte Neto
Marcelo Lopes Theodosio
Iasin Issa Ahmed
Laerte Marrone de Castro Sampaio
Themístocles Barbosa Ferreira Neto
Osni Assis Pereira
Heloísa Martins Mimessi
Nazir David Milano Filho
Diniz Fernando Ferreira da Cruz
João Batista de Mello Paula Lima
Sérgio Leite Alfieri Filho
Alfredo Attié Júnior
Eurípedes Gomes Faim Filho
Julio Cesar Spoladore Dominguez
Jairo Brazil Fontes Oliveira
Marcos Antonio Corrêa da Silva
Marcos Pimentel Tamassia
Durval Augusto Rezende Filho
Ely Amioka
Alexandre Coelho
José Rubens Queiroz Gomes
João Antunes dos Santos Neto
Fernanda Gomes Camacho
Gilberto Ferreira da Cruz
Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho
Antonio Luiz Tavares de Almeida
Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes
Renato Genzani Filho
Ana Maria Alonso Baldy
Rodolfo Pellizari
Daniela Ida Menegatti Milano

Clara Maria Araújo Xavier
Fernão Borba Franco
Hertha Helena Rollemberg Padilha de Oliveira
Maurício Campos da Silva Velho
Sulaiman Miguel Neto
Paola Christina Calabró Lorena de Oliveira
Silvana Malandrino Mollo
Lavínio Donizetti Paschoalão
Jair de Souza
Marco Fábio Morsello
José Eduardo Marcondes Machado
Jayme Martins de Oliveira Neto
Marcus Vinícius Rios Gonçalves
Maria do Carmo Honorio
Benedito Antonio Okuno
Marco Aurélio Pelegrini de Oliveira
Heitor Donizete de Oliveira
Maria de Fátima dos Santos Gomes
Rogério Marrone de Castro Sampaio
Edison Tetsuzo Namba
Rogério Murillo Pereira Cimino
Xisto Albarelli Rangel Neto
José Vitor Teixeira de Freitas
Daniela Maria Cilento Morsello
Francisco Carlos Inouye Shintate
Régis Rodrigues Bonvicino
Marcos Alexandre Coelho Zilli
Klaus Marouelli Arroyo
Tânia Mara Ahualli
Adilson Paukoski Simoni
Alexandre David Malfatti
Enéas Costa Garcia
Jayme Walmer de Freitas
Maria Salete Corrêa Dias
Freddy Lourenço Ruiz Costa
Marco Antonio Botto Muscari
Maria Fernanda de Toledo Rodovalho
André Carvalho e Silva de Almeida
Márcio Antonio Boscaro
Rodolfo César Milano
Anna Paula Dias da Costa
Ademir Modesto de Souza
Fernando Florido Marcondes
Ana Luiza Villa Nova
Mário Daccache
Ulysses de Oliveira Gonçalves Júnior
Jorge Tosta
Jane Franco Martins

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2262575-65.2019.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é autor PEDRO HENRIQUE PERINI KOTZ, é réu ASIA SHIPPING TRANSPORTE INTERNACIONAIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41621)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente sem voto), MIGUEL PETRONI NETO e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 5 de maio de 2021.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA INTENTADA VISANDO TER POR RESCINDIDA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PROCEDENTE AÇÃO DE COBRANÇA DE SOBREESTADIA DE "CONTAINER" - ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO RESCINDENDA CONTRARIA NORMA JURÍDICA VIGENTE, TANTO DIANTE DA NULIDADE DA CITAÇÃO PROMOVIDA NOS AUTOS DA AÇÃO DE COBRANÇA, QUANTO EM RAZÃO DA NÃO COMPROVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA RECONHECIDA PELO JUÍZO - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO ARGUIDA EM CONTESTAÇÃO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PARA DISCUTIR ASPECTO RELATIVO A EVENTUAL NULIDADE DE CITAÇÃO PROMOVIDA NOS AUTOS DA AÇÃO DE COBRANÇA - PRECEDENTES NESSE SENTIDO - ALEGAÇÃO DE ERRO DE FATO, UMA VEZ QUE O DEMAN-

Acesso ao Sumário

DANTE AGIU COMO PREPOSTO DA EMPRESA "ROTTA COMEX ASSESSORIA ADUANEIRA LTDA." - EQUIVOCO QUE RESULTOU DEMONSTRADO NOS AUTOS - ELEMENTOS COLIGIDOS AO FEITO QUE PERMITEM CONCLUIR QUE O DEMANDANTE NÃO DEVE RESPONDER PESSOALMENTE POR EVENTUAL DÉBITO DECORRENTE DO ATRASO NA DEVOLUÇÃO DE "CONTAINER", NOTADAMENTE POR TER ATUADO COMO PREPOSTO DA EMPRESA DESPACHANTE "ROTTA COMEX ASSESSORIA ADUANEIRA LTDA." - AÇÃO RESCISÓRIA QUE COMPORTA ACOLHIDA - RESCISÓRIA PROVIDA - AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Tratam os autos de Ação Rescisória proposta por **PEDRO HENRIQUE PERINI KOTZ** contra **ASIA SHIPPING TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA**., o que faz na busca de ver rescindida a R. Sentença que vem juntada a fls. 32/36, pela qual foi julgada procedente Ação de Cobrança nº 1017555-83.2017.8.26.0562, que tramitou perante a 4ª Vara Cível da Comarca de Santos, momento em que o Juízo condenou solidariamente os ocupantes do polo passivo da Ação de Cobrança ao pagamento de R$ 20.403,97 (vinte mil quatrocentos e três reais e noventa e sete centavos), valor esse que dizem respeito a cobrança de "*demurrage*", além de custas e despesas processuais decorrentes da sucumbência, bem como por força dos Honorários Advocatícios devidos, estes por sua vez fixados em 10% sobre o valor total atualizado da condenação.

Dizendo da incorreção da R. Sentença como proferida, busca o autor sua rescisão, sustentando para tanto que o entendimento adotado pelo Juízo foi proferido contrariamente a norma jurídica, haja vista que a citação ficta, conforme promovida nos autos principais, se deu sem que fossem esgotados todos os meios direcionados a sua citação pessoal, inviabilizando o efetivo exercício, tanto do contraditório, quanto da ampla defesa. No mais, e em complemento, ressalta que somente veio tomar conhecimento da condenação que lhe foi imposta por ocasião da fase do Cumprimento de Sentença, daí porque sustenta ser de rigor a anulação do procedimento adotado nos autos da Ação de Cobrança em questão, com a natural devolução de prazo para apresentação de sua peça defensiva, e por força do consequente prosseguimento do feito original até seus ulteriores termos.

Quanto ao mérito, caso reconhecida a validade da citação levada a cabo

Acesso ao Sumário

nos autos da Ação de Cobrança, sustenta que o entendimento adotado pelo Juízo deixou de observar o conjunto probatório coligido ao todo processado, mormente no que se refere ao fato de que, por ocasião do desembaraço aduaneiro, atuou como funcionário da empresa "Rotta Comex Assessoria Aduaneira Ltda.", e não pessoalmente como equivocadamente reconheceu o Juízo por ocasião do sentenciamento do feito, o que permite entender que resultou assim configurada a presença de erro de fato, isso porque não possa responder pessoalmente por eventuais débitos decorrentes do atraso na devolução de "containers", fatos estes que demonstram a conclusão equivocada atingida pela V. Decisão rescindenda, pois se mostra manifestamente contrária a legislação em vigor, daí o porque de pedir pela procedência da presente rescisória, de sorte a ser rescindida a R. Sentença, esta que indica capenga, para que assim seja dada adequada e correta interpretação, tanto aos fatos, quanto ao direito colocados em xeque, de sorte a se afastar a condenação que lhe foi indevidamente imposta diante da incorreta análise dos autos da Ação de Cobrança.

Indeferida a gratuidade de justiça como pranteada pelo demandante (fls. 370/371), e depois de recolhidas as custas processuais devidas (fls. 374/377), a seguir foi determinada a citação da ré, bem como deferida a liminar pretendida pelo autor, o que se deu no sentido de impedir o levantamento de eventuais valores constritos em seu nome nos autos da Ação de Cobrança nº 1017555-83.2017.8.26.0562, ao menos até o julgamento da presente demanda (fls. 381/382).

Devidamente citada (fls. 395), a ocupante do polo passivo, a seguir, apresentou sua peça defensiva (fls. 397/402), ocasião em que arguiu sob a forma de preliminar aspecto relativo a carência de ação, isso porque eventual nulidade de citação deve ser arguida por meio de "*Ação de Querella Nullittatis Insanabilis*", e não por meio da presente demanda, sendo certo que, quanto ao mérito, se bateu pela inexistência de erro de fato, sustentando ser adequada a responsabilização solidária dos ocupantes do polo passivo da Ação de Cobrança como por ela movimentada, razão pela qual pediu pela improcedência da Rescisória em desate.

Depois de apresentada a peça defensiva o autor se manifestou em réplica (fls. 474/477), momento em que rebateu os pontos apresentados pela empresa demandada, insistindo na procedência da ação como proposta nos autos.

Instadas as partes a especificar as provas que pretendem produzir (fls. 479), a ré não manifestou interesse em produzi-las (fls. 485), pranteando o autor pela produção de prova testemunhal (fls. 482/483), pretensão esta que foi indeferida, o que se deu diante impossibilidade de se comprovar a verificação das hipóteses previstas pelo artigo 966, do Código de Processo Civil, com suporte na produção da prova buscada (fls. 487), sendo então Concedida oportunidade para apresentação de falas finais, estas que foram devidamente encartas ao feito, momento em que os interessados reiteraram as posições já assumidas no feito,

Acesso ao Sumário

(fls. 490/492, e 494/497), este que veio então a conclusão.

É o relatório.

Antes de qualquer análise, cabe enfrentar a preliminar levantada pela ré em sua peça defensiva, pela qual a ocupante do polo passivo busca ver reconhecida a inadequação da via eleita para discussão de eventual nulidade de citação, preliminar essa que comporta acolhida por parte desta Turma Julgadora.

Partindo da singela introdução acima indicada, e ainda que se coloque em xeque a validade da citação como levada a cabo nos autos da Ação de Cobrança, haja visto que pelo "Aviso de Recebimento" juntado a fls. 271, se mostra possível verificar que a carta direcionada a citação pessoal de Pedro Henrique Perini Kortz, apesar de devidamente encaminha para o endereço informado pelo demandante em sua peça primeira (fls. 01/24), foi devolvida ao remetente em decorrência da insuficiência de endereço (faltou o número do apartamento), é de se ter por certo que para dirimir tal questão, competia a parte interessada ingressar com "*Ação de Querella Nullittatis Insanabilis*", nos exatos termos em que arguido pela empresa demandada em sua resposta, sendo importante anotar nesse exato ponto que não comportam aplicação ao caso dos autos os princípios definidores, tanto da fungibilidade, quanto da instrumentalidade das formas, isso porque eventual irregularidade na citação promovida deveria ser apreciada junto ao Juízo de 1º Grau, sob pena de supressão de Instância, o que não pode ser tolerado pelo ordenamento jurídico vigente, daí porque não deve se constituir em alvo conhecimento o inconformismo nesse sentido tirado, uma vez que se mostra totalmente divorciado da realidade legal hoje vigente.

Nesse sentido, é caso de se conferir o entendimento adotado por ocasião do julgamento da Ação Rescisória nº 2234830-13.2019.8.26.0000, o que se deu perante a 6ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aos 13 e dezembro de 2019, por Voto da lavra do Desembargador Rodolfo Pellizari, ocasião em que assim dispôs acerca do tema:

"**AÇÃO RESCISÓRIA. Procedência da ação de obrigação de fazer, consistente no pagamento, à requerente, de cota parte do imóvel herdado em decorrência do falecimento de seu marido. Alegada nulidade absoluta do processo por falta de citação da coproprietária. Carência de ação por inadequação da via eleita. Não cabe ação rescisória por nulidade de citação, uma vez que inexiste coisa julgada sem a devida formação de relação processual válida. Hipótese de querela nullitatis insanabilis. Impossibilidade de aplicação dos princípios da fungibilidade e da instrumentalidade das formas, porquanto a competência para julgar a ação declaratória de nulidade é do juízo de primeiro grau, que proferiu o ato judicial imputado como nulo. Petição inicial indeferida. Precedentes do A. STJ e desta C. 6ª Câmara de Direito Privado. PROCESSO EXTINTO, sem resolução do mé-**

Acesso ao Sumário

rito, nos termos do art. 485, incisos I e VI, do CPC."

No mesmo sentido:

"**Embargos de declaração - erro material - alegação de necessidade da aplicação do princípio da fungibilidade por se tratar de matéria de ordem publica - Não cabe ação rescisória por nulidade de citação, uma vez que inexiste coisa julgada sem a devida formação de relação processual válida. Hipótese de querela nullitatis insanabilis - Impossibilidade de aplicação dos princípios da fungibilidade e da instrumentalidade das formas, porquanto a competência para julgar a ação declaratória de nulidade é do juízo de primeiro grau, que proferiu o ato judicial imputado como nulo - Reapreciação de tese jurídica - Enfrentamento das teses apresentadas - Inequívoco caráter infringente - Embargos rejeitados.**" (TJSP; Embargos de Declaração Cível 2019112-23.2020.8.26.0000; Relator (a): Moreira Viegas; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 32ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/06/2020; Data de Registro: 15/06/2020)

"**AÇÃO RESCISÓRIA - Não cabe ação rescisória objetivando a declaração de nulidade por ausência de citação, uma vez que não há que se falar em coisa julgada se inexistiu a formação de uma relação processual válida, sendo certo que: (a) o vício apontado autoriza a propositura da "querela nullitatis"; e (b) não é possível aplicar os princípios da fungibilidade e da instrumentalidade das formas, porquanto a competência para julgar e apreciar a "querela nullitatis" é do MM Juízo de primeiro grau, que proferiu o ato judicial imputado como nulo - Julgamento de extinção do processo, sem apreciação do mérito, com base no art. 485, VI, do CPC/2015 (correspondente ao art. 267, VI, do CPC/1973).**" (TJSP; Ação Rescisória 0068815-35.2012.8.26.0000; Relator (a): Rebello Pinho; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 11/12/2017; Data de Registro: 12/12/2017)

Superado esse primeiro aspecto, e agora em relação a questão de fundo em si considerada, é de se reconhecer que a ação como proposta comporta acolhida por parte da Turma Julgadora, uma vez que a análise da matéria como desenvolvida pela R. Sentença que se busca rescindir, não se mostra em harmonia com os ditames da Lei vigente, e por consonância, com os elementos de cognição encartados ao todo processado.

Diante do quanto exposto, e conforme se verifica da peça primeira, a presente ação foi intentada com o objetivo de se ter por reconhecida a presença de erro de fato (artigo 966, VIII, do CPC), pois segundo sustenta o autor, o Juízo reconheceu equivocadamente a responsabilidade solidária dos então ocupantes do polo passivo da Ação de Cobrança pelo pagamento de valores decorrentes da sobreestadia de "containers", o que se deu mesmo diante da existência de

Acesso ao Sumário

elementos que permitissem concluir que o ora demandante agiu como preposto da empresa "Rotta Comex Assessoria Aduaneira Ltda.".

Assim, e ainda que o demandante tenha efetivamente assinado o "Termo de Compromisso de Devolução de Containers Provenientes de Transporte Unimodal", conforme encartado a fls. 38/40, é de se ter por certo que por meio de tal documento se verifica que o autor atuou efetivamente como preposto da empresa "Rotta Comex Assessoria Aduaneira Ltda.", haja vista que no local indicado para o carimbo do Despachante se encontram estampados os dados da empresa em questão (fls. 40), sendo certo ainda que tanto o endereço eletrônico (endereço eletrônico constante no texto original), quanto o endereço físico (AV. MARCOS KONDER, 805, SALA 709 - ITAJAI/SC), conforme fornecidos na ocasião pelo autor, se vêem vinculados a empresa "Rotta" (fls. 38).

Importante anotar também que a "Carteira de Trabalho e Previdência Social", conforme cópia que segue juntada a fls. 44/46, comprova que o demandante figurava como funcionário da empresa "Rotta" na data em que foi assinado o "Termo de Compromisso de Devolução de Containers Provenientes de Transporte Unimodal" (fls. 38/40), circunstâncias essas que se mostram suficientes para excluir a responsabilidade pessoal do ora demandante, notadamente porque, diga-se uma vez mais, o autor atuou como preposto da empresa despachante, fato esse não observado com a devida correção pelo Juízo responsável pelo andamento da Ação de Cobrança que culminou na R. Sentença se pretende rescindir.

Diante do quanto exposto, de rigor firmar entendimento no sentido de que se mostra de rigor o acolhimento da pretensão deduzida pelo autor, uma vez que não configurada sua responsabilidade em relação a quitação dos valores buscados na Ação de Cobrança, ainda que assim reconhecidos pela R. Sentença rescindenda.

À luz do quanto exposto, e sempre diante da análise dos elementos que constam do feito, é caso de se julgar procedente a Ação Rescisória como intentada, o que se promove com pleno suporte no quanto vem disposto no artigo 487, I, do CPC em vigor, de sorte a se afastar a condenação indevidamente imposta ao autor nos autos da Ação de Cobrança nº 1017555-83.2017.8.26.0562, o que implica na necessária extinção do incidente de Cumprimento de Sentença instaurado em desfavor do ora demandante, assim como na consequente liberação de eventuais valores constritos naqueles autos, Por força do quanto definido, necessário se mostra a condenação da ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como no que toca a arcar com os Honorários Advocatícios devidos, estes que ficam agora fixados em 15% sobre o valor atribuído a demanda, nos termos do quanto vem disposto pelo artigo 85, §2º, da Lei de Ritos em vigência. No mais, fica liberado o levantamento, pelo autor, dos valores depositados com suporte no Art. 968, II, o que se tem em atenção ao quanto definido pelo artigo 974, do

Acesso ao Sumário

mesmo estatuto processual já indicado.

Pelo exposto, e por meu Voto, julgo procedente a Rescisória movimentada.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2056246-50.2021.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante VISTA MIDIA PUBLICIDADE LTDA. EPP, é agravado PXSEG SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA. EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.609)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), RENATO RANGEL DESINANO e MARINO NETO.

São Paulo, 22 de abril de 2021.

GIL COELHO, Relator

Ementa: Execução de título extrajudicial - Citação por carta - AR assinado, sem qualquer ressalva, por pessoa da família da sócia da empresa executada, que também exerce atividade profissional no mesmo endereço - Validade do ato - Manutenção do bloqueio que recaiu sobre ativos financeiros da executada, que nenhuma causa legal de impenhorabilidade suscitou nos autos - Decisão reformada pra tal mister - Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Insurge-se a agravante contra a r. decisão, copiada a fls. 198/200 (dos Autos 1000548-10.2019.8.26.0562) de determinação de expedição de mandado de levantamento eletrônico da quantia bloqueada, em favor da parte devedora

Alegou a agravante que a r. decisão contraria o disposto no ar. 833 do

CPC. Alegou, mais, ter a executada sido devidamente citada a fls. 67, no mesmo endereço que consta de seu contrato social (Rua Amazonas nº 152 Vila Belmiro, Santos/SP) deixando, no entanto, de se manifestar no prazo legal. Alegou, também, que após o bloqueio de seus ativos financeiros (R$5.404,93), a executada decidiu se manifestar na presente demanda, com infundados argumentos. Postulou pelo efeito suspensivo e pelo provimento ao agravo.

Concedido o efeito suspensivo (fls. 219), a agravada apresentou resposta (fls. 224/231).

Eis o relatório.

Vista Mídia Publicidade Ltda. promoveu em face de PXSEG Serviços e Comércio Ltda. EPP execução baseada em Contrato de Cessão de Espaço para Veiculação de Conteúdo (em 21/12/2018 - fls. 1/5 dos Autos 1000548-10.2019.8.26.0562), sobrevindo, em 04/12/2020 (fls. 145/146 dos Autos 1000548-10.2019.8.26.0562), decisão de deferimento do bloqueio de ativos financeiros da devedora, que apresentou impugnação com alegação de ausência de citação válida (em 22/02/2021 - fls. 152/158 dos Autos 1000548-10.2019.8.26.0562), sobrevindo a r. decisão de 04/03/2021 (fls. 198/200 dos Autos 1000548-10.2019.8.26.0562), da qual ora se recorre, do seguinte teor: "***Vistos etc. 1. A PXSEG Serviços Eventos Ltda. atravessou petição, aduzindo, em suma, que: a) houvera a nulidade da citação; b) o bloqueio realizado acarreta problemas ao funcionamento regular da empresa (fls. 152/190). 2. A Vista Mídia Publicidade Ltda. Ofereceu objeção à pretensão da devedora, alegando, em síntese, que: a) a citação foi válida; b) não houve impugnação quanto aos serviços contratados; c) os ativos bloqueados não são impenhoráveis. Pleiteou a expedição de mandado de levantamento dos recursos bloqueados em seu favor. É o relatório do essencial. Decido. I. É provável que a carta, destinada a citação, tenha sido recebida por funcionária da ré. O aviso de recebimento foi assinado por Adréia Mendonça. O nome pode ser acrescido, suprimido ou alterado em razão de casamento ou divórcio etc. Lembrando que carta foi recepcionada antes do início dos efeitos da pandemia no Brasil. Já se decidiu que: Em geral, a jurisprudência considera válida a citação de pessoa jurídica feita na pessoa de gerente sem poderes de representação, quando a ação se refira a negócios da respectiva agência ou sucursal em que o mesmo exerce suas funções (RSTJ 97/219 (...). No caso não há evidência de que a referida pessoa, "Andréia", tivesse poderes de representação da empresa, de modo que não há substância para se convalidar a citação por carta. Entretanto, o comparecimento espontâneo supre eventual eiva (art. 239, § 1º, do Código de Processo Civil), vale dizer, o ato atingiu os fins colimados. Se a citação da pessoa jurídica, apesar de efetuada em quem não tinha poderes para representá-la, atinge o seu objetivo, aplica-se o aforismo 'pas de nullité sans grief' (RSTJ 71/373 (...). Vale dizer, o pressuposto da peça, contendo a defesa da devedora, é o fato de que, antes disso,***

Acesso ao Sumário

tivera conhecimento do processo, daí a razão de contratar advogado para a defendê-la Nessa ordem de ideias, a partir de 22/02/2021 (fls. 152), data do comparecimento espontâneo nos autos, deve ser deflagrado o prazo para o oferecimento dos embargos, nos termos do art. 239, § 1º, segunda parte, do CPC. II. Noutro giro, a demandada trouxe prova razoável de que o bloqueio determinado afeta as finanças da empresa (e é até intuitivo que isso ocorra). Nesse contexto, decorridos 5 (cinco) desta decisão, expeça-se MLE em favor da parte devedora PXSEG. Intimem-se. Santos, 04 de março de 2021. Carlos Ortiz Gomes Juiz de Direito Titular da 9ª Vara Cível Assinatura eletrônica Lei 11.419/2006 (impressão à margem)".

Razão assiste a agravante.

Extrai-se da consulta ao site da Jucesp, ter a empresa Pxseg Serviços e Comércio Ltda. EPP sido constituída em 13/02/2015, por Antonio Marcos Pires Galhego e Alessandra Pinto da Fonseca, mesmo sobrenome de **Andrea** Pinto da Fonseca **Mendonça**, subscritora do AR de fls. 67 (dos Autos 1000548-10.2019.8.26.0562), que no mesmo endereço da empresa executada (Rua Amazonas, 152, Campo Grande, Santos/SP), integra o quadro social da Ética Administração de Bens e Condomínios Ltda. Nesse passo, embora tenha sido realizada a citação por carta, expedida ao endereço da ficha cadastral da empresa executada, foi o AR recebido e assinado por Andréia Mendonça, sem qualquer observação, daí não ser possível reconhecer a invalidade do referido ato, quer porque efetivado em pessoa da família da sócia da devedora, o que se extrai pela identidade de sobrenome (Pinto da Fonseca); quer por exercer Andréia Mendonça atividade profissional no mesmo endereço da empresa executada, consoante informações obtidas junto ao site da Jucesp.

Nesse passo, nenhuma irregularidade há que ser reconhecida na citação da empresa executada, que à época deixou de se manifestar, não se atinando com o pleito de desbloqueio de quantia formulado a fls. 152/158 (dos Autos 1000548-10.2019.8.26.0562). Isto porque, a execução realiza-se no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados (art. 797 do CPC), valendo lembrar que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei (art. 789 do CPC).

Nos termos do disposto no art. 835 do CPC, o dinheiro está em primeiro lugar na ordem de bens penhoráveis e não há outro meio menos gravoso para a devedora.

O bloqueio de ativos financeiros visa também dar maior rapidez e eficácia à satisfação do credor, daí a necessidade de que seja mantido nos autos, sem que tenha sido apresentada, pela executada, qualquer causa legal para a impenhorabilidade da quantia.

Em suma, merece reforma a r. decisão, para que seja mantido o bloqueio

Acesso ao Sumário

do montante realizado dos autos.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062952-49.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS, é agravado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28816)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente) e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 26 de abril de 2021.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: AÇÃO REGRESSIVA - SEGURO DE DANO. Ação de regresso da seguradora contra a distribuidora de energia elétrica, por sub- rogação. Direito de ação que independe do prévio requerimento administrativo. Garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição - CF, art. 5º, XXXV. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto, nos autos da **ação regressiva**, por **Bradesco Auto/Re Cia. de Seguros** contra a r. decisão de fls. 36/38 que, a fim de comprovar o interesse de agir, determinou à requerida informar, no prazo de 5 dias, se houve prévio requerimento administrativo.

Irresignada, a recorrente sustenta que não há lei que a obrigue ao prévio pleito administrativo perante a concessionária de serviço público.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo.

Desnecessária a intimação da agravada para apresentar resposta, pois ainda não citada.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Cuidam os autos de **ação de regresso** decorrente de contrato de seguro de danos, por meio da qual visa a autora o reembolso de valores pagos ao seu segurado.

Impugna a agravante a r. decisão que lhe determinou a comprovação do prévio requerimento administrativo, a fim de demonstrar seu interesse processual.

O objeto da demanda encontra encarte legal no ***caput*** do art. 786 do Cód. Civil, que dispõe: "*paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano*". E os valores ora tutelados referem-se ao regresso da importância paga a título de indenização decorrente do contrato de seguro, a teor do que dispõe a Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal.[1]

Mas, respeitada a convicção da MM. Juíza de Direito, revela-se despropositada a comprovação do prévio requerimento administrativo.

A despeito de a Resolução nº 414/2010 da ANEEL estabelecer o procedimento administrativo a ser seguido pelo consumidor, com a finalidade de solicitar o ressarcimento de danos elétricos, a ausência do prévio requerimento administrativo não impede o ajuizamento da ação.

Com efeito, as regras administrativas não podem se sobrepor à legislação processual em vigor, tampouco ao princípio do livre acesso à jurisdição, garantia prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Confira-se, nessa direção, o seguinte julgado desta C. 26ª Câmara de Direito Privado:

> "***Ação regressiva de ressarcimento de danos - Prévio requerimento na esfera administrativa - Dispensabilidade - Interesse de agir configurado -*** Pagamento de indenização garantida por apólice de seguro residencial contra danos elétricos - Prejuízos causados por oscilações na rede de energia administrada pela ré - Prova documental concludente - Responsabilidade objetiva da concessionária - Desnecessidade da comprovação da culpa - Caso fortuito não evidenciado - Exegese dos artigos 37, § 6°, da CF e 14 do CDC - Dano e nexo de causalidade demonstrados - Reparação devida - Ação procedente - Recurso provido."[2]

Diante dessas considerações, o recurso comporta acolhimento, para o fim de se afastar a necessidade de comprovação do prévio requerimento administrativo.

Postas essas premissas, **dá-se provimento** ao recurso.

1 "*O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro*".

2 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 1056372-16.2018.8.26.0100 - Rel. Des. **Vianna Cotrim** - J. 16/07/2019.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2040701-37.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante KAHACHE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., são agravados LULEG CONFECÇÕES LTDA., SERGIO ALVES FERREIRA e CLEIDE DE MORAES FERREIRA.

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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.465)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente) e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 27 de abril de 2021.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: LOCAÇÃO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DETERMINAÇÃO DE DILIGÊNCIA POR PARTE DA EXEQUENTE JUNTO AO DETRAN DO ESTADO DO PARANÁ, VISANDO APURAR EVENTUAIS DÉBITOS OU RESTRIÇÕES PENDENTES SOBRE OS BENS PENHORADOS. NÃO PREVALECIMENTO. AGRAVO PROVIDO. A colheita de informações junto ao DETRAN/PR a respeito de eventuais débitos ou restrições sobre os bens penhorados foi determinada pelo Juízo de primeiro grau e dirigida à parte exequente, por entender ser útil ao exame da causa. Entretanto, a providência atende ao interesse de atuação jurisdicional célere e efetiva e há interesse na expedição do ofício porque os dados não são obteníveis diretamente pela parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

1. Trata-se de agravo, sob a forma de instrumento, interposto por KAHACHE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. com o objetivo de alcançar a reforma de decisão proferida em ação de execução por título extrajudicial proposta em face de LULEG CONFECÇÕES LTDA., SÉRGIO ALVES

FERREIRA e CLEIDE DE MORAES FERREIRA.

Pretende a agravante seja determinada a expedição de ofício ao DETRAN do Estado do Paraná, para que informe eventuais débitos ou restrições pendentes sobre os bens constritos, de modo a permitir a apuração da viabilidade da penhora.

Recurso tempestivo e bem processado, oportunamente preparado e sem resposta da parte agravada.

É o relatório.

2. Durante o desenvolvimento da atividade executória, foi determinada a realização de pesquisa, via Renajud, visando a apuração de veículos em nome dos executados.

Acolhendo o pleito formulado pela exequente, foi deferida a penhora dos seguintes bens móveis: a) Polo GTS AE/ 2020 placas AIT9-A13; b) Reboque Angola Awa/ 2018 placas BCF-7283; c) Reboque Angola Awa/2018 placas BCC-8749; d) Motocicleta SR/Noma SR3E27 CG placas PQT-6494; e) Reboque REB/Cancao tucano placas AKQ-7863; f) Quadriciclo CAN AM OUTLANDER 570 EFI NÚMERO DE SÉRIE 3JBLGAT27HJ003784; g) Quadriculo Maverick DPS SPORT N.SÉRIE 3JB1TAX45KK001010; h) Quadriciclo Maverick DPS SPORT N.SÉRIE 3JB1TAX49KK001012. Determinou o Juízo de primeiro grau que a parte exequente providencie pesquisa junto aos órgãos administrativos a respeito da existência de débitos ou restrições, de natureza fiscal ou sancionatória incidentes sobre os bens, comprovando nos autos (fls. 301/302 dos autos principais).

Cuidou a parte credora de pleitear a expedição de ofício ao DETRAN do Estado do Paraná, para que informe a existências de eventuais débitos ou restrições pendentes sobre os bens, sob o argumento de que as informações não foram localizadas pela parte exequente e são acobertadas pelo sigilo, o que justifica a intervenção do Judiciário para obtenção dessas informações, como forma de viabilizar o cumprimento da ordem judicial (fls. 319/320).

Diante do indeferimento, sobrevém o presente inconformismo.

Inicialmente, é oportuno dizer que constitui interesse do Estado-juiz a pronta e ágil atuação. Instaurado o processo, é de interesse público o seu desenvolvimento no mais breve espaço de tempo possível, e por isso cabe ao Juízo tomar todas as providências para que o bom resultado seja alcançado, inclusive a colheita de informações.

Ao mesmo tempo, entretanto, vigora o princípio do interesse de agir, justificando a tomada de providências por parte do Juízo apenas quando realmente necessária, ou seja, quando a parte não dispõe de outros meios para alcançar o resultado.

Acesso ao Sumário

Nessa perspectiva, a expedição de ofícios visando apurar informações só realmente encontra razão de ser quando elas não são obteníveis diretamente pela parte, como ocorre no caso em exame, o que justifica a expedição de ofício ao DETRAN/PR.

Enfim, comporta acolhimento o inconformismo para se deferir a expedição de ofício ao DETRAN do Estado do Paraná para apurar as informações solicitadas pelo Juízo de primeiro grau.

3. Ante o exposto, e nesses termos, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2072990-23.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante VANDERLEI ZANETTIN, são agravados ESPÓLIO DE CELINA FELIX DA COSTA e CELINA FELIX COSTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.183)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE MARCONDES (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES.

São Paulo, 29 de abril de 2021.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. MAGISTRADO QUE DEFERIU A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EXECUTADA. INADMISSIBILIDADE. CASO EM QUE RESTAM AINDA DILIGÊNCIAS QUE PODERIAM REVELAR A EXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS DE SUA TITULARIDADE. DESCONSIDERAÇÃO, ADEMAIS, QUE É EXCEPCIONAL, EXIGINDO PROVA CONCRETA DE SEUS REQUISITOS AUTORIZADORES. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória que deferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada Top Imóvel Participações e Investimentos EIRELI, a fim se incluir no polo passivo o ora agravante.

Inconformado, o agravante sustenta, em resumo, que a executada Top Imóvel Participações e Investimentos EIRELI fora condenada ao pagamento de indenização por danos materiais ao ora agravado na importância de R$ 350.000,00, dando-se início à fase de cumprimento de sentença. Aduz que, com espeque na argumentação de que não haveriam sido localizados bens penhoráveis de titularidade da executada, o recorrido haveria promovido incidente de desconsideração da personalidade jurídica, para sua inclusão no polo passivo do cumprimento de sentença. Sem embargo, esclarece que integrara o quadro societário da executada em dois períodos: entre 05.01.2010 e 15.05.2014; e entre 06.03.2018 e 03.05.2018, sendo que atualmente a sociedade transformou-se em empresa individual de responsabilidade limitada, tendo por titular o Sr. Mauro Lobo Filho. Afirma, portanto, que já saiu da sociedade há mais de dois anos, não tendo mais qualquer responsabilidade por suas dívidas, na esteira do artigo 1.003, parágrafo único do Código Civil, que estabelece que "*até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.*" Não bastasse, salienta que a desconsideração da personalidade jurídica constitui medida excepcional, que deve ser reservada às taxativas hipóteses elencadas no artigo 50 do Código Civil, quais sejam, confusão patrimonial ou desvio de finalidade, e que não se verificam no caso presente. Conclui pela reforma.

Recebido e processado o recurso (fl. 10), ao qual se indeferiu o efeito suspensivo pleiteado.

Contraminuta às fls. 13/21.

É o relatório.

2. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória que deferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada Top Imóvel Participações e Investimentos EIRELI, a fim se incluir no polo passivo o ora agravante.

O crédito perseguido pelo exequente alcançava, em abril de 2020, quando pleiteada a desconsideração, a quantia de R$ 1.230.810,78 (fl. 1 dos autos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da executada).

Ressalvado o entendimento do douto magistrado de origem, assiste razão ao agravante.

Com efeito, afigurar-se-ia precipitada a desconsideração da personalidade

Acesso ao Sumário

jurídica da executada, ao menos nesta oportunidade, uma vez que não há prova nos autos sequer de que a separação dos patrimônios do ente moral e de seus sócios haja representado qualquer óbice à satisfação do crédito da exequente.

Basta, aliás, que se analisem os autos originários do cumprimento de sentença para se verificar que, até o momento, houve o deferimento de algumas diligências para localização de bens penhoráveis de titularidade da executada, tais como: penhora de ativos financeiros; intimação da executada para indicação de bens à penhora; expedição de ofícios a instituições financeiras para que informem se a executada é titular de títulos mobiliários; realização de pesquisa de veículos pelo sistema Renajud; expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal para que se apresentem as três últimas Declarações de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (DIRPJ) da devedora (fls. 22/24 dos autos do cumprimento de sentença).

Por ora, resultaram infrutíferas as buscas de ativos financeiros pelo sistema Bacenjud (fls. 27/29 dos autos do cumprimento de sentença), bem como de veículos pelo sistema Renajud.

Os ofícios recebidos de instituições financeiras, com efeito, até o momento, não indicaram qualquer bem penhorável de titularidade da executada (fls. 69/70; 89/90; 91/94; 96/97; 98/101; e 110 dos autos do cumprimento de sentença).

Restam, contudo, inúmeras outras diligências cabíveis, tais quais, exemplificativamente a pesquisa de Declarações de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (DIRPJ) da executada pelo sistema Infojud; bem como a pesquisa de imóveis pelo sistema ARISP. Poderia o exequente, ademais, diligenciar ele próprio na busca de eventuais outros bens de propriedade da executada.

Consta, aliás, que há pedidos de pesquisa de bens de titularidade da executada sequer analisados até o momento pelo magistrado de origem.

Ora, restando ainda inúmeras diligências que, em tese, poderiam revelar a existência de bens de titularidade da executada, não há por que malferir-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, neste momento processual.

Ressalte-se, mais uma vez, que a mitigação da autonomia patrimonial da sociedade, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica, é medida excepcional, que deve ser reservada àqueles casos expressamente previstos em lei, nos quais a sua necessidade se revele, mediante comprovação do abuso da personalidade jurídica, o que não é o caso dos autos.

Como se decidiu - aliás, com relação às teorias maior e menor, frisando-se a necessidade de se demonstrar a inexistência de bens para a satisfação do crédito, e a realização de medidas visando a sua localização:

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSO-***

NALIDADE JURÍDICA. INDEFERIMENTO.

1. A desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do CC é medida excepcional que pressupõe abuso da personalidade jurídica, caracterizado por desvio de finalidade ou por confusão patrimonial, situações não demonstradas nos autos.

2. Não se desconhece que a jurisprudência vinha admitindo o redirecionamento da execução para os sócios da pessoa jurídica também nas hipóteses de dissolução irregular desta, reputado ato irregular perpetrado pelo sócio em detrimento dos credores da empresa. Contudo, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça definiu recentemente que a dissolução, ainda que irregular, da sociedade empresária, não configura fundamento suficiente a admitir a superação da sua autonomia patrimonial.

3. Os agravantes não comprovaram a realização de qualquer diligência para a localização bens das agravadas passíveis de penhora, daí porque também não é possível afirmar que a personalidade jurídica tornou-se concretamente um obstáculo à satisfação do crédito do consumidor, a autorizar a aplicação da Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica (art. 28, § 5º, CDC). 4. Decisão mantida. Recurso não provido." (TJSP - Agravo de Instrumento 2009222-36.2015.8.26.0000 - Rel. Des. Carlos Alberto Garbi - 10ª Câmara de Direito Privado - Sorocaba - j. em 07.04.2015)

AGRAVO - Consignação em Pagamento - Fase de cumprimento de sentença por verbas sucumbenciais - Pedido de desconsideração da personalidade jurídica da agravada - Citação por edital - Não realização de todas as diligências disponíveis para tentativa de localização de bens sociais - Ausência de comprovação de requisitos necessários ao deferimento da medida extrema - Recurso não provido. (TJSP - Agravo de Instrumento 2268493-89.2015.8.26.0000 Rel. Des. Achile Alesina - 38ª Câmara de Direito Privado São Paulo j. em 27.01.2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Desconsideração da personalidade jurídica - Indeferimento - Necessidade de diligências na tentativa de localização de bens em nome da empresa executada, antes da apreciação do pedido - Inexistência dos requisitos previstos no art.50 do Código Civil - Decisão mantida - Recurso não provido. (TJSP - Agravo de Instrumento 2032131-09.2014.8.26.0000 Rel. Des. Heraldo de Oliveira - 13ª Câmara de Direito Privado São Paulo j. em 31.07.2014)

Ante o exposto, reforma-se a decisão agravada, afastando-se, por ora, a desconsideração da personalidade jurídica da executada.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2011516-51.2021.8.26.0000, da Comarca de São Simão, em que é agravante DANILO PERES MARQUES, são agravados CENTRAL ENERGÉTICA MORENO AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e AGRÍCOLA MORENO DE LUIZ ANTÔNIO LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

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 40.966)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), SÉRGIO SHIMURA e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 9 de abril de 2021.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: HABILITAÇÃO DE CRÉDITO (RECUPERAÇÃO JUDICIAL) - Crédito trabalhista - Decisão judicial que com base no art. 487, I do CPC, julgou procedente o pedido formulado para determinar que passe a figurar, em nome do recorrente, o valor total de R$ 31.688,30, classe I - Alegação de que procedeu com acordo na esfera trabalhista, restando um crédito no valor de R$ 35.000,00, e não se verificam nos autos elementos para reduzir o valor do crédito - Cabimento - Ausência de ofensa ao disposto no art. 9° inc. II da Lei n. 11.101/05 - Montante a ser incluído totalizando R$ 35.000,00 - Decisão reformada - Custas e despesas processuais a cargo das vencidas - Agravo de instrumento provido.

Dispositivo: Dão provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento interposto pelo Sr. **Danilo Peres Marques** dirigido à r. decisão proferida pelo Dr. Antônio José Papa Júnior, MM. Juiz de Direito da E. Vara Única da Comarca de São Simão, nos autos do incidente de habilitação de crédito trabalhista que promove em face das empresas **Agrícola Moreno de Luiz Antônio**, e **Central Energética Moreno Açúcar e Álcool Ltda. am-**

bas em recuperação judicial, apenso aos autos da recuperação judicial.

O nobre Magistrado, com base no art. 487, I do CPC, julgou procedente o pedido formulado para determinar que passe a figurar, em nome do recorrente, o valor total de R$ 31.688,30, classe I - créditos trabalhistas, observando-se, se o caso, o art. 83 da Lei 11.101/2005 e o Enunciado XIII do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial no quadro geral de credores da recuperação judicial referente ao Processo nº 1001008-13.2019.8.26.0589. Deixou de condenar em honorários de sucumbência por entender ausente litigiosidade, visto que não houve oposição pelo polo passivo.

Ponderou que não havia necessidade de instrução probatória para além dos documentos já juntados, e que a partir deles, verifica-se que restou demonstrado o crédito do recorrente, que não houve impugnação pelas devedoras e ainda a apresentação de parecer tanto da administradora judicial, quanto do Ministério Público pela procedência do incidente. Consignou que se trata de crédito trabalhista, e que o montante a ser habilitado será corrigido e terá incidência de juros, nos termos do art. 9°, inc. II da Lei n. 11.001/05 (fl. 260-262 dos autos originais).

Opostos embargos declaratórios (fl. 266-268 dos autos originais), rejeitados (fl. 285-286 dos autos originais), inconformado, o recorrente interpôs o presente agravo de instrumento alegando que procedeu com acordo na esfera trabalhista, restando um crédito no valor de R$ 35.000,00, e não se verificam nos autos elementos para reduzir o valor do crédito, ressaltando que a agravada não se opôs ao pedido de habilitação de crédito no valor indicado.

Aponta que o administrador judicial concordou com o valor solicitado, informando que o crédito está devidamente comprovado, pois deriva de sentença que homologou os cálculos de liquidação, que havia condenado a recuperanda ao pagamento do valor de R$ 35.000,00, de modo que tanto o agravante, a agravada e o administrador judicial concordam com o mesmo valor.

Aduz que cabe à parte contrária oferecer impugnação, se o caso, nos termos do art. 100 do CPC. Pugna pelo provimento do recurso para reformar a decisão combatida, concedendo ao agravante a habilitação do crédito no valor acordado pelas partes (fl. 1-7).

Desnecessário o recolhimento do preparo recursal, por ser o agravante beneficiário da gratuidade processual (fl. 31 dos autos originais).

O efeito suspensivo pleiteado foi concedido pelo Relator (fl. 15-20), vindo manifestação da administradora judicial opinando que o valor do crédito a ser habilitado é no importe de R$ 35.000,00 (fl. 24-27). Contraminuta pelo desprovimento do recurso (fl. 29-35), sobrevindo parecer da Exmª. Procuradora de Justiça, Dra. Selma Negrão Pereira dos Reis, pelo provimento (fl. 41-42).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

I - TEMPESTIVIDADE

O recurso é tempestivo. A r. decisão que apreciou os embargos declaratórios opostos tempestivamente à r. decisão combatida foi disponibilizada no Diário da Justiça eletrônico aos 2 de dezembro de 2020 (fl. 287 dos autos originais), e considerada publicada no dia seguinte (3/12/2020). Por sua vez, conforme consulta ao sistema interno deste E. Tribunal, a via digital do agravo de instrumento foi recebida aos 27 de janeiro de 2021, último dia inserido no prazo legal de quinze dias úteis, em virtude de os prazos processuais terem sido suspensos de 20 de dezembro de 2019 a 20 de janeiro de 2020 por força do disposto no *caput* do art. 220 do CPC/15, e inocorrência de expediente ante o aniversário da cidade de São Paulo em 25 de janeiro de 2021.

Conclusos em 29 de março de 2021.

II - DOS CONTORNOS DA LIDE

A pessoa natural agravante promoveu incidente de habilitação de crédito trabalhista (fl. 1-3 dos autos originais), referente a débito da demanda trabalhista que ajuizou, com lastro em acordo firmado entre as partes (fl. 11-13), visando a receber a importância remanescente do crédito líquido trabalhista, atualizada até 11/05/2020 no importe de R$ 35.000,00, salientando-se que o montante homologado na demanda trabalhista foi no importe de R$ 41.000,00, composto do montante devido ao agravante, e R$ 6.000,00 de honorários advocatícios (fl. 8-10).

Determinada a juntada de documentos (fl. 14 dos autos principais), e cumprida a determinação (fl. 18-30 dos autos originais), foi concedida a gratuidade processual ao ora agravante (fl. 31 dos autos originais).

Instados a se manifestarem (fl. 31 dos autos originais), as recuperandas apresentaram contestação não se opondo ao pedido do credor (fl. 33-34 dos autos originais), e a administradora judicial manifestou-se pela procedência do incidente no montante de R$ 31.688,30, observando-se o disposto no art. 9°, inc. II da Lei n. 11.101/05 (fl. 249-253 dos autos originais), sobrevindo parecer do Ministério Público, diante dos documentos juntados e da manifestação da administradora judicial, pela procedência do pedido no importe de R$ 31.688,30 (fl. 259 dos autos originais), e a decisão combatida.

Acesso ao Sumário

III - MÉRITO

O presente recurso versa tão somente acerca de o crédito do recorrente, a ser incluído no quadro geral de credores, estar corretamente atualizado até a data do pedido da recuperação judicial, em obediência ao disposto no art. 9°, inc. II da Lei 11.101/05.

Razão cabe ao recorrente.

Incontroverso que toda relação de emprego havida entre o agravante e a agravada deu-se em momento anterior ao ajuizamento do pedido recuperacio-

nal, e que integralmente concursal o crédito do reclamante.

Portanto, evidente a sujeição do crédito trabalhista ostentado na certidão trabalhista trazida pelo recorrente, ressaltando que se trata de acordo firmado entre as partes, onde ficou reconhecido por ambas que em 11/05/2020, os valores devidos eram no montante de R$ 41.000,00, sendo a importância total líquida e certa de R$ 35.000,00 devido ao reclamante, ora agravante, e a importância de R$ 6.000,00 devida ao patrono do agravante, valores estes a serem habilitados nos autos da recuperação judicial (fl. 8-10 e 11-13).

Cumpre salientar que, em que pese as agravadas terem se insurgido ao montante buscado pelo agravante ao apresentarem contraminuta (fl. 29-35), verifica-se em primeira instância, em sua primeira manifestação, elas haviam concordado com o montante (fl. 33-34 dos autos originais), e a administradora judicial, que em primeira instância entendeu que o crédito deveria ser desatualizado até a data do pedido de recuperação judicial chegando-se ao montante de R$ 31.699,30 (fl. 249-253 dos autos originais), no presente recurso, apontou que o crédito do agravante indicado no acordo no valor de R$ 35.000,00, não deveria ser atualizado monetariamente ou acrescido de juros, e por isso opinou pelo provimento do recurso (fl. 24-27).

Hipótese na qual a manifestação da administradora judicial nesta instância se mostra correta. Independentemente do fato de que o valor remanescente estava atualizado até 11/5/2020, data para qual se verificou qual o montante que as partes entenderam que ainda era devido ao agravante, estipularam que se refere ao crédito líquido trabalhista para ser incluso no quadro geral de credores da recuperação judicial.

Ademais, não acarreta prejuízo aos demais credores, visto que são sopesados os custos do processo trabalhista e reduzidas as pretensões iniciais do credor, ora recorrente pela oferta de uma proposta global para dar um fim ao incidente trabalhista.

Logo, não se mostra ofensivo ao disposto no art. 9º inc. II da Lei n. 11.101/05.

Assim sendo, a decisão deve ser reformada para constar que o crédito do agravante a ser incluso no quadro geral de credores é o montante apontado de R$ 35.000,00.

IV - DO DISPOSITIVO

Pelos fundamentos expostos, dá-se provimento ao agravo de instrumento, determinando-se a inclusão do crédito do agravante no quadro geral de credores da agravada na classe I, pelo montante de R$ 35.000,00. Dada a litigância, fixo a honorária em R$ 3.500,00, devendo as recuperandas arcar com as custas e despesas processuais.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2030654-04.2021.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante VITÓRIA SOUZA PEDREIRA DOS SANTOS, é agravado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MANUEL DA SILVA BICA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO NÃO PROVIDO NA PARTE CONHECIDA. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.311)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMPOS PETRONI (Presidente sem voto), ALFREDO ATTIÉ e ANGELA LOPES.

São Paulo, 3 de maio de 2021.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de Título Extrajudicial. Rateio condominial. DECISÃO que rejeitou a arguição de nulidade da citação e deferiu a penhora de bem imóvel. INCONFORMISMO da executada deduzido no Recurso. EXAME: nulidade da citação não verificada. Carta de citação recebida no endereço indicado pela executada em procuração judicial por ela outorgada. Circunstâncias constantes dos autos reveladoras da ciência da executada em relação ao ajuizamento da Execução. Aplicação do artigo 248, §4º, do Código de Processo Civil. Arguição de impenhorabilidade do bem imóvel e de excesso de penhora. Questões que não comportam exame nesta sede recursal, porquanto não submetida a exame no r. Juízo de origem. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO NA PARTE CONHECIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de **Agravo de Instrumento** interposto contra decisão nos autos da Execução de Título Extrajudicial que o agravado move contra a agravante, proferida pela MM. Juíza "*a quo*" nos termos fl. 84 dos autos principais.

Argumenta a executada, ora agravante, em resumo, que a citação foi efetuada em endereço diverso de seu domicílio e recebida por terceiro; tomou ciên-

cia da existência da Execução quando recebeu notificação da ordem de bloqueio de valores em suas contas bancárias; após, foi deferida a penhora do imóvel indicado; a citação é nula e esse vício constitui matéria de ordem pública, que pode ser alegada em qualquer grau de Jurisdição; o comparecimento espontâneo da parte nos autos só supre a falta de citação se não houver prejuízo; o imóvel indicado está locado para terceiro e a renda é usada para sua subsistência, sendo portanto impenhorável, por se tratar de "*bem de família*"; há excesso de penhora, porque o débito alcança R$ 5.274,16 (fls. 1/15).

Recebido o Recurso com o efeito suspensivo (fl. 23), o agravado apresentou contraminuta (fls. 26/32).

É o **relatório.**

Conforme já relatado, cuida-se de **Agravo de Instrumento** interposto contra decisão nos autos da Execução de Título Extrajudicial que o agravado move contra a agravante, proferida pela MM. Juíza "*a quo*" nos termos seguintes:

> "*Vistos. A habilitação da executada nos autos supre a alegação de nulidade da citação. Ademais, decorrido o prazo para depósito de 30% do valor do débito, nos moldes do artigo 916 do CPC, e tendo em vista o resultado negativo de bloqueio de valores (fls. 64/65), defiro o pedido de penhora do imóvel (unidade nº 02, localizada no Condomínio Edifício Manuel da Silva Bica, conforme descrito na inicial). Expeça-se o respetivo termo. Intime-se.*." ("*sic*", fl. 84 dos autos principais).

Malgrado a insistência da executada, ora agravante, a r. decisão agravada não comporta a pretendida reforma.

Com efeito, verifica-se que a carta de citação questionada foi entregue no dia 05 de agosto de 2020 em endereço indicado pela própria executada, ora agravante, em procuração judicial outorgada por ela no dia 13 de agosto de 2019 (v. fls. 32 e 37 dos autos principais).

Ressalta-se que a carta de citação foi enviada para unidade integrante de condomínio edilício, tendo sido recebida por Maicon Machado sem qualquer observação ou ressalva (fl. 37 dos autos principais), devendo ser considerada válida, conforme previsto no artigo 248, §4º, do Código de Processo Civil, que estabelece "*in verbis*":

> "*Art. 248. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe de secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz e comunicará o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório.*
>
> *(...)*
>
> § 4º ***Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que,***

entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente".

Não bastasse, impõe-se observar que, embora a alegação da agravante de que só soube da existência da Execução após sofrer bloqueio de ativos financeiros via Sistema Bacenjud, o fato é que essa primeira medida constritiva foi deferida no dia **18 de setembro de 2020** e cumprida no dia **25 seguinte** (fls. 43 e 44 dos autos principais). Contudo, a executada ingressou nos autos no dia 27 posterior, juntando Procuração específica para sua defesa no caso, datada de **12 de setembro de 2020** (fls. 45/48 e 54 dos autos principais).

Ora, considerando que a outorga da Procuração foi anterior ao deferimento do pedido de constrição de valores, patente que a executada, ora agravante, já tinha mesmo ciência quanto à existência da Execução em causa.

Como quer que seja, é sabido que "*O comparecimento espontâneo do réu ou do **executado** supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de **embargos à execução***" (v. artigo 239, §1º, do Código de Processo Civil).

Por fim, quanto à arguição de impenhorabilidade do imóvel indicado e de excesso de penhora, não comportam conhecimento, porquanto não submetidas a exame na Vara de origem. Bem por isso, o exame dessas questões nesta sede recursal implicaria supressão de Instância, o que não se pode conceber.

Resta, pois, a rejeição do Recurso na parte conhecida.

A propósito, eis a Jurisprudência:

2070334-93.2021.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Estabelecimentos de Ensino

Relator(a): Spencer Almeida Ferreira

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 38ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 23/04/2021

Data de publicação: 23/04/2021

*Ementa: AÇÃO MONITÓRIA - Cumprimento de Sentença - **Alegação de nulidade de citação e de atos subsequentes, pois o ato teria sido realizado em local onde jamais foi domicílio da ré - Citação efetuada conforme artigo 248, §4º do CPC - Aviso de recebimento assinado - Ausência de elementos aptos a desconstituir a validade do ato citatório** - Decisão mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.*

1019523-74.2020.8.26.0100

Classe/Assunto: Apelação Cível/Locação de Imóvel

Relator(a): Claudio Hamilton

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 26/04/2021

Data de publicação: 26/04/2021

Ementa: COBRANÇA CUMULADA COM DESPEJO - CONTRATO DE LOCAÇÃO - Procedência da ação - ***Nulidade da citação, afastada - Inteligência do art. 248, § 4º do CPC - Citação postal recebida em condomínio - Terceiro que que*** não recusou o recebimento do documento ou alegou ser o destinatário pessoa desconhecida ou não residente no prédio - Citação válida - *Propriedade do bem não é condição essencial para a formação do contrato, dada a existência de uma relação obrigacional entre as partes - Demanda fundada em direito pessoal - Desconhecer a existência de cláusula impeditiva de sublocação não interfere no vínculo obrigacional estabelecido entre as partes - Ausência de contestação - Revelia - Apesar da presunção relativa quanto ao disposto no art. 344 do CPC, há verossimilhança nas alegações da autora - Inadimplemento locatício - "Pacta sunt servanda" - Ausência de comprovante de depósito para purgação da mora - Inobservância ao previsto no art. 373, inc. II, do CPC - Litigância de má-fé, não caracterizada - Sentença mantida - Sucumbência recursal, nos termos do art. 85, § 11 do CPC - Recurso desprovido, nos termos do acórdão*

2080349-24.2021.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Despesas Condominiais

Relator(a): Andrade Neto

Comarca: Praia Grande

Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 20/04/2021

Data de publicação: 20/04/2021

Ementa: ***DESPESAS DE CONDOMÍNIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE CITAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - INCIDÊNCIA DO §4º DO ARTIGO 248 DO CPC*** *- PENHORA ON LINE DE ATIVOS FINANCEIROS - VALORES ENCONTRADOS EM CONTA CORRENTE DO EXECUTADO - NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE SE TRATA DE QUANTIA PROVENIENTE EXCLUSIVAMENTE DE RECEBIMENTO DE SALÁRIO OU OUTRA VERBA TIDA COMO IMPENHORÁVEL - CONSTRIÇÃO MANTIDA - AGRAVO DESPROVIDO*

2066410-74.2021.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Posse

Relator(a): Luis Fernando Nishi

Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 27/04/2021

Data de publicação: 27/04/2021

Acesso ao Sumário

*Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - **IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA - Decisão agravada que deferiu a penhora de bem imóvel de titularidade da agravante - Alegação de impenhorabilidade que deve ser deduzida perante o Juízo 'a quo', sob pena de supressão de instância** - RECURSO NÃO CONHECIDO.*

2025126-86.2021.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Direito Autoral

Relator(a): João Pazine Neto

Comarca: Santos

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 27/04/2021

Data de publicação: 27/04/2021

*Ementa: Agravo de Instrumento. Cumprimento de julgado. Insurgência dos Executados, para que sejam afastadas as determinações judiciais de apreensão de seus passaportes, bloqueio das CNHs e dos respectivos cartões de crédito, além de que seja afastada a ordem de penhora dos direitos sobre o imóvel indicado, por se tratar de bem de família. **Alegação de bem de família. Arguição e documentos apresentados que não foram submetidos ao Juízo originário. Não conhecimento, sob pena de supressão de instância**. Afastamento das medidas de apreensão de passaportes e CNHs dos Executados. Medidas que não implicam na satisfação do débito executado, além de violarem direitos fundamentais dos devedores. Execução que deve se pautar pela busca de bens passíveis de penhora. Manutenção dos bloqueios de cartões de crédito, dada sua repercussão econômica, considerado que, no caso específico do processo, foi constatado que os Executados possuem estilo de vida de alto padrão, porém, ao longo de mais de dez anos, sequer indicaram qualquer bem à penhora ou formularam qualquer proposta de parcelamento da dívida executada. Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido na parte conhecida.*

2066588-91.2019.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Registro de Imóveis

Relator(a): Galdino Toledo Júnior

Comarca: Franca

Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 14/04/2021

Data de publicação: 14/04/2021

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Obrigação de fazer, cumulada com pleito indenizatório - Designação de leilão eletrônico dos bens penhorados - Alegação de nulidade pela ausência de intimação do advogado dos executados - Descabimento - Determinação anterior de republicação das decisões em que não constatou o nome do patrono dos

Acesso ao Sumário

*devedores - Inexistência de prejuízo - **Alegação de impenhorabilidade do imóvel por se tratar de bem de família e pretensão, por força disso, de substituição do bem constrito - Inadmissibilidade, questões não apreciadas em Primeiro Grau - Impossibilidade de análise nesta sede, sob pena de supressão de instância** - Recurso desprovido.*

Impõe-se, pois, a rejeição do Recurso na parte conhecida, ficando mantida a r. decisão agravada pelos próprio e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao Recurso na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2039185-79.2021.8.26.0000, da Comarca de Leme, em que é agravante I.M.L. (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE), é agravado M.S.L.

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 40739)**

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

São Paulo, 3 de maio de 2021.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - FAMÍLIA – ALIMENTOS - Execução de alimentos - Decisão que indefere o pedido de suspensão da CNH, Cartões de Crédito e Passaporte do executado - Inconformismo que reforça a necessidade de aplicação das medidas coercitivas - Ação que vem se arrastando há longo tempo, sem que o exequente receba qualquer quantia seja relativa às obrigações vencidas, seja atuais - Caso concreto que autoriza a aplicação de medidas efetivas à satisfação do crédito alimentar - Inteligência do artigo 139, IV do Código de Processo Civil que possibilita a aplicação de medidas atípicas a fim de conferir maior efetividade à persecução do crédito - Inteligência do Enunciado nº 48 da ENFAM - Decisão reformada - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada às fls. 7, que, nos autos da execução de alimentos, dentre outras determinações, indeferiu o pedido de suspensão da carteira nacional de habilitação, apreensão do passaporte e cancelamento do cartão de crédito do executado.

2. Inconformada, insurge-se a agravante alegando, em resumo, que "*após a expedição do mandado de prisão, o executado foge do seu cumprimento, estando foragido. São diversos meses aguardando o cumprimento e nesse intervalo sem receber nada a título de alimentos. A urgência dos alimentos é presumida, quem tem fome, tem pressa*". Reitera que seu pedido está fundamentado no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil. Pede, pois, a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso.

3. O recurso foi recebido e processado, com o deferimento da liminar pretendida (fls. 9/12).

4. Contraminuta apresentada às fls. 17/19.

5. Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, opinando pelo provimento do recurso (fls. 24/26).

FUNDAMENTOS.

6. O recurso merece provimento, na esteira da decisão liminarmente proferida.

7. Não se desconhece o fato de que grande parte das medidas pretendidas pela parte exequente têm sido entendidas de forma controvertida pela jurisprudência.

8. No entanto, sensibilizo-me com a aplicação de medidas efetivas para possibilitar o recebimento do crédito, cuja execução, como no caso *sub judice*, vem se arrastando há meses, lembrando que o mandado de prisão do executado foi expedido em setembro de 2019 (vide fls. 77/78), e, de lá para cá, ou seja, passados mais de 16 (quinze) meses (*sic*), inexistem indícios de que a medida coercitiva autorizada irá surtir efeito; pelo contrário, ao que parece, segundo relato trazido pela exequente, o executado a fim de se esquivar do cumprimento da obrigação alimentar (aqui leia-se: vencida e atual), estaria foragido.

9. Com efeito, incluo-me entre os muitos que defendem uma posição mais proativa do Judiciário para a satisfação de créditos perseguidos em Juízo, principalmente considerando o total descaso do alimentante, aqui executado, em atender minimamente às necessidades básicas se sua filha, **a qual completou 9 (nove) anos dia 28 de fevereiro** (fls. 9 dos autos de origem).

10. Pudesse a parte resolver "*per si*" o conflito de interesses surgido com a pretensão resistida, desnecessária se revelaria a intervenção do Estado Juiz,

Acesso ao Sumário

único titular da força coativa. Sem isso, poder-se-ia estimular retrocesso à *manus injectio*, ao exercício arbitrário das próprias razões.

11. O Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 139, inciso IV, trouxe um viés mais proativo ao magistrado, possibilitando a adoção de medidas atípicas para a satisfação do crédito exequendo, quando perceber conduta contrária ao dever de cumprimento de obrigação jurídica pendente. Cumpre transcrever:

> "*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 da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.*"

12. Ademais, conforme preconizado no Enunciado nº 48 da ENFAM: "*O art. 139, IV, do CPC/2015 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 extrajudiciais.*"

13. **No caso dos autos, vê-se um completo descaso do genitor alimentante (repita-se), que não resgata o seu dever alimentar e instado judicialmente ao cumprimento da obrigação, mantém-se silente, em postura totalmente alheia às necessidades da alimentada, fato que evidentemente não pode ser tolerado, autorizando o uso das medidas coercitivas pleiteadas pela exequente**.

14. Assim, face às particularidades dos presentes autos, mostra-se justificada a reforma da r. decisão agravada, nos termos acima especificados.

15. Destarte, a fim de evitar futuros questionamentos desnecessários, dou por prequestionados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais e constitucionais eventualmente citados em sede recursal, **registrando-se que a oposição de embargos declaratórios com intuito manifestamente protelatório será apenada com multa, conforme prevê a legislação, notadamente o § 2º, do artigo 1.026, do Código de Processo Civil.**

16. Diante do exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2194018-89.2020.8.26.0000, da Comarca de Ubatuba, em que é agravante JOSÉ MARQUES DO VALE FILHO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado NA-

Acesso ao Sumário

TALINO BARBOSA ALECRIM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27140)**

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

São Paulo, 4 de maio de 2021.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO POSSESSÓRIA - INSURGÊNCIA EM FACE DA DECISÃO PELA QUAL FOI INDEFERIDA A CONCESSÃO DA LIMINAR DE MANUTENÇÃO DE POSSE PRETENDIDA PELO AGRAVANTE - ausência dos requisitos legais para a concessão da medida - entendimento jurisprudencial no sentido de que a decisão que concede ou denega a medida liminar em ação possessória comporta reforma em 2ª instância apenas em caso de evidente ilegalidade - ausência de qualquer vício na decisão recorrida - não demonstração da posse anterior do agravante ou da turbação supostamente praticada pelo agravado - pleito para o deferimento da designação da audiência de justificação prejudicado - agravado que já foi citado na ação principal - audiência de instrução que já foi designada - controvérsia que deve ser desatada em sede de cognição exauriente - decisão mantida - agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento tirado da ação de reintegração de posse com pedido de tutela antecipada de urgência ajuizada pelo agravante contra o agravado.

A insurgência se refere à decisão de fls. 59/61, pela qual foi indeferida a tutela de urgência requerida pelo agravante para o fim de lhe ser deferida a manutenção na posse do imóvel, por conta da turbação praticada pelo agravado.

Alegou o agravante, em suma, que estão presentes o *fumus boni iuris* e o

periculum in mora para o deferimento da liminar. Os documentos, fotografias e declarações são hábeis a demonstrar que exercia a posse sobre o bem, bem como a data da turbação, ocorrida há menos de ano e dia. Alegou que o ato de turbação é contemporâneo e em constante progressão. O indeferimento da liminar permitirá a continuidade dos atos de turbação. Subsidiariamente requereu que fosse determinada a designação da audiência de justificação. Pelo que expôs, pugnou pela reforma da decisão recorrida para o fim de lhe ser concedida a liminar para a manutenção na posse do imóvel.

Dispensada a intimação do agravado, porquanto ainda não citado.

Instrumento em ordem. Recurso processado regularmente, sem a concessão da liminar (fls. 79/80).

É a síntese necessária.

Recurso interposto no prazo, não foi efetuado o preparo porque o agravante é beneficiário da justiça gratuita.

O agravo não comporta provimento.

Há forte entendimento jurisprudencial no sentido de que a decisão que concede ou denega a medida liminar em ação possessória apenas deve ser reformada em caso de evidente ilegalidade.

É o que se verifica nos arestos abaixo colacionados:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - LIMINAR INDEFERIDA - Irresignação em relação à decisão que indeferiu a liminar de reintegração de posse - Descabimento - O exame da matéria compete exclusivamente ao juiz do feito, podendo ser alterada somente no caso de evidente abuso ou ilegalidade - Decisão mantida. Recurso não provido*" (A.I. 2164398-32.2020.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marino Neto, j. 11.08.2020);

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de reintegração de posse - Decisão que defere o pedido liminar - Como o comodato restou caracterizado a não desocupação do imóvel após o prazo da notificação extrajudicial recebida pelo agravante é suficiente para caracterizar esbulho e autorizar a reintegração da agravada na posse do imóvel - A decisão concessiva de liminar em ação de reintegração de posse somente comporta reforma em 2ª instância em caso de evidente ilegalidade, o que não se verificou na hipótese dos autos - Precedentes desta Corte de Justiça - Decisão mantida - Recurso desprovido*" (A.I. 2057506-07.2017.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, j. 24.05.2017);

"*Agravo de instrumento - Ação de manutenção posse - Liminar deferida em audiência de justificação prévia - Presença dos requisitos legais para a concessão da medida de urgência - Iterativa jurisprudência no*

Acesso ao Sumário

sentido de que a decisão que concede ou denega a medida liminar em ação possessória somente poderá ser reformada em segunda instância em caso de evidente ilegalidade - Ausência de elementos suficientes para justificar a cassação da liminar concedida - Recurso desprovido" (A.I. 2123532-55.2015.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jacob Valente, j. 14.10.2015);

No mesmo sentido, anota Theotonio Negrão:

"*Há mais de um acórdão entendendo que a decisão que concede ou denega medida liminar em ação possessória fica ao prudente arbítrio do juiz, só podendo ser reformada pelo tribunal em caso de evidente ilegalidade (RT 572/223, JTA 91/405, 98/357, 103/383)*".[1]

No caso dos autos, não se vislumbra qualquer ilegalidade evidente na decisão atacada.

Depreende-se da leitura do instrumento que o agravante ajuizou ação de manutenção de posse, sob a alegação de que adquiriu o imóvel localizado na rua Acoroá, bairro Pipoca, Horto Florestal, Município de Ubatuba. Referida área lhe foi transmitida pelo agravado em 07 de julho de 2009 (fls. 30/32). Durante esse período exerceu a posse sobre o imóvel. Em 15 de março de 2020, tomou conhecimento de que o terreno teria sido invadido pelo agravado que iniciou a construção de obra de alvenaria, inacabada ante a sua intervenção pessoal.

Com base em tais alegações, requereu a concessão da medida liminar de manutenção de posse, o que foi indeferido por meio da decisão recorrida.

O pedido liminar realmente não comportava deferimento. Não restou demonstrada a posse anterior do agravante ou a turbação de tal posse, supostamente decorrente da invasão, pelo agravado, da área indicada na petição inicial.

Os elementos dos autos não são suficientes à demonstração da suposta turbação praticada pelo agravado. No instrumento de cessão de direitos possessórios (fls. 30/32) não há especificação clara da área negociada. As fotografias juntadas a fls. 49/58 não são aptas a demonstrar a posse anterior do agravante ou mesmo que as construções iniciadas pelo agravado estejam localizadas na área objeto do litígio.

Do mesmo modo, tem-se que as declarações de fls. 69/70 constituem elementos demasiadamente frágeis para comprovar os requisitos exigidos para a concessão da liminar possessória.

Os memoriais descritivos fls. 40/45 e as plantas de situação e localização (fls. 46/48) também não se prestam a constituir prova suficiente para o deferimento da liminar. Trata-se de documentos relacionados às matrículas 14689 e 14690 que demonstram a localização de área, mas sem qualquer elemento apto

Acesso ao Sumário

1 Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme A. Bondioli - 42ª Edição, Saraiva, 2010. Nota 7 ao art. 928, p. 941.

a fazer ver a ocorrência da alegada turbação praticada pelo agravado.

De resto, no caso específico dos autos, prejudicado o pleito para a designação de audiência de justificação prévia.

A realização da referida audiência tem por objetivo dar ao autor oportunidade de justificar suas alegações, com a produção de prova oral a respeito dos requisitos para a concessão da liminar possessória. Contudo, no caso em tela, verifica-se que o agravado já foi citado na ação de origem e a audiência de instrução já foi marcada para 06/05/2021.

Diante de tais circunstâncias, não sendo possível por ora se concluir sumariamente de quem é a posse, conveniente a manutenção do estado de fato atual até que a controvérsia seja desatada em sede de cognição exauriente - facultado ao i. magistrado de 1º grau o reexame da questão, à vista da postura processual do agravado, notadamente do teor da resposta que vier a apresentar.

Assim, pelos motivos alinhavados, é caso de manutenção da decisão recorrida.

Nesses moldes, **nega-se provimento** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2025321-71.2021.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante M. C.R., é agravada V.A.F.R.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.332)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 4 de maio de 2021.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA.

I. Decisão que fixou o regime de convivência em favor da genitora. Irresignação do autor. Manutenção.

II. Pretensa revogação do regime de visitas estabele-

Acesso ao Sumário

cido, com determinação de que o convívio entre mãe e filha se dê em local público, com supervisão, e que a petiz não mantenha qualquer contato com o companheiro de sua genitora.

III. Regime estabelecido de forma diminuta, sendo importante para a retomada do convívio entre mãe e filha, sendo lastreado, ainda, nos estudos técnicos realizados na origem e no desejo da petiz de manter as visitas à genitora. Ausência, por ora, de prova de conduta desabonadora por parte da genitora quanto ao exercício do poder familiar ou de risco à menor pela convivência com a genitora, afastado o pleito de que o convívio se dê em local público ou com supervisão.

IV. Pedido para que a petiz não mantenha qualquer contato com o companheiro de sua genitora. Demonstrado nos autos que a presença do companheiro durante as visitas causa extremo desconforto à criança. Questão superada com a prolação de superveniente decisão na origem, que advertiu a genitora para não comparecer às visitas com seu companheiro, nem o aproximar da infante. Recurso não conhecido nessa parte, ante a perda superveniente de seu objeto e a falta de interesse recursal.

DECISÃO PRESERVADA. AGRAVO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fl. 552 dos autos de origem, da lavra da MM. Juíza de Direito Luciana Ferrari Nardi Arruda, que, nos autos da ação de modificação de guarda, deferiu a tutela de urgência pleiteada pela recorrida, "*para fixar visitas da mãe à criança, semanais, alternando-se entre sábados e domingos, retirando-se a criança do lar paterno às 10:00 horas, com devolução às 20:00 horas*".

Pretende-se, pelas razões de fls. 01/09, a reforma da r. decisão, argumentando-se, em síntese, que o companheiro da agravada teria abusado da menor B., fato de conhecimento da recorrida, a qual não tomou a devida providência na época, temendo pela segurança e integridade física da filha. Pugna-se pela revogação do regime de visitas estabelecido em relação à recorrida, com determinação de que o convívio entre mãe e filha se dê em local público, com supervisão, e que a petiz não mantenha qualquer contato com o companheiro

Acesso ao Sumário

de sua genitora.

O recurso foi processado, sem antecipação da tutela recursal (fls. 910/911), e foi respondido (fls. 913/929).

A Douta Procuradoria opinou pelo parcial provimento do recurso (fls. 1.000/1.003).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

2. O recurso, ressalvada a parte não conhecida, não merece ser provido.

Insurge-se o agravante contra a r. decisão que fixou o regime de convivência da recorrida junto à filha B., nos termos previstos à fl. 552 do principal, pleiteando pela sua revogação, com determinação de que o convívio entre mãe e filha se dê em local público, com supervisão, e que a petiz não mantenha qualquer contato com o companheiro de sua genitora.

Numa análise perfunctória dos autos, não se entrevê, por ora, elementos robustos para o pronto acolhimento do pedido de revogação do regime de convivência estabelecido.

Segundo entendimento firmado, a convivência sadia das crianças com ambos os genitores é direito que lhes é assegurado pela ordem jurídica, sobretudo porque figura como elemento essencial ao seu sadio desenvolvimento, nos termos do artigo 1.589 do Código Civil. Nesse sentido a doutrina de MARIA BERENICE DIAS é expressa: "**O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou a mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial**" (Manual de direito das famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 532).

Dito de outro modo, o regime de convivência com o genitor não guardião é benéfico para o próprio infante, a fim de estreitar os laços parentais e reaproximar pai e filho.

No caso em concreto, constata-se que o regime de visitas se revela diminuto e importante para a retomada do convívio entre mãe e filha, sendo lastreado, ainda, no estudo técnico realizado nos autos de origem: "*A partir desta avaliação psicológica, se observou que o litígio entre as partes ao longo dos anos de separação vem se acirrando. Quanto a infante, não pôde neste momento de entrevista sustentar um discurso coerente acerca das supostas violências sofridas com carga emocional correspondente ao narrado. Quanto à capacidade para o exercício da guarda não foram observados impedimentos para o exercício materno*" (fl. 454 do principal).

No mais, o recente estudo social, realizado em 07 de abril pp., indica que a petiz possui o desejo de manter as visitas à genitora (fls. 891/893 do principal).

Destarte, inexistindo, nesse momento, prova de conduta desabonadora

Acesso ao Sumário

por parte da recorrida quanto ao exercício do poder familiar hábil a exibir o pronto acolhimento do pedido de revogação das visitas, ou de risco à menor pela convivência com a genitora, de rigor a manutenção do regime de convivência entre mãe e filha, afastado o pleito de que o convívio se dê em local público ou com supervisão.

A controvérsia reside, no entanto, em relação à presença do companheiro da recorrida durante as visitas, o que causa extremo desconforto à criança, conforme indicado no estudo social: "*Depois de um período foi determinado que ela poderia ficar a sós com a mãe, foi quando a genitora passou a leva-la para sua casa. Referiu que em duas vezes em que sua mãe foi busca-la foi em companhia do companheiro dela e ele permaneceu na casa durante toda a visita. Ao ser questionada de como se sentiu disse: 'Ele me buscou duas vezes e ficou três vezes em casa quando eu estava lá. Eu não gostei. Um dia eu não quis ir e minha mãe ficou nervosa'. Questionada sobre a festa de aniversário realizada pela genitora ela disse: 'Foi bem legal, mas ele (padrasto) estava lá. Ai me incomoda'*" (fls. 891/892 do principal).

Aludida questão, no entanto, restou superada com a prolação da decisão de fl. 888 do principal, que acolheu o parecer do Ministério Público de origem (fl. 887 do principal), para deferir o prosseguimento da visitação materna, a ser realizada todos os sábados, das 10h às 20h (e não aos domingos), com advertência à genitora para não comparecer às visitas com seu companheiro, nem o aproximar da infante, em observância ao superior interesse da menor.

Destarte, não se conhece do recurso nessa parte, restando prejudicada a análise do recurso por este Tribunal, ante a perda superveniente de seu objeto e a falta de interesse recursal.

3. Diante do exposto, de rigor a manutenção da r. decisão recorrida.

RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2042727-08.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante GUARANI FUTEBOL CLUBE, é agravado INTERFACT FOMENTO MERCATIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.883)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente sem voto), JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO e SERGIO GOMES.

São Paulo, 5 de maio de 2021.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - "EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL" - Insurgência em face da decisão que rejeitou Impugnação à penhora de valores do executado - Dificuldades financeiras do devedor, clube de futebol, não elide a pretensão executiva da credora, haja vista que o feito executivo tramita em favor da parte exequente - Ausência de apresentação de outras alternativas, ao bloqueio financeiro. Ônus do devedor, nos moldes do art. 847, § 2º, do Código de Processo Civil - Pedido genérico de declaração de impenhorabilidade de bens incabível - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por "*Guarani Futebol Clube*", nos autos da "EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL" que lhe move "*Interfact Fomento Mercantil Ltda.*", contra a r. decisão interlocutória[1] que rejeitou a Impugnação à penhora do montante de R$3.455,63, bloqueado em conta bancária do executado.

Agrava o "*Guarani Futebol Clube*", primeiramente postulando as benesses da gratuidade da Justiça. No mais, argumenta que as suas receitas estão destinadas ao pagamento do seu enorme passivo trabalhista, o qual, inclusive, foi objeto de acordo na Justiça Obreira. Neste sentido, invocando situação de penúria econômica, postula o desbloqueio dos seus ativos financeiros. Ressalta que o valor está "diretamente ligado à Justiça do Trabalho, possuindo assim caráter alimentício". Postula, ainda, a declaração de impenhorabilidade de todo e qualquer valor que transite em suas contas, determinando-se "*que o Douto Magistrado 'a quo' expeça Ofício a 6ª Vara do Trabalho de Campinas, Proc. 0010013-09.2015.5.15.0093*".

Ante a documentação colacionada pelo agravante, a Justiça Gratuita foi negada, ao que foram recolhidas às custas do preparo, relativas ao presente agravo (fls. 30 e 35/36).

1 Fls. 523/524, dos autos principais.

O recurso foi processado com a outorga parcial de efeito suspensivo/ativo, apenas para suspender o levantamento da quantia bloqueada por quaisquer das partes, até o julgamento do recurso (fl. 38).

Contraminuta às fls. 42.

Vieram os autos conclusos para análise. Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Tal como no Agravo de Instrumento nº 2033966-22.2020.8.26.0000, o executado/agravante não apresentou razões eminentemente jurídicas, para elidir a penhora levada a cabo nos autos, haja vista, que se arvora tão somente, na alegação de dificuldades econômico-financeiras, sobretudo, ante a necessidade de saldar seu passivo trabalhista.

No entanto, a situação narrada, não configura motivo para impedir a satisfação do crédito da exequente, posto que o feito executivo, por princípio, encontra satisfação no próprio patrimônio do devedor. Consequentemente, havendo economicidade do patrimônio perquirido, nada mais justo, que sirva de meio para a realização do crédito exequendo.

Some-se a isto, o fato que, o executado/agravante, não apresentou nenhuma alternativa à penhora efetivada, malgrado seja dele, o ônus (art. 847, § 2°, do Código de Processo Civil).

Ademais, sequer há informação precisa, acerca da destinação que a quantia teria, caso liberada a penhora.

Consequentemente, reputa-se acertada a r. decisão agravada, que deve ser mantida, tal como lançada.

Por fim, não há se falar em declaração de impenhorabilidade de valores, de maneira genérica, como postulado pelo recorrente. Caso entenda, que algum valor retido, porventura seja impenhorável, deverá o agravante utilizar a ferramenta processual adequada, esclarecendo o motivo, pelo qual haveria impedimento ao bloqueio.

Isto posto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2056718-51.2021.8.26.0000, da Comarca de Cubatão, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado NEIDE MARIA MARCOLINO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24170)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 30 de abril de 2021.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Declaratória. Decisão que deferiu a tutela de urgência para limitar a soma dos descontos das prestações dos empréstimos contraídos junto ao banco réu ao patamar de 30% dos vencimentos líquidos da parte autora, sob pena de multa diária de R$200,00, limitada a 90 dias. Irresignação do réu. Fixação do limite de 30% que visa preservar a dignidade da parte autora, garantindo o mínimo existencial. Multa corretamente imposta, com vistas ao cumprimento da determinação judicial. Multa diária, porém, substituída pela multa por ato de descumprimento, a qual melhor se adequa à espécie, estabelecida a limitação de R$ 20.000,00. Precedentes. Recurso provido em parte

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento hostilizando a decisão reproduzida a fls.55/58 que, em ação declaratória, deferiu a tutela antecipada "*(...) para determinar ao requerido a limitação dos descontos na forma determinada, sob pena de imposição de multa diária no valor de R$200,00, limitada a noventa dias, (...)*"

A parte ré, ora agravante, insurge-se contra a concessão da tutela de urgência, pois sustenta que inexiste ilegalidade na atividade bancária, observado que a agravada discorre de forma imprecisa sobre as operações consignadas firmadas, que, aliás, estão limitadas à margem consignável do cliente, diferentemente dos empréstimos não consignados que não possuem tal limite. Aduz que nesse último caso, o cliente pactua livremente com o banco, conforme seu histórico de relacionamento, destacando que essa previsão contratual não é abusiva e muito menos ilegal. Assevera, ainda, que, em relação aos consignados, o valor real de comprometimento de renda autorizado é de 35% e não 30%. Pugna, por fim, pela revogação ou redução da multa fixada, com limitação e estipulação de forma mensal.

Acesso ao Sumário

Agravo processado com efeito devolutivo.

Dispensadas as informações do Juízo.

Houve resposta.

É o relatório.

A discussão em análise limita-se à concessão ou não da tutela antecipada para que os descontos efetuados pela parte ré sejam limitados a 30% dos vencimentos líquidos da parte autora, assim permanecendo até o julgamento final do feito.

Neste momento processual, portanto, importa apenas verificar o cabimento ou não da concessão tutela antecipada e, para a sua admissibilidade, como se sabe, mostra-se necessário que o postulante apresente (i) a probabilidade do direito acautelado e (ii) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, pressupostos elencados no art. 300, *caput*, do CPC.

Ao discorrer acerca dos pressupostos da tutela de urgência de natureza antecipada, lecionam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

> **3.** Requisitos para a concessão da tutela de urgência: periculum in mora. 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 a 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.
>
> **4.** Requisitos para a concessão da tutela de urgência: *fumus boni iuris*. Também é preciso que a parte comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (fumus boni iuris). Assim, a tutela de urgência visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução (Nery. Recursos, p. 452). **(Comentários ao Código de Processo Civil - livro eletrônico - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015).**

Acesso ao Sumário

No presente caso, verifica-se que as partes firmaram contratos de empréstimos, cujos valores das parcelas são descontados tanto em folha de pagamento (fls.25), quanto em conta corrente da parte agravante (fls.26).

Cumpre primeiramente destacar que, conforme posicionamento adotado por esta C. Câmara, mesmo diante do julgamento do REsp. nº 1.586.910/SP pelo C.STJ, fica mantido o entendimento da concessão da limitação a todos os empréstimos contraídos pela devedora.

Nesse sentido:

2249937-97.2019.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Bancários

Relator(a): Walter Barone
Comarca: Taquaritinga
Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 29/04/2020
Data de publicação: 29/04/2020

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Declaratória. Decisão que deferiu, em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para limitar o somatório dos descontos em 30% dos rendimentos da parte autora, com arbitramento de 'astreinte'. Irresignação do banco réu. Cabimento em parte. Fixação no limite em exame que visa preservar a dignidade da parte autora, garantindo o mínimo existencial ao devedor. Majoração de 5% que se refere à dívida contraída por cartão de crédito, que não ocorreu in casu. Multa diária arbitrada em quantia razoável. Correto o valor arbitrado pelo Juízo de origem que apresenta caráter coercitivo. Fixação do teto de R$20.000,00 para a aplicação da multa. Recurso provido em parte.

In casu, os documentos de fls. 48/52 demonstram, *prima facie*, que os débitos somados efetuados pela instituição bancária em folha de pagamento e conta corrente da agravada ultrapassam o limite de 30%, como afirmado, sendo cabível, pois, a concessão da tutela antecipada para limitá-los ao patamar em comento.

Trata-se de medida salutar que garante o mínimo existencial do devedor, observada a proteção ao salário/aposentadoria albergada pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional.

O entendimento jurisprudencial decorre da antiga redação do artigo 45, § único, da Lei 8.112/90, a qual versa sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, que estabelecia que "*mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento*".

A regulamentação veio com o Decreto nº 6.386/2008, tendo o artigo 8º definido que "*a soma mensal das consignações facultativas de cada consignado não excederá ao valor equivalente a trinta por cento da respectiva remuneração*".

Tal regulamentação foi alterada, tendo sido determinado que "*a soma mensal das consignações facultativas de cada consignado não excederá a trinta por cento da respectiva remuneração, excluído do cálculo o valor pago a título de contribuição para serviços de saúde patrocinados por órgãos ou entidades públicas*".

No que diz respeito aos empregados regidos por contrato de trabalho, o artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei 10.820/2003, que versa sobre "*autorização para*

Acesso ao Sumário

desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências", estabelece que: "no momento da contratação da operação, a autorização para a efetivação dos descontos permitidos nesta Lei observará, para cada mutuário, os seguintes limites:".

A antiga redação do inciso primeiro previa que "*a soma dos descontos referidos no art.1º desta Lei não poderá exceder a trinta por cento da remuneração disponível, conforme definida em regulamento*".

Quanto aos servidores estaduais de São Paulo, o Decreto Estadual nº 51.314/2006 prevê, em seu artigo 6º, 'caput', que "*as consignações não poderão exceder, em sua totalidade, a 50% (cinquenta por cento) dos vencimentos, proventos, soldos ou pensão do servidor público civil ou militar, ativo, inativo, reformado ou do pensionista da administração direta e autárquica*".

Apesar da previsão legal distinta para os servidores públicos estaduais, a jurisprudência consolidou-se no sentido de limitar a 30% dos rendimentos líquidos do consumidor os descontos para pagamento de empréstimos, tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, bem como porque a questão diz respeito a direitos sociais, de natureza alimentar.

Sobreveio, então, o Decreto Estadual nº 60.435/2014, tendo o seu artigo 2º reduzido a margem consignável do servidor estadual de São Paulo para o "*percentual correspondente a 30% (trinta por cento) aplicável sobre a parcela dos vencimentos, salários, soldos, proventos e pensões percebidas no mês*".

Recentemente, a Lei 13.172/2015 elevou a margem consignável para 35% dos rendimentos do servidor federal e do empregado celetista, alterando o parágrafo segundo, do artigo 45, da Lei 8.112/90, e inciso I, do parágrafo segundo, da Lei 10.820/2003.

Ocorre que o Decreto Estadual nº 61.470, de 02/09/2015, alterou a margem de consignação de 30% para 40%, referente aos servidores públicos civis e militares, ativos, inativos e reformados e de pensionistas da administração direta e autárquica e dá providências correlatas: "*Artigo 3º - A margem consignável a que se refere o item 5 do § 1º do artigo 2º do Decreto nº 60.435, de 13 de maio de 2014, fica alterada de 30% para 40%.*".

Referido art. 3º do Decreto Estadual nº 61.470, de 2.9.2015, que ampliou a margem do empréstimo consignável para 40%, foi revogado pelo Decreto Estadual nº 61.750, de 23.12.2015, em seu artigo 3º.

Note-se, ainda, que também não prospera a pretendida ampliação do referido limite consignável para 35%, com base no Decreto Estadual nº 61.750/2015 e na Medida Provisória nº 681/2015, convertida na Lei 13.172/2015, posto que tal alteração refere-se às dívidas contraídas em contrato de cartão de crédito, o que, em tese, não ocorreu *in casu*.

Confiram-se julgados deste E. Tribunal:

Acesso ao Sumário

2272809-09.2019.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Contratos Bancários

Relator(a): Walter Barone

Comarca: Osasco

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 28/02/2020

Data de publicação: 28/02/2020

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Declaratória. Decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para limitar o somatório dos descontos em 30% dos rendimentos da parte autora. Irresignação do banco réu. Descabimento. Fixação no limite em exame que visa preservar a dignidade da parte autora, garantindo o mínimo existencial ao devedor. Majoração de 5% que se refere à dívida contraída por cartão de crédito, que não ocorreu in casu. Multa diária arbitrada em quantia razoável. Correto o valor arbitrado pelo Juízo de origem que apresenta caráter coercitivo. Fixação do teto pelo Juízo de primeiro grau. Decisão mantida. Recurso não provido.

2024186-92.2019.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Bancários

Relator(a): Walter Barone

Comarca: Guararema

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 30/04/2019

Data de publicação: 30/04/2019

Data de registro: 30/04/2019

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Revisional. Decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para limitar o somatório dos descontos em 30% dos rendimentos da parte autora. Irresignação do banco réu. Descabimento. Fixação no limite em exame que visa preservar a dignidade da parte autora, garantindo o mínimo existencial ao devedor. Majoração de 5% que se refere à dívida contraída por cartão de crédito, que não ocorreu in casu. Decisão mantida. Recurso não provido.

2276036-41.2018.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Bancários

Relator(a): Walter Barone

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 26/02/2019

Data de publicação: 26/02/2019

Data de registro: 26/02/2019

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Declaratória. Decisão que deferiu em parte a tutela de urgência para limitar o somatório dos descontos em folha em 30% dos rendimentos líquidos da parte autora. Irresignação do banco corréu. Cabimento em parte. Presentes os requisitos do art. 300 do CPC. Fixação no limite em exame que visa preservar a dignidade da parte autora, garantindo o mínimo existencial ao devedor. Pedido alternativo de majoração do limite de descontos para 35% dos rendimentos. Inviável a majoração, pois o limite de 35% refere-se, exclusivamente, à dívida contraída por cartão de crédito, o que não é o caso dos autos. Inteligência do Decreto Estadual nº 61.750/15 e da Medida Provisória nº 681/2015, convertida na Lei nº 13.172/2015. Necessidade, porém, de readequação da multa fixada, a fim de se atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se o enriquecimento sem causa. Multa arbitrada em R$500,00 por ato de descumprimento, limitada ao teto de R$20.000,00. Decisão reformada nesse ponto. Recurso provido em parte.

Por outro lado, no tocante à multa diária arbitrada, razão assiste, em parte, ao agravante.

As *astreintes* estão previstas para a hipótese de eventual descumprimento da obrigação, determinada em sede de antecipação de tutela, tendo em vista expressa previsão do artigo 537 do CPC.

A imposição da multa destina-se a compelir a parte a satisfazer a determinação judicial, devendo ser arbitrada em valor adequado e proporcional à obrigação.

Isto é, por um lado, não pode ser fixada em quantia irrisória, tendo em vista que a parte poderá preferir arcar com a multa a satisfazer a obrigação, mas, por outro lado, não pode ser arbitrada em quantia excessiva, pois poderia resultar em situações de enriquecimento sem causa à parte adversa.

A respeito do tema, colacionam-se os ensinamentos da doutrina:

§4º: 17. Imposição de multa. Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. **A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica**. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz. **(NERY JUNIOR, NELSON - Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante - 10ª ed. rev. ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 - p. 673 - realces não originais - realces não originais).**

No caso em tela, o valor arbitrado pelo D. Juízo de origem (diária de

Acesso ao Sumário

R$200,00 limitada a 90 dias) não se mostra adequado, razão pela qual merece ser fixada a quantia de **R$500,00 (quinhentos reais) por ato de descumprimento, limitada a R$20.000,00 (vinte mil reais)**, valor e limite que se mostram razoáveis, proporcionais e adequados, não implicando, ainda, a mitigação da eficácia e finalidade da cominação, e que, ademais, encontram-se no patamar adotado por esta C. Câmara para situações análogas.

Confira-se os seguintes julgados:

2004144-51.2021.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Bancários

Relator(a): Walter Barone

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 26/02/2021

Data de publicação: 26/02/2021

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Declaratória de Inexistência de Débito. Antecipação dos efeitos da tutela deferida na origem. Irresignação do réu. Cabimento em parte. Tutela antecipada. Presença dos requisitos do art. 300 do CPC. Hipótese em que, ao menos nesse momento processual, não se pode descartar a alegação da não contratação. Prova negativa de difícil alcance à requerente. Ausência de perigo de irreversibilidade da medida. Arbitramento da multa que se mostra eficiente para o fim de compelir a instituição financeira a atender ao comando judicial. Multa diária, porém, substituída pela multa por ato de descumprimento, a qual melhor se adequa à espécie, por se tratar de obrigação de não fazer. Teto de R$20.000,00 que foi bem fixado na origem, não comportando alteração. Recurso provido em parte.

2086123-06.2019.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Contratos Bancários

Relator(a): Walter Barone

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 31/07/2019

Data de publicação: 31/07/2019

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Rescisão Contratual. Antecipação dos efeitos da tutela deferida na origem. Irresignação da parte ré. Descabimento. Presentes, em tese, os requisitos para a concessão da medida antecipatória de tutela. Perigo de dano caracterizado pelos notórios efeitos deletérios da negativação. Ausência de perigo de irreversibilidade da medida. **Fixação de multa cominatória. Possibilidade. Aplicação do art. 537 do CPC. Confusa a forma de arbitramento adotada pelo Juízo de origem. Fixação de 'astreintes' no valor de R$1.000,00 por cada ato de descumprimento e do teto de**

Acesso ao Sumário

R$20.000,00. Recurso provido em parte.

2081131-02.2019.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Empréstimo consignado

Relator(a): Walter Barone

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 29/05/2019

Data de publicação: 29/05/2019

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Obrigação de Fazer. Antecipação dos efeitos da tutela deferida na origem com imposição de multa cominatória para o caso de descumprimento. **Multa diária arbitrada em R$1.000,00 até o limite de R$100.000,00. Insurgência do réu. Cabimento em parte. Necessidade de readequação da multa fixada, a fim de se atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se o enriquecimento sem causa da parte. Multa fixada em R$1.000,00 por ato de descumprimento e diminuição do teto para R$20.000,00**. Recurso provido em parte.

2041040-98.2018.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Contratos Bancários

Relator(a): Walter Barone

Comarca: Campinas

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 28/06/2018

Data de publicação: 28/06/2018

Data de registro: 28/06/2018

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação declaratória de inexigibilidade. Antecipação dos efeitos da tutela concedida com a fixação de multa. Insurgência do banco réu. Cabimento em parte. Tutela antecipada. Hipótese em que, ao menos nesse momento processual, não se pode descartar a alegação da não contratação. Prova negativa de difícil alcance ao requerente. Ausência de perigo de irreversibilidade da medida. Multa diária arbitrada em R$5.000,00. Aplicação do art. 537 do NCPC. Redução das 'astreintes'. Cabimento. Necessidade de readequação da multa fixada, a fim de se atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se o enriquecimento sem causa. **Diminuição do valor da multa para R$1.000,00 por ato de descumprimento. Fixação do teto de R$20.000,00 para as 'astreintes'**. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

Destarte, deve ser mantida a tutela antecipada concedida, fixando-se o *quantum* arbitrado a título de 'astreintes' no montante de **R$500,00 por ato de descumprimento, limitado a R$20.000,00**.

Por fim, a *astreinte* só será executada caso não tenha sido cumprida a

liminar concedida.

Consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas as matérias constitucionais e legais aqui discutidas e fundamentadamente decididas.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2074975-27.2021.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é agravante HENDRIGO ALCENIR LEME DO PRADO, é agravado ALYNNE FERNANDA CRISCUOLO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25420)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THEODURETO CAMARGO (Presidente) e ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 4 de maio de 2021.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - INCONFORMISMO EM RELAÇÃO A DECISÃO QUE DETERMINOU A MODIFICAÇÃO DO VALOR DA EXECUÇÃO, DIMINUINDO-SE O VALOR PLEITEADO A TÍTULO DE ASTREINTES - DECISÃO QUE DEVE SER REFORMADA - VALOR DA EXECUÇÃO É DE RESPONSABILIDADE DO EXEQUENTE DEVENDO A EXECUÇÃO SE INICIAR PELO VALOR INDICADO - JUIZ QUE PODE LIMITAR O VALOR DA PENHORA SE CONSTATADO EXCESSO AO VALOR DA CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO DO VALOR POR OCASIÃO DE APRECIAÇÃO DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELO EXECUTADO - APLICAÇÃO, AINDA, DO ENUNCIADO 410 DA SÚMULA/STJ, QUE DETERMINAVA QUE

Acesso ao Sumário

A PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR CONSTITUI CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA A COBRANÇA DE MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER' ACABOU RESTRITA ÀS OBRIGAÇÕES REGIDAS PELO SISTEMA ANTERIOR À REFORMA PROMOVIDA PELAS LEI 11.232/2005 E 11.382/2006, SENDO SUFICIENTE A INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA COBRANÇA DA MULTA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão a fls. 5/6 dos autos de origem que, em ação cominatória, c.c. indenizatória, em fase de cumprimento de sentença que pretendia a cobrança das astreintes pelo descumprimento da obrigação, afastou a incidência da multa e determinou a intimação por carta da executada, ora agravada, para cumprimento da obrigação, anotando que a obrigação de fazer só se tornou exigível com a intimação pessoal da executada, nos termos da Súmula 410 do STJ.

Inconformado o agravante afirma impossibilidade de alteração da coisa julgada. Entende desnecessária a intimação pessoal da agravada, afirmando que a sentença fixou o prazo de dez dias para cumprimento da obrigação, contados a partir do trânsito em julgado.

Pugna pela reforma da decisão para que seja dado andamento na execução provisória com a cobrança da multa de astreintes, nos moldes por ele proposto, qual seja, incidente desde a intimação pela imprensa, da sentença.

Deferido o pedido de efeito suspensivo.

Contraminuta a fls. 87/91.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O agravante iniciou cumprimento de sentença, pretendendo executar a multa pelo descumprimento da obrigação imposta na sentença.

A decisão agravada, antes da intimação da executada, afastou a incidência da multa e determinou a intimação pessoal da agravada.

É o caso de se dar provimento ao recurso.

Com efeito, não cabe ao juiz, de ofício, decidir pelo excesso de execução, sem intimação da parte contrária.

A execução se inicia pelo valor por ele indicado, podendo ser impugnado pelo executado, nos termos dos artigos 518 do CPC.

Ainda, considerando o disposto no Art. 523, § 1º DO CPC:

"Quando o valor apontado no demonstrativo aparentemente exceder os limites da condenação, a execução será iniciada pelo valor pretendido, mas a penhora terá por base a importância que o juiz entender adequada."

Ou seja, ainda que o juiz entenda pela inadequação do valor, a execução segue por este valor sendo apenas limitada ao valor que ele entende os atos constritivos.

Se o valor for impugnado decidirá a respeito.

Vale ainda ressaltar o entendimento diverso ao do juízo em relação à necessidade de intimação pessoal. Isso porque o vigente Código de Processo Civil, nos termos do artigo 513, §2º, I, dispensa a referida intimação pessoal, ainda que se trate de uma obrigação de fazer.

Dispõe o artigo supracitado, *in verbis*: "*Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.* § 2º O devedor será intimado *para cumprir a sentença: I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos.*"

Há entendimento que diante deste novo regramento processual, houve a superação da Súmula nº 410 do C. STJ, restando dispensada a intimação pessoal da parte para a incidência da multa diária ante o não cumprimento da obrigação, bastando a intimação na pessoa do patrono da parte.

Neste sentido, já decidiu esta Colenda Câmara de Direito Privado:

*Agravo de Instrumento - Obrigação de fazer c.c. indenização - Cumprimento de sentença - Inconformismo em relação à rejeição da impugnação à penhora - Alegação de desobediência à súmula 410 do STJ já que não houve intimação pessoal para pagamento da multa, de ausência de planilha e que esta foi fixada em valor elevado - Intimação para cumprimento de obrigação de fazer, sob pena de multa diária, pode ser realizada na pessoa do advogado, via imprensa oficial - **A eficácia do Enunciado 410 da Súmula/STJ, que determinava que a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer' acabou restrita às obrigações regidas pelo sistema anterior à reforma promovida pelas Lei 11.232/2005 e 11.382/2006** - Valor da multa não se mostra elevado, além de não ter sido impugnado no momento oportuno - Desnecessidade de planilha, já que se trata de simples aplicação da multa pelos dias de descumprimento - Decisão mantida - Recurso improvido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2049865-94.2019.8.26.0000; Relator (a): Silvério da Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 30/05/2019; Data de Registro: 30/05/2019) gn*

Acesso ao Sumário

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - OBRIGAÇÃO DE FAZER (OUTORGA DE ESCRITURA) - FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Decisão que majorou valor das astreintes - Inconformismo do executado que, no entanto, comporta acolhida - Valor da multa cominatória e sua exigibilidade, não precluem, podendo ser reduzido e até mesmo excluído (art. 537, § 1º, do CPC) - Multa indevida - Embora ***desnecessária sua intimação pessoal (art. 513, § 2º do mesmo Estatuto e inaplicabilidade da Súmula 410 do C. STJ)****, a multa se mostra indevida, até mesmo porque a inércia da parte no tocante à liberação da hipoteca e outorga da escritura em favor dos agravados implica na simples expedição de mandado ao Registro de Imóveis, conquanto a r. sentença valerá, nesse caso, como substitutivo da vontade recusada - Multa indevida - Precedentes desta Câmara - Decisão reformada - Recurso provido." (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2229102-25.2018.8.26.0000, Relator o Desembargador SALLES ROSSI, j. 23/11/2018) gn*

E também deste Tribunal:

"*Agravo de instrumento. Direito de vizinhança. Ação de obrigação de fazer. Procedência do pedido. Cumprimento de sentença. Fixação de multa diária. Execução da multa diária, em razão do descumprimento da obrigação de fazer.* ***Possibilidade, independentemente da intimação pessoal do devedor para cumprir a obrigação****. Nova sistemática processual da Lei 11.232/2005. Intimação que pode ser realizada na pessoa do advogado do devedor, de acordo com as recentes decisões do C. Superior Tribunal de Justiça. Ausência de nulidade da execução por inexigibilidade do título. Alegação de impossibilidade de cumprimento da obrigação por culpa exclusiva de terceiros. Descabimento. Inteligência do art. 1313 do Código Civil. Inadequado o valor das astreintes segundo o princípio da proporcionalidade. Valor reduzido. Recurso provido em parte*" (Agravo de Instrumento n. 0014572-10.2013.8.26.0000 - 33ª Câmara de Direito Privado - TJ-SP - Rel. Hamid Bdine - j. 10.06.2013) (grifei)

"*OBRIGAÇÃO DE FAZER - Cumprimento de sentença - Irresignação contra decisão que deferiu o pedido de penhora 'on line' visando à satisfação de multa diária fixada e determinou a execução da obrigação específica por terceiro, sem intimar pessoalmente o devedor -* ***Desnecessidade de intimação pessoal do devedor*** *- É suficiente a intimação do devedor, na pessoa de seus patronos, para o cumprimento de obrigação de fazer imposta em sentença com trânsito em julgado, sob pena de multa diária - Entendimento consolidado pelo STJ - Sentença com trânsito em julgado posterior à vigência da Lei 11.232/05 - Inaplicabilidade da Súmula 410 do STJ - Decisão mantida - Recurso desprovido.*" (Agravo de Instrumento n. 0049384-78.2013.8.26.0000 - 3ª Câmara de Direito Privado - TJ-SP

Acesso ao Sumário

- Rel. Carlos Alberto de Salles j. 11.06.2013) (grifei)

A respeito da desnecessidade de intimação pessoal do réu, também já se manifestou o C. STJ, assim: "*Com isso, a eficácia do Enunciado 410 da Súmula/STJ, que determinava que 'a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer' acabou restrita às obrigações regidas pelo sistema anterior à reforma promovida pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006*". (REsp 1121457/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. em 12.04.2012, DJe 20.04.2012).

Assim, o caso é de se modificar a decisão para que o cumprimento provisório da sentença se processe nos valores indicados pelo exequente, sem prejuízo de apreciação futura da correção do valor exequendo no caso de impugnação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2051961-14.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante LAERTE FERNANDES, é agravado SOCIEDADE CAMPINEIRA DE EDUCAÇÃO E INSTRUÇÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.717)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente) e CAUDURO PADIN.

São Paulo, 13 de maio de 2021.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: INTIMAÇÃO DA PENHORA - Penhora de ativos financeiros - Intimação do executado acerca do ato constritivo – Dispensa - Impossibilidade - Intimação que deve ocorrer pela mesma via da citação, sob pena de nulidade:

- Indispensável a intimação do executado, por edital, acerca do ato constritivo que recaiu sobre seus ativos financeiros. Intimação pessoal da Defensoria Pública, na condição de curadora especial, que não se presta

Acesso ao Sumário

a afastar a exigência constante do art. 841, § 2º, do Código de Processo Civil. Princípios da celeridade e economia processual que não se sobrepõem à garantia do devido processo legal.
RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto da r. decisão proferida a fls. 98/99 que, nos autos da ação monitória, ora em fase de cumprimento de sentença, ajuizada SOCIEDADE CAMPINEIRA DE EDUCAÇÃO E INSTRUÇÃO contra LAERTE FERNANDES e CRISTIAN OLIMPIO FERNANDES, dispensou a intimação do executado, por edital, acerca da penhora efetivada por meio do sistema "Sisbajud" sobre seus ativos financeiros, determinando o regular prosseguimento do feito.

Irresignado, alega o agravante que a providência afronta os direitos ao contraditório e ampla defesa, uma vez que a Defensoria Pública, na qualidade de curadora especial, não detém poderes especiais para recebimento da intimação a respeito da penhora de valores.

Sustenta que "*a atuação da Defensoria Pública, como curadora especial, não é suficiente para afastar o direito do ora agravante de ser intimado da penhora de seus ativos financeiro; assim, para que sejam preservados os princípios do contraditório e da ampla defesa, necessária a intimação por edital do agravado acerca da constrição realizada*" (fls. 6).

O recurso é tempestivo, dispensado de preparo e foi recebido com a concessão de efeito suspensivo (fls. 12).

A agravada apresentou contraminuta (fls. 18/22), pugnando pela manutenção da r. decisão por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

I. Trata-se, na origem, de ação de monitória, ora em fase de cumprimento de sentença, que SOCIEDADE CAMPINEIRA DE EDUCAÇÃO E INSTRUÇÃO, mantenedora da Pontifícia Universidade Católica de Campinas e Hospital e Maternidade "Celso Pierro", move contra CRISTIAN OLIMPIO FERNANDES e LAERTE FERNANDES, citados por edital na fase de conhecimento.

Os devedores foram intimados, por edital (fls. 53), para pagamento voluntário do débito, nos termos do art. 523 do Código de Processo Civil, tendo decorrido "in albis" o prazo para cumprimento da obrigação ou indicação de bens à penhora.

Sobreveio a ordem de penhora de ativos financeiros por meio do sistema

Acesso ao Sumário

"Sisbajud", a qual restou parcialmente frutífera na quantia de R$ 317,43, constrita junto à conta bancária titularizada por Laerte Fernandes (fls. 80/82).

O MM Juiz "a quo" reconsiderou a determinação para nova expedição de edital, a fim de que o executado fosse intimado acerca do ato constritivo efetivado. E, dessa decisão, foi interposto o presente recurso, o qual comporta provimento.

Preleciona o **artigo 841 do Código de Processo Civil** que "*Formalizada a penhora por qualquer dos meios legais, dela será imediatamente intimado o executado*" e, prossegue o § 2º, ao tratar da hipótese de não possuir o devedor patrono constituído nos autos, "*o executado será intimado pessoalmente, de preferência por via postal*".

E, conquanto não se olvide que o processo civil é regido pelos princípios da celeridade e economia processual, não há como sobrepor tais primados às normas constitucionais do devido processo legal, as quais asseguram ao litigante a observância do contraditório e ampla defesa.

De fato, ausente relação contratual e destituída a Defensoria Pública de poderes especiais para tanto, a intimação do executado, por edital, mostra-se imprescindível, possibilitando-lhe o conhecimento do ato processual que importou a constrição de seus ativos financeiros e a alegação, *e.g.*, de eventual impenhorabilidade.

Assim, o posicionamento deste E. Tribunal de Justiça:

"*Agravo de instrumento. Locação de imóvel. Demanda em fase de cumprimento de sentença. Intimação pessoal do executado a respeito da penhora. Necessidade. Aplicação dos artigos 841, § 2º e 854, § 2º, do Código de Processo Civil. Esgotados os meios de localização do devedor na fase de conhecimento, no entanto, não se pode exigir do devedor novas diligências para localização do executado. Intimação que deve ser feita por edital. Recurso parcialmente provido.*" (Agravo de Instrumento 2176618-62.2020.8.26.0000; Relator: Cesar Lacerda; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 01/12/2020).

"*CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Alimentos - Insurgência contra a decisão que indeferiu nova intimação por edital do executado - Cabimento - Intimação por edital realizada para pagamento - Determinação de penhora de imóvel do executado que impõe nova intimação - Inteligência do art. 841, do Código de Processo Civil - Atuação da Defensoria Pública como curadora especial que não afasta o direito do executado de ser intimado acerca da penhora - Recurso provido.*" (Agravo de Instrumento 2168815-28.2020.8.26.0000; Relator: Luiz Antônio de Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 13/10/2020).

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de título extrajudicial. Execu-*

Acesso ao Sumário

tado citado por edital. Nomeação de curador especial. Penhora. Necessidade de intimação do executado. Art. 841, §§1º e 2º, do CPC. Não se mostra suficiente a defesa técnica apresentada por defensor público, vez que este atua sem mandato e, portanto, isento de poderes específicos para dispor acerca do débito. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO." (Agravo de Instrumento 2039399-75.2018.8.26.0000; Relatora: Carmen Lucia da Silva; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 08/06/2018).

Ressalte-se, por fim, que a exigência de intimação do devedor, por edital, encontra-se também em conformidade com o disposto no **artigo 186, § 2º, do Código de Processo Civil**: "*A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada*".

II. Diante do exposto, **dá-se provimento ao recurso**, nos termos do v. acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2041332-78.2021.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante BANCO PAN S/A, é agravado IVAN LOPES DE JESUS.

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 001/2021)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMPOS PETRONI (Presidente sem voto), ALFREDO ATTIÉ e ANGELA LOPES.

São Paulo, 21 de maio de 2021.

LUÍS ROBERTO REUTER TORRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento. Decisão proferida nos autos de busca e apreensão de veículo, em fase de cumprimento de sentença, que impôs à autora o pagamento da multa prevista no artigo 3º, §6º, do Decreto-Lei 911/69, além de determinar a devolução do bem conforme valor de mercado e com base na Tabela FIPE. Inocorrência de ilegalidade na utilização da

tabela FIPE. Ausência de requisitos legais. Decisão de primeiro grau mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão interlocutória proferida nos autos de ação de busca e apreensão, em fase de cumprimento de sentença, que, após a informação de venda do bem em violação à sentença proferida, impôs à autora o pagamento da multa prevista no art. 3º, § 6º, do Decreto-Lei 911/69, além de determinar a devolução do bem conforme o valor de mercado e com base na Tabela FIPE (fls. 82/84).

A parte agravante pretende a reforma da decisão. Argumenta, em síntese, o seguinte: a) violação à coisa julgada, uma vez que a imposição da multa não constou da sentença; b) impossibilidade de utilização da Tabela FIPE.

O recurso é tempestivo e bem preparado.

A parte agravada apresentou contrarrazões (fls. 13/18).

Indeferida a concessão de efeito suspensivo (fls. 09/10).

No mais, o recurso está formalmente em ordem.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o Relatório.

O recurso interposto **NÃO COMPORTA PROVIMENTO.**

A decisão recorrida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A parte agravante não demonstrou a probabilidade do direito e a presença de risco de dano grave ou de difícil ou de impossível reparação, razão pela qual foi indeferida a concessão do efeito suspensivo.

No mérito, a decisão proferida pelo magistrado "*a quo*" encontra-se dentro dos preceitos legais e bem fundamentada.

A imposição da multa prevista no art. 3º, § 6º, do Decreto-Lei 911/69 é possível no caso de sentença de improcedência com apreciação do mérito, hipótese dos autos. Além disso, não se verifica nenhuma ilegalidade na utilização da Tabela FIPE.

Neste sentido, assim decidiu esta Colenda Corte:

Nesse sentido:

"AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - VEÍCULO APREENDIDO LIMINARMENTE - ***SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO COM DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO BEM - DESCUMPRIMENTO PELA***

Acesso ao Sumário

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 3º §6º DO DECRETO 911/69 - POSSIBILIDADE *Frustrado a possibilidade de restituição do bem apreendido liminarmente ante a indevida alienação extrajudicial do bem, tendo em vista a extinção da ação de busca e apreensão sem julgamento de mérito, cabível a incidência da multa de 50% do valor original financiado, prevista no art. 3º, § 6º, do Decreto-lei 911 /69, com redação dada pela Lei nº 10.931/04. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO"*

(TJSP; Apelação Cível 1027493-36.2017.8.26.0196; Relator (a): Andrade Neto; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/09/2019; Data de Registro: 13/09/2019)

"Alienação fiduciária. Veículo. Busca e apreensão. Notificação extrajudicial que, apesar de encaminhada ao endereço indicado no contrato, não foi efetivamente entregue, retornando, após três tentativas, com anotação de ausência do destinatário. Insuficiência da mera expedição para atender à finalidade do ato, fazendo-se imprescindível o efetivo recebimento no destino, ainda que não necessariamente pelo próprio devedor. Requisito legal de procedibilidade da busca e apreensão. Súmula nº 72 do STJ. Impossibilidade outrossim de ter por suprida a omissão pela posterior citação em juízo. Notificação que tem a função não de constituir o devedor em mora (sendo ela, no caso, ex re), ou mesmo de comprovar a mora, mas de constituir situação de inadimplemento absoluto, autorizadora da busca e apreensão, concedendo derradeira oportunidade ao devedor para quitar as parcelas inadimplidas e assim evitar a excussão da garantia. Situação que não se equipara aos efeitos da citação, efetivada depois de cumprida a liminar. Falta de interesse de agir caracterizada. ***Sentença de procedência reformada, com extinção do processo sem apreciação do mérito. Ante a notícia da venda do veículo e da impossibilidade de sua restituição, deverá o banco pagar o equivalente ao valor de mercado. Imposição, além disso, da multa de 50% do valor financiado, prevista no art. 3º, § 6º, do Decreto-lei nº 911/69. Irrelevância de o julgamento não ser tecnicamente de improcedência.*** *Identidade de situações. Possibilidade de interpretação extensiva do termo literal, para abarcar hipótese (a extinção por falta de condição da ação) em tudo equivalente e afinada com a ratio legis. Intenção do legislador de sancionar o credor fiduciário que por sua conta e risco aliena o bem e depois se depara com julgamento desfavorável, qualquer que seja o fundamento. Apelação do réu integralmente provida."*

(TJSP; Apelação Cível 1032182-50.2017.8.26.0576; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de São

Acesso ao Sumário

José do Rio Preto - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/04/2020; Data de Registro: 28/04/2020).

Neste sentido, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2077356-08.2021.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante MUNDIAL ASSESSORIA INTERNACIONAL EIRELLI, é agravado ESTOCK COMÉRCIO DE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44540)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente) e AFONSO BRÁZ.

São Paulo, 25 de maio de 2021.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Cumprimento de sentença - Aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça à executada - Penhora de veículo - Executada que apenas informa a entrega do bem ao seu antigo patrono - Alegação lacônica de que o veículo havia sido penhorado em outro processo - Não demonstração - Desconhecimento acerca do efetivo paradeiro do bem - Ônus do devedor - Entrega do veículo a terceiro após o representante legal assumir encargo de fiel depositário - Conduta atentatória à dignidade da justiça - Inteligência dos art. 774 c.c. art. 77, inc. IV, ambos do CPC - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a decisão copiada a fls. 17, proferida pelo MM. Juiz de Direito Paulo Sérgio Mangerona, que aplicou à executada multa em 20% sobre o valor atualizado do débito, nos termos do art. 774 do CPC.

Acesso ao Sumário

Sustenta o agravante, em síntese, que a multa cominada não deve prevalecer, pois o paradeiro do veículo penhorado foi por ele informado nos autos. Aduz que não se há de falar em má-fé, pois forneceu todas as informações em sua posse acerca da localização do bem e do Doutor Acy Wanderley Ciocci a quem o bem foi entregue. Alega que perseguir o veículo é medida inócua em razão dos débitos que, atualizados, certamente ultrapassam o valor do veículo e não garantirá a satisfação crédito executado. Discorre sobre a inexistência de bens penhoráveis afirmando, por fim, que o objeto do cumprimento de sentença deve ser a satisfação do crédito e não criar qualquer óbice ou promover vingança contra a figura do devedor. Pleiteia o provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada.

Recurso tempestivo, instruído e preparado (fls. 12/13).

Denegado o efeito suspensivo (fls. 24), foi apresentada contraminuta a fls. 28/33.

É O RELATÓRIO.

O presente recurso não merece prosperar.

Cuida-se na origem de cumprimento de sentença manejado pela agravada em face da agravante visando à satisfação do crédito constituído pela sentença copiada a fls. 6/7 do incidente.

No curso da ação o MM. Juízo de Primeiro Grau deferiu a penhora do veículo JEEP RENEGADE LNGTD ATD, PLACAS FWN5140, FAB/MOD 2015/2016, CHASSI 988611126GK049283 de propriedade da executada, bloqueando o veículo junto ao órgão de trânsito (fls. 111/112 e fls. 144 do processo eletrônico).

Após o início dos atos de expropriação (fls. 120/121), intimada a indicar o paradeiro do veículo penhorado (fls. 187/188), a executada informou que o bem foi entregue para o seu antigo patrono, o Dr. Acy Wanderley Ciocci, pois havia sido penhorado em outro processo (fls. 190/191).

Diante disso, foi proferida a decisão agravada, por meio da qual o MM. Juízo de Primeiro Grau impôs à executada multa de 20% sobre o valor atualizado do débito, nos termos do art. 774 do CPC, advindo a presente insurgência.

Contudo, razão não assiste à recorrente.

Como já dito, o veículo em questão foi penhorado nos autos, e nomeado o representante legal da executada na qualidade de depositário do bem.

Como se sabe, a guarda e conservação dos bens penhorados são confiadas ao depositário.

Ainda, "*o depositário infiel responde civilmente pelos prejuízos causados, sem prejuízo de sua responsabilidade penal e da imposição de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça*" (CPC, art. 161, parágrafo único).

Acesso ao Sumário

No caso, a executada não está mais na posse do veículo, afirma laconicamente que entregou o bem ao seu antigo patrono por ter sido mesmo penhorado em outro processo, mas sequer apresentou qualquer indício de suas alegações.

A despeito de o veículo penhorado possuir débitos pendentes, bem observou o MM. Juízo "a quo", "*a entrega do bem a terceiro após assumir encargo de fiel depositário constata nítida conduta atentatória à dignidade da justiça*".

A propósito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - APLICABILIDADE NO CASO VERTENTE DA MULTA POR ATO ATENTATÓRIO A DIGNIDADE DA JUSTIÇA - CABIMENTO. A Agravante foi intimada para se manifestar sobre o local exato onde o veículo arrematado poderia ser encontrado, sob pena de configuração de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 77, IV) e aplicação de multa equivalente a 2% (dois por cento) do valor da causa e a mesma ficou inerte (fl. 1.276 dos autos originários). Ainda, houve tentativa infrutífera de intimação pessoal dos executados (fls.1.298/1.299) e de localização do bem (fl. 1.314). Deste modo, em que pese a alegação posterior da Agravante de que o veículo se encontra na Empreiteira Pajoan LTDA que está interditada judicialmente, a não localização do bem e o suposto desconhecimento da depositária acerca de seu paradeiro no momento oportuno constituem vício capaz de ensejar o pagamento da multa por litigância de má-fé. DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2092006-94.2020.8.26.0000; Relator(a): Eduardo Siqueira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mogi das Cruzes - 1ª Vara da Família e das Sucessões; Data do Julgamento: 25/06/2020; Data de Registro: 25/06/2020)

Ademais, em que pese a afirmação da executada no sentido de que informou nos autos o ocorrido, e que bastaria ao Juízo a intimação do antigo patrono, é do devedor o ônus de indicar o paradeiro do bem penhorado, a tanto não equivalendo a mera alegação de que entregou o veículo àquele.

Vale anotar que é dever da parte cumprir com exatidão as decisões judiciais e não criar embaraços à sua efetivação (CPC, art. 77, incisos IV e § 2º).

Nesse sentido:

ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA - Bens adjudicados que não foram entregues ao credor - Ônus de indicar o paradeiro dos bens que recai sobre o devedor, seja porque depositário do bem, seja por dever de boa-fé processual, insculpidos no artigo 77, IV, do Código de Processo Civil - Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2251197-15.2019.8.26.0000; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 13ª Vara Cível;

Acesso ao Sumário

Data do Julgamento: 18/02/2020; Data de Registro: 19/02/2020)

Nesse rumo, correta se mostra a decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2096726-70.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente ADRIANA CELESTINO DOS SANTOS, é requerido AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34212)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente) e JOÃO BATISTA VILHENA.

São Paulo, 28 de maio de 2021.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Agravante que não demonstrou enquadramento aos requisitos para concessão da benesse. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Acesso ao Sumário

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão acostada às fls. 24/25 que, na ação de produção antecipada de provas, indeferiu os benefícios da assistência judiciária a agravante, sob o argumento que "*No caso específico dos autos, verifica-se desde logo que o autor exerce atividade remunerada, demonstra capacidade econômica para contratar financiamento bancário (com 48 parcelas no valor de 512,29 cada, no refinanciamento) a fim de adquirir veículo (cujo tanque cheio de combustível certamente custa mais do que as custas iniciais deste processo) e OPTOU por contratar advogado particular para pleitear seus interesses em Vara Comum (em detrimento do gratuito Juizado Especial)*" e determinou o recolhimento das custas processuais, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento da inicial.

Sustenta a agravante que não possui condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do seu sustento e de sua família e aduz que a negativa de seu pedido constitui óbice ao seu acesso à justiça. Argumenta que a contratação de advogado particular não obsta o deferimento da benesse. Busca a reforma da decisão e o provimento do recurso, para concessão da justiça gratuita.

Recurso processado, deferida a concessão de efeito suspensivo, dispensadas as informações (fls. 31/32). Contraminutas e juntada de procuração às fls. 37/45 e 47/71.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

É do comando constitucional, art. 5º, inc. LXXIV, que seja prestada aos que comprovarem insuficiência de recursos.

É certo também que o § 3º do art. 99 do Código de Processo Civil estabelece ser presumivelmente verdadeira a simples declaração de pobreza apresentada por pessoa natural.

Contudo, vale ponderar que tais dispositivos devem ser harmonizados ao contexto fático apresentado nos autos, expurgando-se do benefício àqueles que não revelam efetiva necessidade do favor estatal, eis que a presunção da recitada declaração não pode ser tida como absoluta.

A caracterização da insuficiência econômica, necessária para a concessão do benefício da assistência judiciária, deve resultar da consideração do valor da taxa judiciária a ser recolhida inicialmente, da natureza e complexidade da causa e da possibilidade da ocorrência das despesas elencadas no artigo 98, § 1º, incisos I à IX do CPC/15.

Assim, a declaração de hipossuficiência possui presunção relativa, de modo que se o juiz tiver fundadas razões e os elementos trazidos aos autos forem suficientes para não se dar crédito à declaração de miserabilidade, o benefício da assistência judiciária deve ser indeferido.

Sem esse filtro, necessário para atender os realmente necessitados, teremos uma distribuição indiscriminada do benefício, em favorecimento de todos, sem nenhum critério, onerando desnecessariamente o Estado e reduzindo a efetiva defesa daqueles que dela necessitam.

Ressalte-se que, nos casos em que o julgador não tiver elementos suficientes para conceder o benefício, é seu dever intimar a parte e oportunizar a apresentação de outros documentos, a fim de afastar a suspeita de que não preenche os requisitos necessários para o deferimento da benesse.

Esse é o mandamento insculpido no artigo 99, § 2º, do CPC/15: "*o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais para a concessão da gratuidade, devendo, antes*

Acesso ao Sumário

de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos".

No caso, há elementos suficientes para se afastar a presunção de pobreza alegada pela agravante.

Não obstante a recorrente ter afirmado que não possui condições financeiras suficientes para arcar com os encargos processuais sem o prejuízo de seu sustento e de sua família, o julgador verificou, diante do contexto fático apresentado, que referida declaração não convergia com a realidade financeira dela.

Depreende-se dos autos que a alegada incapacidade financeira não se coaduna com o fato da agravante ter adquirido o veículo automotor Renault Sandero, ano 2015, conforme fls. 16/21 dos autos de origem, se propondo a arcar com prestações de financiamento do referido veículo no valor de R$ 512,00, situação que não se amolda a condição de miserabilidade alegada.

Como enfatizado pelo magistrado "a quo" "*No caso específico dos autos, verifica-se desde logo que o autor exerce atividade remunerada, demonstra capacidade econômica para contratar financiamento bancário (com 48 parcelas no valor de 512,29 cada, no refinanciamento) a fim de adquirir veículo (cujo tanque cheio de combustível certamente custa mais do que as custas iniciais deste processo) e OPTOU por contratar advogado particular para pleitear seus interesses em Vara Comum (em detrimento do gratuito Juizado Especial)*".

Destarte, diante da situação fática apresentada pela recorrente, deve ser mantida na íntegra r. decisão agravada.

Por fim, considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2088585-62.2021.8.26.0000, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é agravante COOPERATIVA DE CRÉDITO E INVESTIMENTO DE LIVRE ADMISSÃO UNIÃO PARANÁ/SÃO PAULO-SICREDI UNIÃO PR/SP, são agravados ISAIAS CUSTÓDIO e IVONE DE SOUZA CUSTÓDIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente sem voto), MOURÃO NETO e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 31 de maio de 2021.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Agravo de instrumento - Execução - Pedido para expedição de ofícios às "Fintechs" e intermediadoras de pagamento, visando localização de ativos financeiros em nome dos executados - Indeferimento - Desnecessidade - Ausente elemento que demonstre não tenham sido tais informações englobadas na pesquisa já realizada por meio de sistemas "Bacenjud" ou "Sisbajud" - Precedentes - Incabível a movimentação da máquina judiciária para providências de pouca ou nenhuma utilidade - Decisão mantida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **Cooperativa de Crédito de Livre Admissão União Paraná/São Paulo - Sicredi União PR/SP**, em face de **Isaías Custódio e outro**, tirado da r. decisão copiada as fls. 11/12, pela qual o MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Mogi-Guaçu, em autos de execução, indeferira pedido para expedição de ofícios às "Fintechs" e intermediadoras de pagamento, visando localização de ativos financeiros em nome dos executados.

A agravante busca a reforma do decidido, alegando, em síntese, que todas as tentativas de localização de bens penhoráveis por sistemas de praxe restaram infrutíferas (excetuando-se a penhora de um veículo), mostrando-se necessárias tentativas por outros meios (fls. 01/07).

Sem contraminutas, porque não representados os executados.

É o relatório.

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

Consoante disposto pelo d. Juízo "a quo", quanto a créditos em "fintechs"

Acesso ao Sumário

ou em "intermediadoras de negócios", nenhum elemento há que demonstre não tenham sido englobados na pesquisa já realizada por meio de sistemas "Bacenjud" ou "Sisbajud".

Com efeito, desconhece-se ativo vinculado a instituições financeiras que não seja abrangido por tais pesquisas.

Já referiu esta C. Corte, em caso análogo, que "**a pesquisa 'on line', por meio do sistema BACENJUD, abrange todos os ativos financeiros eventualmente existentes, de titularidade da executada, ora agravada, não sendo necessária a expedição de ofícios físicos às instituições financeiras.**" (Agravo de Instrumento 2228761-67.2016.8.26.0000; Relator: Plinio Novaes de Andrade Júnior; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 11ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 05/05/2017; Data de Registro: 05/05/2017).

Igualmente dispôs que "**a providência requerida pelo agravante seria improdutiva, pois a expedição de novos ofícios ao Banco Central não mudará os resultados já obtidos. Isto porque as informações que o agravante poderia obter mediante expedição de ofício ao Banco Central já constam na pesquisa pelo sistema Bacenjud, realizada nos autos. Ademais, o bloqueio de ativos futuros não pode ser obtido por meio do sistema Bacenjud, uma vez que a ordem judicial atinge 'o saldo credor inicial, livre e disponível, apurado no dia útil seguinte ao que o arquivo de remessa for disponibilizado às instituições responsáveis, sem considerar créditos posteriores ao cumprimento da ordem e, nos depósitos à vista, quaisquer limites de crédito' (artigo 13, §2º da Resolução Bacenjud 2.0.)**." (Agravo de Instrumento 2262932-79.2018.8.26.0000; Relator: Elói Estevão Troly; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/08/2012; Data de Registro: 28/02/2019).

Em mesmo sentido, recentes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO UNIFICADO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS (FINTECHS) - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS JÁ ABRANGIDAS PELO SISTEMA BACENJUD (ATUAL SISBAJUD), SENDO DESNECESSÁRIA NOVA PESQUISA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO (TJSP; Agravo de Instrumento 2015686-66.2021.8.26.0000; Relator (a): Luiz Eurico; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/04/2021; Data de Registro: 20/04/2021);

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Pesquisa e penhora via ARISP e CNIB e ofício a fintech.

Acesso ao Sumário

Descabimento. Prematura a pretensão de indisponibilidade de bens por se tratar de medida drástica e ainda não demonstrada oposição deliberada dos devedores. Bloqueio de imóveis que depende de prévia pesquisa, cuja providência compete à parte. Desnecessidade, por fim, de intimação de fintechs porque já abrangidas pelo Sisbajud. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2013389-86.2021.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 13/04/2021; Data de Registro: 13/04/2021);

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Expedição de ofício às "fintechs" com a finalidade de localizar bens passíveis de penhora. Desnecessidade. O Regulamento BACEN JUD 2.0, que disciplina a operacionalização e a utilização do sistema BACEN JUD 2.0, instrumento de comunicação entre o Poder Judiciário e instituições participantes, com intermediação técnica do Banco Central do Brasil (artigos 1º e 2º), que expressamente abrange as referidas sociedades de crédito em sua pesquisa (artigo 3º, inciso IV). Manutenção da r. decisão agravada. Precedente. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2252903-96.2020.8.26.0000; Relator (a): Tasso Duarte de Melo; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/04/2021; Data de Registro: 13/04/2021).

Incabível, ademais, a movimentação da máquina judiciária para providências de pouca ou nenhuma utilidade, vez que a prestação jurisdicional é atividade restrita do Estado, a ser distribuída com parcimônia.

Há de ser mantido, em tal passo, o r. decisório impugnado.

Pelo exposto, por meu voto, **nego provimento** ao recurso, mantendo a r. decisão tal como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062746-35.2021.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante DENISON QUINTINO CALDAS, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.521)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ACHILE ALE-

Acesso ao Sumário

SINA (Presidente), RAMON MATEO JÚNIOR e ELÓI ESTEVÃO TROLY.

São Paulo, 1º de junho de 2021.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de obrigação de fazer - Tutela provisória – Empréstimos consignados com desconto em benefício previdenciário e conta corrente - Pretensão a limitação dos descontos a 30% dos proventos líquidos - Alegação de prejuízo a subsistência diante da natureza alimentar do benefício recebido - Requisitos do art. 300 do CPC preenchidos - Precedente - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso à r. decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito Dra. Roberta Poppi Neri Quintas, no curso da ação de obrigação de fazer para limitação de débitos a 30% dos preventos líquidos movida pelo agravante em face do agravado, que indeferiu a tutela provisória requerida.

Recurso regularmente processado com resposta (fls. 154/164).

É o relatório.

O agravante ajuizou ação de obrigação de fazer em face do agravado alegando que é titular de conta corrente no banco réu, onde recebe seus proventos provenientes do INSS, e que contratou empréstimo consignado para quitação de débitos de cheque especial e cartão de crédito.

Afirmou que foi necessário renegociar o valor devido e que assumiu parcelas mensais superiores a 30% dos seus proventos líquidos, conforme holerites e extratos apresentados.

Assim, requereu, em tutela provisória, a redução dos descontos diretamente em conta corrente a 30% de seus proventos.

Sobreveio, portanto, a seguinte decisão:

Vistos. Defiro ao (à) autor (a) os benefícios da justiça gratuita. Anote-se. Trata-se de pedido formulado contra instituição bancária para que esta respeite o limite de 30% dos vencimentos do(a) autor(a) ao efetuar débitos para pagamento de empréstimos consignados. Relata o(a) autor(a) que, em razão de estar passando por sérias dificuldades financeiras, contratou sucessivos empréstimos consignados com o banco requerido. Esclarece que, muito embora as prestações para adimplemento das parcelas dos mútuos, ora demandados, sejam debitadas em parte na conta corrente e outra parte na folha de

Acesso ao Sumário

pagamento, os contratos apenas se efetivaram pelo fato da conta corrente do(a) autor(a) ser conta salário, de modo que o banco réu efetua o desconto das parcelas tão logo o salário do(a) autor(a) é depositado em conta. Seu salário hoje, portanto, estaria totalmente comprometido, prejudicando a sua sobrevivência e a de sua família. Requer a concessão de medida liminar para que o banco requerido se abstenha de efetuar desconto na sua folha de pagamento e/ou débito em sua conta corrente de valores que excedam o limite legal de 30% de seu salário líquido, à título de empréstimos consignados, sob pena de aplicação multa diária (p. 19, item "b"). É o breve relatório. Passo a decidir. A limitação de 30% sobre os vencimentos somente é aplicável às hipóteses de empréstimos consignados com desconto em folha de pagamento, o que não é extensivo aos empréstimos efetivados diretamente pelo correntista com a instituição financeira cujo pagamento ocorre por débito na conta corrente. Depreende-se, da análise do demonstrativo de empréstimo consignado do autor a pp. 60/62, que o valor debitado em folha, à título de "empréstimos", é de R$ 355,30, ou seja, abaixo do percentual de 30% permitido em lei, considerando o valor de lançamento realizado pelo INSS de R$ 1.516,09, em 29/05/2020 (p. 63). Os demais descontos contra o qual se insurge **o(a) autor(a), conforme informado na inicial, são realizados diretamente em sua conta corrente e não na folha de pagamento, ou seja, não são empréstimos consignados. O(a) autor(a) contratou livremente os empréstimos, beneficiou-se dos créditos, tinha conhecimento que os pagamentos seriam realizados mediante débito conta corrente (a mesma conta em que recebe o seu salário), não comprovou a existência de qualquer vício do consentimento, sendo portanto os negócios firmados válidos, não pode agora, simplesmente, se voltar contra aquilo que contratou livremente para deixar de honrar com os compromissos assumidos. Devem prevalecer os princípios da boa-fé, da liberdade contratual e do pacta sunt servanda, não podendo ocorrer o descumprimento de uma obrigação licitamente pactuada. Nesse sentido: Agravo de instrumento - Empréstimo bancário - Decisão que indeferiu limitação dos descontos de empréstimos em 30% dos proventos recebidos pelo agravante - Parcelas do empréstimo debitadas diretamente na conta corrente - Inexistência de limitação legal - Decisão mantida - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 2167785-65.2014.8.26.0000, Rel. Des. Irineu Fava, DJ 11.03.2015.) AGRAVO DE INSTRUMENTO Obrigação de fazer. Empréstimos bancários. Antecipação de tutela deferida para limitar a retenção em R$ 3.000,00 do salário do devedor para pagamento das parcelas de todos os contratos. Agravo pretendendo limitar a retenção em 30% do salário líquido Descabimento. Limite de 30% apenas para empréstimo consignado. Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 0070652-28.2012.8.26.0000, Rel. Des. Maury Bo-**

Acesso ao Sumário

ttesini, DJ 17.10.2012.) Ante o exposto, por não se vislumbrar presente a fumaça do bom direito invocado, INDEFIRO o pedido de antecipação de tutela. Deverão a parte autora e seu patrono informar desde logo seus respectivos e-mail e telefone nos autos (caso não o tenham informado), a fim de viabilizar sua intimação na hipótese de designação de audiência virtual, cuja conveniência será analisada oportunamente. Diante das especificidades da causa e de modo a adequar o rito processual às necessidades do conflito, deixo para momento oportuno a análise da conveniência da audiência de conciliação (CPC, art.139, VI e Enunciado n. 35 da ENFAM). Cite(m)-se o(a/s) réu(ré/s), por via postal, para contestar(em) o feito no prazo de 15 (quinze) dias úteis, advertindo-o de que a ausência de contestação implicará revelia e presunção de veracidade da matéria fática apresentada na petição inicial. Em não sendo localizada a parte ré para citação, fica desde logo deferido pedido de diligência para a pesquisa de endereço exclusivamente pelos meios eletrônicos de pesquisa (SISBAJUD e INFOJUD, que são suficientes a conferir a adoção dos meios úteis e efetivos de obtenção de endereço), por inteligência ao artigo 319, § 1º, do CPC, devendo o requerente providenciar o recolhimento da taxa devida, no prazo de 5 dias.Com o resultado, havendo endereços ainda não diligenciados nos autos, expeça-se o necessário, intimando-se a parte autora para recolhimento das respectivas custas, caso se trate de justiça paga. Caso não sejam localizados endereços, providencie-se edital de citação. Na hipótese, cumpra-se o disposto no art. 72, II do CPC. Restando infrutíferas as diligências, desde já defiro a citação por edital nos termos do art. 256, II do CPC. Ocorrendo a hipótese, cumpra-se o art. 72, II do CPC. Intime-se.

Se insurge o agravante em face desta decisão.

Aduz que os descontos relacionados a empréstimos consignados e renovações tem parcelas mensais cujos valores, somados, superam o limite consignável de 30% dos proventos líquidos, o que compromete sua dignidade pessoal.

Busca a reforma do decidido.

Pois bem.

O recurso é provido.

De início, cumpre assinalar o cabimento do recurso, ante o permissivo do art. 1.015, inciso I, do CPC.

É certo que a decisão em sede de tutela de urgência tem como pressupostos o previsto no art. 300 do CPC: plausibilidade do direito e risco de dano ao direito ou ao processo.

O i. magistrado considerou inexistentes tais pressupostos, em cognição sumária.

Acesso ao Sumário

A r. decisão deve ser reformada.

O histórico de créditos apresentado com a inicial, às fls. 60/62, indica que a agravada desconta, mensalmente, o total de R$355,30 diretamente do benefício previdenciário do agravante.

O magistrado *a quo*, equivocadamente, considerou que o valor recebido pelo recorrente corresponde a quantia de R$1.516,09, em 29/05/2020, quando se tem por comprovado nos autos que o recorrente, em verdade, recebeu, em fevereiro de 2021, o valor corresponde a R$976,68.

Assim, observando-se tais parâmetros, os descontos realizados pelo Banco agravado diretamente em "folha de pagamento" superam a limitação legal de 30% dos proventos do agravante, o que justifica, por si só, a concessão da tutela.

E verificando-se que outros débitos são realizados em conta corrente, tem-se que a limitação deve também englobá-los, em homenagem ao princípio da dignidade humana, posto que eventuais débitos contraídos pelo titular, ainda que devam ser pagos, devem estar dentro da razoabilidade.

Esta Câmara já decidiu:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela de urgência. Deferimento. Determinada a limitação da somatória dos empréstimos em discussão ao percentual de trinta por cento (30%) sobre os proventos líquidos do agravado. Admissibilidade. Preservação da razoabilidade, do equilíbrio contratual e da dignidade humana. Natureza alimentar do salário. PEDIDO ALTERNATIVO. Limitação dos descontos ao percentual de trinta e cinco por cento (35%), conforme Decreto nº 61.750/2015. Inaplicabilidade. Decisão mantida. Recurso não provido" (Agravo de Instrumento nº 2213770-81.2019.8.26.0000, Des. Jairo Brazil Fontes Oliveira, 10/01/2020).

"Agravo de Instrumento - Ação Declaratória - Contrato de empréstimo consignado - Decisão que concedeu a tutela provisória de urgência para determinar a suspensão dos descontos no benefício previdenciário do autor, sob pena de multa diária de R$ 300,00, limitada a 30 dias - Pretendido afastamento da multa - Inadmissibilidade - Existência de verossimilhança das alegações e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Pretensão de afastamento ou redução do valor das astreintes que também não comporta acolhimento, bastando à instituição financeira cumprir a ordem judicial para não incorrer no dever de pagar qualquer quantia à parte adversa, eis que o valor da multa deve servir como mecanismo de pressão sobre a vontade daquele que deve cumprir o mandamento judicial - Decisão Mantida - Agravo Desprovido" (TJSP; Agravo de Instrumento 2069267-93.2021.8.26.0000; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 20/05/2021; Data de Registro: 20/05/2021).

Acesso ao Sumário

Assim, havendo contratação na forma consignada, é certo que a limitação dos descontos deve ser a 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos da agravante, o que se determina, sob pena de multa diária de R$300,00, limitada a R$10.000,00, permitindo-se a retenção de 5% para despesas com cartão de crédito, se o caso, nos termos da lei.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2066531-39.2020.8.26.0000, da Comarca de Batatais, em que é agravante INDÚSTRIA MISSIATO DE BEBIDAS LTDA., é agravado DESTILARIA TARDIVO LTDA.

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 26069)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente) e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 26 de março de 2021.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: CONCORRÊNCIA - AÇÃO COMINATÓRIA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO - DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA - DESENHO INDUSTRIAL E "TRADE DRESS" - "CACHAÇA CAMELINHO" - Inconformismo da autora, que pleiteia a concessão de liminar consistente na proibição da ré de anunciar, expor e comercializar, sob qualquer meio e modo, o vasilhame (e correspondente tampa) criado, protegido e registrado pela autora - A pretensão também envolve a determinação à ré que se abstenha de engarrafar nos vasilhames registrados pela autora, de utilizar as tampas ou manter em estoque o produto, tudo sob pena de multa diária – Acolhimento - Tutela de urgência que se mostra necessária nesse momento inicial do pro-

Acesso ao Sumário

cesso - Presença dos requisitos do art. 300, CPC - No caso em discussão, existem elementos que evidenciam a probabilidade do direito da autora, quanto à alegação de concorrência desleal - Na comparação entre as embalagens, na visualização do conjunto de cores e imagens ("trade dress") e na destinação dos produtos, detecta-se a possibilidade de induzir o consumidor a erro, especialmente o menos atento, adquirindo o produto da ré agravada ("Cachaça Gollin"), imaginando se tratar do produto da autora agravante ("Cachaça Camelinho") - Arts. 187 e 188, LPI - Decisão reformada - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por INDÚSTRIA MISSIATO DE BEBIDAS LTDA. contra a r. decisão que, em ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização, indeferiu o pedido de tutela de urgência, consistente na proibição da ré de anunciar, expor e comercializar, sob qualquer meio e modo, o vasilhame (e correspondente tampa) criado, protegido e registrado pela autora; além de obrigar a ré a manter em estoque o produto (que leve consigo vasilhame e tampa registrados pela autora e/ou rótulo que reproduza aquele da Cachaça Camelinho) produzido; e se abstenha de engarrafar nos vasilhames registrados pela autora, bem como de utilizar as correspondentes tampas, ou, se acaso ela não os reutilize, que deixe de fabricar os aludidos vasilhames e correspondentes tampas, tudo sob pena de multa diária.

A autora recorrente sustenta, em resumo, que estão presentes os requisitos autorizadores da tutela de urgência, diante das provas de que a ré agravada está reutilizando indevidamente, ou comercializando cópias não autorizadas, de produto fabricado pela agravante (vasilhame da "Cachaça Camelinho"), do qual detém registro perante o INPI. Aduz que as provas dos autos atestam que a agravada está utilizando indevidamente de seu desenho industrial registrado, reutilizando o vasilhame cujo desenho industrial é característico da Cachaça Camelinho, para vender produto análogo, prejudicando suas vendas e causando confusão no mercado.

Indeferido o pedido de tutela antecipada recursal (fls. 333), não sobreveio resposta recursal.

Não houve oposição ao rito de julgamento virtual.

É o relatório.

Trata-se, na origem, de ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização, com pedido de tutela de urgência, proposta pela agravante INDÚS-

Acesso ao Sumário

TRIA MISSIATO DE BEBIDAS LTDA., com sede em Jandaia do Sul-PR, contra DESTILARIA TARDIVO LTDA., sediada em Batatais-SP.

Narra a autora que é fabricante e comerciante de bebidas alcóolicas e que, dentre seus produtos mais conhecidos, está a "Cachaça Camelinho", cuja marca encontra-se registrada no INPI sob o número 829503196, estando no mercado há mais de 15 anos.

Afirma que o vasilhame da Cachaça Camelinho abarca um distinto desenho industrial, registrado no INPI sob o número DI 6203404-9, que "remete a um pequeno barril envolto por uma manta de palha", bem como sua tampa, cujo desenho é registrado no INPI sob o número DI 6500671-2. Dessa forma, o "trade dress" da Cachaça Camelinho, composto pelos desenhos industriais do vasilhame e da tampa, juntamente com o rótulo, é de indiscutível originalidade e que identifica o produto perante o mercado.

A autora tomou conhecimento de que a ré, com o intento de "*pegar carona*" na fama de seu produto, vem reutilizando o vasilhame (e a tampa correspondente) da autora para comercializar produto análogo ("CACHAÇA GOLLIN"), numa clara intenção de induzir os consumidores a erro e desviar uma consolidada clientela.

Assim, diante da prática de concorrência desleal, ajuizou a presente ação, objetivando seja a ré impedida de comercializar seu produto nos vasilhames cujo desenho industrial é de propriedade da autora, bem como indenização por danos morais e materiais.

Formulou pedido de tutela de urgência consistente na proibição da ré de anunciar, expor e comercializar, sob qualquer meio e modo, o vasilhame (e correspondente tampa) criado, protegido e registrado pela autora; além de obrigar a ré a manter em estoque o produto (que leve consigo vasilhame e tampa registrados pela autora e/ou rótulo que reproduza aquele da Cachaça Camelinho) produzido; e se abstenha de engarrafar nos vasilhames registrados pela autora, bem como de utilizar as correspondentes tampas, ou, se acaso ela não os reutilize, que deixe de fabricar os aludidos vasilhames e correspondentes tampas, tudo sob pena de multa diária (fls. 01/23 dos autos de origem).

Acesso ao Sumário

O MM. Juízo "a quo" indeferiu o pedido, nos seguintes termos: "*Extrai-se do art. 300 do Código de Processo Civil que o juiz poderá conceder a tutela de urgência quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Quanto à probabilidade do direito, verifica-se que a empresa autora atribui à requerida a utilização dos vasilhames e tampas, por ela registrados, além de sustentar que o rótulo utilizado se assemelha com aquele da marca denominada 'camelinho'. Contudo, em uma primeira análise dos documentos carreados ao presente feito, especialmente as fotografias juntadas às fls. 84/95, não é possível afirmar, com*

toda a certeza, que o vasilhame utilizado pela requerida é aquele que a parte autora alega fabricar e utilizar para envasamento do seu produto. Além disso, vê-se que, apesar de guardar certa semelhança, a ré utiliza de rótulo próprio para envasamento da sua aguardente, o que, a princípio, torna-se suficiente para afastar a 'confusão' mencionada pela autora na exordial. Também não vislumbro, ao menos em uma análise perfunctória (que ora cabe fazer), a urgência do pedido, uma vez que não restou satisfatoriamente comprovado que a permanência do produto da requerida no mercado colocaria em risco a saúde dos seus consumidores ou inviabilizaria a comercialização do produto fabricado pela autora, o que não significa dizer que eventuais prejuízos financeiros, caso comprovados no decorrer da instrução processual, ficarão sem amparo. Por fim, cabe registrar que o pedido de tutela de urgência, na forma postulada pela parte autora, merece ser analisado com bastante prudência e cautela, posto que, caso fosse deferido, inviabilizaria a fabricação e comercialização do produto pela ré, acarretando-lhe severo prejuízo para sua continuidade e manutenção dos empregos gerados por ela. Diante do exposto, reputo ausentes as circunstâncias trazidas pelo artigo 300 do Código de Processo Civil, razão pela qual indefiro o pedido de tutela de urgência formulado pela requerente na sua petição inicial, sem prejuízo de nova análise posterior." (fls. 169/171 dos autos de origem).

Nesse contexto, respeitado o entendimento do MM. Juízo "a quo", o recurso comporta guarida.

Cumpre salientar que, para que seja deferida a medida liminar pleiteada na inicial, exige-se o atendimento aos requisitos do art. 300, CPC, quais sejam, a presença de "elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo".

No caso em análise, ao menos em sede de cognição sumária, e principalmente da prova superveniente anexada a fls. 312/332, verifica-se a presença de elementos suficientes para a deferir a tutela de urgência.

As provas dos autos, nessa fase cognitiva, evidenciam a similitude entre os signos visuais entre as embalagens de ***Cachaça Camelinho*** (da autora agravante) e ***Cachaça Gollin*** (da ré agravada), de modo a gerar confusão entre os consumidores.

Na comparação entre as embalagens, na visualização do conjunto de cores, imagem, formato ("trade dress") e na destinação dos produtos (embalagem para destilado - cachaça), detecta-se a possibilidade de induzir o consumidor a erro, adquirindo o produto da ré agravada (Cachaça Gollin), imaginando se tratar do produto da autora agravante (Cachaça Camelinho).

É cediço que a prática da concorrência desleal se dá por empresas que buscam o mercado consumidor, a visibilidade e o reconhecimento já conquis-

Acesso ao Sumário

tados por outras. Para tanto, elegem como meio a vinculação do seu produto ou serviço àquela marca ou nome empresarial que já estejam consolidados no mercado.

Esta relação pode reduzir o valor de uma marca ou denominação empresarial na respectiva classe de atuação, vez que vinculada a empresas de menor expressão ou reputação, não por uma ordem natural, mas por um elo parasitário (coercitivo).

Nesse contexto, existe a possibilidade de o consumidor leigo vincular uma e outra marca ou nome empresarial, ou mesmo produtos com imagens semelhantes, como se fossem do mesmo grupo empresarial ou fabricante.

Na análise do conjunto imagem ("trade dress") utilizado pela ré em confronto com a embalagem da autora (fls. 12), vislumbra-se semelhança capaz de gerar confusão no mercado consumidor. Confira-se:

Destaque-se que as cores amarela e vermelha na tampa e no rótulo, aliada às faixas posicionadas exatamente da mesma maneira no rótulo, além do formato, altura e textura idênticos da garrafa, formam um conjunto imagem suficiente a gerar confusão, especialmente ao consumidor menos atento, na aquisição desse tipo de bebida alcoólica.

Uma última observação: a autora não pretende a proibição da venda do produto da agravada, mas sim que a ré se abstenha de utilizar embalagem ou vasilhame que imitem seus sinais gráficos ou rótulo.

Acesso ao Sumário

Em conclusão, o recurso comporta provimento para conceder a tutela de urgência pleiteada, no sentido de proibir a ré de anunciar, expor e comercializar, sob qualquer meio e modo, o vasilhame (e correspondente tampa) criado, protegido e registrado pela autora.

Também fica deferida a tutela de urgência, à luz dos arts. 187 e 188, LPI, para determinar à ré que se abstenha de manter em estoque o produto (que leve consigo vasilhame e tampa registrados pela autora e/ou rótulo que reproduza aquele da Cachaça Camelinho) produzido, bem como de engarrafar nos vasilhames registrados pela autora, de utilizar as correspondentes tampas, ou, se acaso ela não os reutilize, que deixe de fabricar os aludidos vasilhames e correspondentes tampas, tudo sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a R$ 50.000,00.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2069576-51.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes E.R.O. e M.O.D.M., é agravado P.B.S.A.T.V.ES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38090)**

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

São Paulo, 10 de junho de 2021.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO - Decisão que deferiu o pedido de penhora portas a dentro de eventuais objetos móveis no endereço dos executados - No momento de seu aperfeiçoamento, que é orientado pelo princípio da adequação, lastreado pela estimativa de valores e bom senso, a penhora deve recair sobre bens suficientes para satisfação do débito exequendo, inclusive juros, custas, despesas processuais e honorários advocatícios, com razoável margem de excesso, destinado a cobrir acréscimos vincendos, no curso da execução,

Acesso ao Sumário

resultantes da ausência de pagamento espontâneo, a teor do disposto nos arts. 831, 836, caput, e 874, do CPC, evitando-se constrições manifestamente inúteis ou excessivas, uma vez que o controle do valor dos bens penhorados somente ocorre na fase de avaliação - As disposições da LF 8.009/90, que trata sobre a impenhorabilidade do bem de família, não impedem o cumprimento da determinação do art. 836, §1º, CPC/2015 (correspondente ao art. 659, § 3º, do CPC/1973), que objetiva evitar constrição judicial ilegítima e documentar a situação - Os bens que guarnecem a residência do executado são impenhoráveis, com exceção daqueles de caráter suntuoso, supérfluo, de adorno ou encontrados em duplicidade - Na espécie, como a execução se processa por valor elevado, (b) em situação em que não há notícia nos autos de localização de bens passíveis de penhora suficientes para o pagamento do débito, nem mesmo a indicação pela parte executada, (c) admissível o deferimento da nova penhora, agora em relação aos bens que guarnecem a residência das partes agravantes, com a observação de que devem estar limitados àqueles existentes em duplicidade e àqueles de caráter suntuoso ou supérfluo - Manutenção da r. decisão agravada.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Não configurada.

Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento oferecido contra as rr. decisões, cujas cópias se encontram a fls. 247 e 315 dos autos de origem, que, respectivamente, deferiu o pedido de penhora portas a dentro de eventuais objetos móveis no endereço dos executados e rejeitou embargos de declaração.

A parte agravante sustenta que: (a) "(…) nos termos do art. 851 do NCPC, não se procederá a segunda penhora, salvo se a primeira for anulada ou o exequente desistir da primeira penhora, o que não é o caso, pois não houve anulação da primeira penhora (penhora de faturamento da empresa (...)), e nem mesmo a desistência por parte da exequente, mas sim um pedido de nova penhora, conforme fls. 239/240 dos autos de origem" e (b) impossibilidade de penhora de bens que guarnecem a casa, nos termos da LF8.009/90.

Acesso ao Sumário

O presente recurso foi distribuído por prevenção ao Processo nº (...) (fls. 418).

O recurso foi processado com atribuição de efeito suspensivo apenas e tão somente para obstar a remoção de bens penhorados em diligência a ser realizada na residência dos executados pelo oficial de justiça. (fls. 419).

O agravado ofereceu resposta (fls. 423/431), insistindo que: (a) "(…) não se trata de acúmulo de penhora, vez que os atos executórios são destinados a diferentes executados. O pedido de penhora de faturamento é direcionado à empresa Executada (pessoa jurídica), enquanto o pedido de penhora de bens, aqui rechaçada, está direcionado às pessoas físicas incluídas no polo passivo da execução"; (b) "(…) os Agravantes não se qualificam, no estado civil, como casados, ou se o seu domicilio é guarnecido de qualquer outro bem passível de penhora, bem como se residem no imóvel com mais pessoas equiparando-se a entidade familiar, tão pouco faz qualquer comprovação dos critérios exigidos pela legislação para caracterizar o imóvel ou seus móveis como bens de família" e (c) necessária condenação nas penas por litigância de má-fé.

É o relatório.

1. Trata-se de ação de execução promovida por P.B.S.A.T.V.S. contra M.M.E.C.A.L., lastreada em instrumento particular de prestação de serviços, objetivando o recebimento do valor de R$1.794.016,90, para agosto de 2016.

Após a inclusão dos agravantes no polo passivo da ação, por decisão proferida em incidente de desconsideração da personalidade jurídica da executada, a parte agravada requereu a expedição de mandado de livre penhora e avaliação de bens móveis, utensílios e equipamentos na residência dos executados (fls. 239/240 dos autos de origem).

O pedido foi deferido pela r. decisão agravada de fls. 247 dos autos de origem, que segue: "Vistos.

Fls. 241/242: Defiro o pedido de penhora portas a dentro de eventuais objetos móveis no endereço dos executados: G.R. e E.C.R. (no endereço (...)) e M.O.D.M. e E.R.O. (no endereço (...)).

Após, expeça-se o competente mandado, devendo a parte executada ser nomeada fiel depositária e no mesmo ato se manifestar dizendo se pretende a adjudicação dos bens.

Intime-se a parte interessada para acompanhar a diligência, ciente de que se der causa a sua frustração, por ausência do seu comparecimento, o processo será imediatamente arquivado.

Deve o Oficial de Justiça cumpridor da diligência observar as limitações legais decorrentes da proteção jurídica conferida ao bem de família e também os móveis que guarnecem o imóvel residencial.

Acesso ao Sumário

Defiro, ainda, caso seja necessário, o auxílio de força policial, a fim de auxiliar o oficial de justiça no cumprimento da diligência, com fulcro no artigo 846, §2º do NCPC e autorizo, em casos excepcionais, a realização da penhora nos termos do artigo 212, § 2º do NCPC.

Intimem-se".

Contra referida decisão, a parte agravante ofereceu embargos de declaração (fls. 311/313 dos autos de origem), os quais foram rejeitados pela r. decisão agravada de fls. 315 dos autos de origem, assim proferida:

"Vistos.

Fls. 249/58: Manifeste-se a exequente em 10 dias.

Fls. 311/3: Conheço dos embargos, porquanto tempestivos. No mérito, rejeito-os.

Inexiste omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, não carecendo a decisão embargada de qualquer esclarecimento.

A decisão expõe, de maneira clara e fundamentada, as razões dos entendimentos nela consignados. Atente-se, em especial, para o expressivo montante exequendo, contrastante com o pequeno valor da soma dos bens até o momento localizados e aptos à sua satisfação.

No mais, os questionamentos trazidos pela parte embargante dizem respeito ao mérito da sentença e desafiam a interposição do recurso cabível.

Ante o exposto, rejeito os embargos.

Intime-se".

2. A pretensão recursal dos agravantes é de reforma da r. decisão agravada "para afastar a penhora sobre os bens móveis que guarnecem a residência dos agravantes".

3. Mantêm-se as rr. decisões agravadas.

3.1. No momento de seu aperfeiçoamento, que é orientado pelo princípio da adequação, lastreado pela estimativa de valores e bom senso, a penhora deve recair sobre bens suficientes para satisfação do débito exequendo, inclusive juros, custas, despesas processuais e honorários advocatícios, com razoável margem de excesso, destinado a cobrir acréscimos vincendos, no curso da execução, resultantes da ausência de pagamento espontâneo, a teor do disposto nos arts. 831, 836, *caput*, e 874, do CPC, evitando-se constrições manifestamente inúteis ou excessivas, uma vez que o controle do valor dos bens penhorados somente ocorre na fase de avaliação.

Nesse sentido, a orientação de: **(a)** Humberto Theodoro Junior: "**Em outras palavras, o Código institui dois limites à penhora: (a) deve atingir apenas os bens que bastem à satisfação do valor atualizado monetariamente do crédito exequendo, com seus acessórios: juros, custas e honorários advoca-**

Acesso ao Sumário

tícios (NCPC, arts. 381 e 874); e (b) não deve ser realizada, nem mantida, quando evidente o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (art. 836, *caput*). Não pode, sem suma, a penhora ser nem *excessiva*, nem *inútil*. (...) O art. 831, do NCPC limite a penhora a tantos bens quanto bastem para o pagamento da dívida exequenda e os custos da execução. (..) Como a execução forçada, na espécie, não compreende a expropriação universal do patrimônio do devedor, mas apenas do suficiente para realizar o crédito do exequente, a penhora, para não ser qualificada de excessiva, terá de limitar-se a bens cujo valor corresponda ao suficiente para cobrir o principal atualizado, mais juros e encargos processuais. **Sendo certo que o processo durará algum tempo para proporcionar a satisfação do direito do exequente, é óbvio que os bens penhorados haverão de apresentar uma razoável margem de excesso sobre o montante contemporâneo ao débito, destinado a cobrir os acréscimos vincendos inevitáveis. É impossível estabelecer-se uma igualdade matemática entre a dívida e a penhora, no momento da constrição executiva. Não se deve tolerar, no entanto, excessos evidentes ou abusos notórios**" ("Curso de Direito Processual Civil - Execução forçada - Cumprimento de Sentença - Execução de Títulos Extrajudiciais - Processo nos Tribunais - Recursos - Direito Intertemporal", vol. III, 47ª ed., Forense, 2015, RJ, p. 470/471, itens 345 e 346, o destaque não consta do original); e **(b)** Araken de Assis: "A penhora por oficial de justiça se orienta, obviamente, pelo princípio da adequação (...). Segundo o art. 836, *caput*, a penhora não se levará a efeito 'quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução'. Infere-se deste dispositivo, ao proibir de forma explícita a penhora inútil, implícito veto análogo ao seu oposto, ou seja, à penhora excessiva, pois a constrição recairá sobre tantos bens quantos bastem à satisfação do crédito (art. 831). Desvios dessa natureza mostram inadequados e hostis ao equilíbrio entre os interesses contrapostos *in executivis*. Esta harmonia inicial da penhora, e que denota 'manifesto bom-senso e salutar equidade', dependerá do caso concreto e reclama cautela na sua avaliação. Não sendo 'evidente' conforme estipula o art. 836, *caput*, a absorção do produto da venda dos bens pelas despesas do próprio processo executivo, e mesmo projetando-se pequena satisfação do crédito com os bens cogitados, efetivar-se-á a penhora. O controle definitivo acontecerá após a renovação da avaliação (art. 874)" ("Manual da Execução", 19ª ed., RT, 2017, SP, p. 980/981, item 277.7, o destaque não consta do original).

Quanto à admissibilidade de redução ou ampliação, respectivamente, da constrição judicial, independentemente de avaliação judicial, constado, de plano, que o valor do bem penhorado é excessivamente superior, nem inferior ao do crédito exequendo, para garantir a execução, hipóteses estas que justificam a redução ou ampliação, respectivamente, a orientação do julgado extraído do

Acesso ao Sumário

site do Eg. STJ: "DECISÃO Trata-se de embargos de declaração opostos por MARCELO NASCENTES PIRES, contra a decisão de fls. 1270-1274, e-STJ, que negou provimento ao agravo de instrumento tendo em vista: a) inexistência de violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil; b) necessidade de reexame do contexto fático-probatório; e c) consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte Superior. O embargante ratifica a impossibilidade da segunda penhora, sem a devida avaliação dos bens atingidos pela primeira. Aduz, ainda, que a primeira penhora não recaiu sobre 'títulos podres', mas sim sobre parte das ações do executado na sociedade empresária Televisão Xanxerê Ltda. É o relatório. **DECIDO. A irresignação não merece prosperar. Inicialmente, cabe consignar que a questão de direito debatida versa sobre a possibilidade da realização de segunda penhora, antes da avaliação dos bens constritos pela primeira. Nesse ponto a decisão embargada é clara e objetiva, conforme infere-se do seguinte excerto: Ademais, corroborando com o deferimento da penhora das quotas, antes da avaliação dos supostos bens (títulos podres) oferecidos para penhora, o entendimento desta Corte é firme no sentido de que o artigo 685 do Código de Processo Civil, faculta ao juiz o deferimento da ampliação da penhora, independentemente de avaliação judicial, quando patente a insuficiência dos bens penhorados para garantir o juízo**. Nesse sentido: EXECUÇÃO. AMPLIAÇÃO DA PENHORA ANTERIORMENTE À AVALIAÇÃO DOS BENS JÁ CONSTRITOS. INÉRCIA DA DEVEDORA. CONSTRIÇÃO QUE RECAI SOBRE UNIDADES RESIDENCIAIS DISPONÍVEIS E NÃO SOBRE A RENDA DA EMPRESA. - É facultado ao Juiz deferir a ampliação da penhora, desde que de plano se mostrem insuficientes à garantia do Juízo os bens já penhorados, independentemente da avaliação oficial. Admite-se ao Magistrado a adoção de medidas cautelares urgentes no sentido de assegurar o cumprimento da decisão exeqüenda. - Hipótese em que o reforço da penhora recaiu sobre unidades residenciais ainda não comercializadas, pertencentes à devedora, e não sobre a renda ou faturamento da empresa. - Julgamento do apelo especial que não prescinde do revolvimento da matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar n. 5.259-DF. Medida Cautelar n. 5.628-DF não conhecida por incompetência do Superior Tribunal de Justiça, determinada a remessa do feito ao Juízo da 10ª Vara Cível da Circunscrição Especial de Brasília. (REsp 439.016/DF, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 14/06/2004, p. 224) Destarte, constatada a necessidade de reforço da penhora, com base no contexto fático-probatório do autos, assiste ao julgador 'a quo' a possibilidade de promover a segunda penhora, independentemente, de avaliação dos bens alvos da primeira. Assim, discutir qual foi o bem constrito na primeira penhora, não altera a questão de direito do recurso especial, posto que a análise

Acesso ao Sumário

da sua suficiência, ou não, para a satisfação do crédito, consiste em ponto já resolvido, mediante percuciente valoração dos elementos de prova, pelas instâncias ordinárias. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração." (EDcl no Ag 1269416/SP, rel. Min. Vasco Della Giustina, data da publicação: 25/04/2011, o destaque não consta do original).

Ainda nesse sentido, a orientação deste Eg. Tribunal de Justiça: "**EXCESSO DE PENHORA - Execução de título extrajudicial - Alegação de que os bens penhorados excedem o valor do débito exequendo - Demonstração - Inexistência - Avaliação que será feita no momento oportuno, antes da expropriação - Deferimento do pedido de liberar bens da constrição - Impossibilidade: - Inexistindo demonstração segura de que os bens penhorados excedem o valor do débito exequendo, inviável o acolhimento do pleito de liberação de bens da constrição, observando-se que a avaliação dos bens, a fim de verificar eventual necessidade de redução ou ampliação da penhora será oportunamente realizada, antes da expropriação.** RECURSO NÃO PROVIDO" (13ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2232149-12.2015.8.26.0000, rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. 09/03/2016, o destaque não consta do original).

3.2. As disposições da LF 8.009/90, que trata sobre a impenhorabilidade do bem de família, não impedem o cumprimento da determinação do art. 836, §1º, CPC/2015 (correspondente ao art. 659, § 3º, do CPC/1973), que objetiva evitar constrição judicial ilegítima e documentar a situação.

Nesse sentido, a orientação: (a) do julgado extraído do site do Eg. STJ: "CIVIL E PROCESSUAL - PENHORA - CUMPRIMENTO DO § 3º DO ART. 659 DO CPC. I - As disposições da Lei 8.009 não impede o cumprimento do disposto no § 3º do art. 659 do CPC. II - Tal norma objetiva evitar a constrição patrimonial ilegítima possibilitando, ainda, o controle da deliberação do oficial de não realizar a penhora. III - Recurso conhecido e provido." (STJ-3ª Turma, REsp 163603/PA, rel. Min. Waldemar Zveiter, v.u., j. 12/05/1998, DJ 29/06/1998 p. 178 RSTJ vol. 110 p. 253, o destaque não consta do original); e **(b)** de Celso Neves: "**A regra do § 3º atende à necessidade de documentar-se no processo a situação que impossibilita a realização da penhora e trava a execução, pela falta de elemento essencial.**" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. VII, 2ª ed., 1ª tir., Rio de Janeiro, 1984, p. 66, item 17, o destaque não consta do original).

3.3. Os bens que guarnecem a residência do executado são impenhoráveis, com exceção daqueles de caráter suntuoso, supérfluo, de adorno ou encontrados em duplicidade.

Nesse sentido, a orientação dos julgados extraídos dos sites:

(a) do Eg. STJ: "RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. **A IM-**

Acesso ao Sumário

PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA COMPREENDE OS MÓVEIS ESSENCIAIS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA, EXCLUINDO-SE APENAS OS VEÍCULOS DE TRANSPORTE, OBRAS DE ARTE E ADORNOS SUNTUOSOS, DE ACORDO COM OS ARTS. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, E 2º, CAPUT, DA LEI Nº 8.009/90. DESSARTE, EM LINHA DE PRINCÍPIO, SÃO IMPENHORÁVEIS APARELHO DE SOM, TELEVISÃO, MÁQUINA DE LAVAR, FORNO MICROONDAS, COMPUTADOR, IMPRESSORA E BAR EM MOGNO COM REVESTIMENTO EM VIDRO - BENS QUE USUALMENTE SÃO ENCONTRADOS EM UMA RESIDÊNCIA E QUE NÃO POSSUEM NATUREZA SUNTUOSA. EM HAVENDO MAIS DE UM APARELHO DE SOM, A LEI SÓ PÕE A SALVO DA PENHORA UM ÚNICO APARELHO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO 1. Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal. Alega o recorrente divergência jurisprudencial e que, em que pese ter suscitado a impenhorabilidade de bens móveis essenciais que guarnecem o imóvel, a Corte local deu parcial provimento ao recurso para liberar da constrição judicial apenas a geladeira, mantendo, todavia, a penhora de aparelhos de som e uma máquina de lavar roupas. 2. De início, consigne-se que a decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando os recursos sujeitos aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 do Plenário do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 849.405/MG, Quarta Turma, Julgado em 5/4/2016). 3. O acórdão recorrido dispôs: 3. De início, cabe registrar que as partes entabularam acordo nos autos da execução (proc. nº 2475/01 em apenso), que veio a ser descumprido pelo executado, ora apelante, sobrevindo requerimento de penhora (fls. 43 do apenso). Verificando o auto de penhora 9fls. 49 do apenso) se constata que foram constringidos uma geladeira duplex de 320 litros, marca Brastemp, cor branca, um aparelho de som marca Samsung com 02 tapes, CD rádio AM/FM, tocadiscos e duas caixas acústicas e uma máquina de lavar roupas, marca Brastemp, cor branca. Sopesando a espécie, segundo o critério da essencialidade, com exceção da geladeira, os demais bens, como coisas não essenciais ao guarnecimento do lar, pois desnecessários à preservação da dignidade da moradia do apelante, não constituem bem de família para fins de impenhorabilidade (art. 1º, par. único, da Lei nº 8.009/90). **Consoante precedentes da Quarta Turma do STJ, a impenhorabilidade do bem de família compreende os móveis que o guarnecem, excluindo-se apenas os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, de acordo com os arts. 1º, parágrafo único, e 2º, caput, da Lei nº8.009/90. Desta feita, em linha de princípio, são impenhoráveis aparelho de som, televisão, máquina de lavar, forno microondas, computador, impressora e bar em mogno com revesti-**

Acesso ao Sumário

mento em vidro - bens que usualmente são encontrados em uma residência e que não possuem natureza suntuosa: PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA - SUFICIENTE A JUNTADA DAS EMENTAS DOS ACÓRDÃOS PARADIGMAS - MÓVEIS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA (APARELHO DE SOM, TELEVISÃO, FORNO MICROONDAS, COMPUTADOR, IMPRESSORA E 'BAR EM MOGNO COM REVESTIMENTO EM VIDRO') - IMPENHORABILIDADE - ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº8.009/90. 1 - Em se cuidando de divergência jurisprudencial notória, manifestamente conhecida na Corte, e evidenciada, estreme de dúvidas, por meio da exposição das ementas dos acórdãos em confronto, dispensável a juntada do inteiro teor dos precedentes ou da citação do repositório oficial, autorizado ou credenciado de jurisprudência, mormente em sendo a matéria exclusivamente de direito e os paradigmas oriundos deste Tribunal (cf. AgRg REsp 335.331/RS, EDcl REsp 297.823/SP, AgRgAG 430.237/SP e EREsp 222.525/MA). 2 - **A impenhorabilidade do bem de família compreende os móveis que o guarnecem, excluindo-se apenas os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, de acordo com os arts. 1º, parágrafo único, e 2º, caput, da Lei nº 8.009/90. Desta feita, são impenhoráveis aparelho de som, televisão, forno microondas, computador, impressora e 'bar em mogno com revestimento em vidro', bens que usualmente** são encontrados em uma residência e que não possuem natureza suntuosa. 3 - Precedentes (REsp 402.896/PR, 225.194/SP, 198.370/MG, 691.729/SC). 4 - Recurso conhecido e provido para reconhecer a impenhorabilidade dos móveis em comento, que guarnecem a residência da recorrente, invertendo-se o ônus da sucumbência." (REsp 589.849/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 283)

IMPENHORABILIDADE. LEI Nº 8.009, DE 29.3.1990. ANTENA PARABÓLICA. APARELHO DE SOM. AR-CONDICIONADO E VIDEOCASSETE. - **A impenhorabilidade do bem de família compreende o que usualmente guarnece a moradia do devedor. Aí se incluem a antena parabólica e o aparelho de som, o mesmo não ocorrendo em relação ao ar-condicionado e ao videocassete.** Precedentes. Recurso especial conhecido e provido parcialmente. (REsp 402.896/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2002, DJ 26/08/2002, p. 239) Todavia, é bem de ver que, excepciona-se o segundo aparelho existente na residência, por refugir à essencialidade do lar: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. VÍDEO CASSETE. TELEVISÕES. APARELHO DE SOM. TECLADO. LAVADORA. BENS DE FAMÍLIA. PENHORA. DESCABIMENTO. LEI N. 8.009/90. I. **Em face de sua essencialidade para a vida familiar, os bens tidos como integrantes da residência são insuscetíveis de penhora. Precedentes do STJ**. II. Excepciona-se o segundo aparelho de televisão existente na residência da executada, por

Acesso ao Sumário

refugir à essencialidade do lar. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 284.445/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2000, DJ 19/02/2001, p. 183) Com efeito, no caso, cumpre afastar a penhora do CD rádio AM/FM e da máquina de lavar roupas. 4. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para afastar a penhora da máquina de lavar roupas e o CD rádio AM/FM. Publique-se. Intimem- se" (REsp 1304288, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 22/03/2017, o destaque não consta do original) e

(b) deste Eg. Tribunal de Justiça: **(b.1)** "PENHORA - **Incidência sobre televisores, computadores e aparelhos de ar condicionado, todos em duplicidade e que guarnecem a residência do executado - Impenhorabilidade apenas de um dos computadores e um dos televisores, que constituem o mínimo imprescindível e necessário à vida do devedor - Hipótese em que os demais extrapolam essa necessidade, representando um conforto a mais, inclusive os aparelhos de ar condicionado** - Art 2º da Lei nº 8009/90 - Excesso de penhora - Inovação recursal - Questão não conhecida - Recurso conhecido em parte e provido em parte" (12ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9072080-96.2006.8.26.0000, rel. Des. Rui Cascaldi, j. 07.05.2008, o destaque não consta do original) e **(b.2)** "AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - MENSALIDADES ESCOLARES - **PENHORA DE COMPUTADOR, MÁQUINA DE LAVAR E DOIS TELEVISORES - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - RECONHECIMENTO - TODAVIA É PENHORÁVEL UM DOS TELEVISORES, POIS A DUPLICIDADE DE BENS DEVE SER CONSIDERADA COMO VOLUPTUÁRIA E NÃO NECESSÁRIA**. Agravo de Instrumento parcialmente provido" (36ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0206869-78.2012.8.26.0000, rel. Des. Jayme Queiroz Lopes, j. 04.10.2012, o destaque não consta do original).

3.4. Aplicando à espécie as premissas supra, **(a)** como a execução se processa por valor elevado - R$1.794.0136,90, para agosto de 2016 (fls. 06 dos autos de origem), **(b)** em situação em que não há notícia nos autos de localização de bens passíveis de penhora suficientes para o pagamento do débito, nem mesmo a indicação pela parte executada, **(c)** admissível o deferimento da nova penhora, agora em relação aos bens que guarnecem a residência das partes agravantes, com a observação de que devem estar limitados àqueles existentes em duplicidade e àqueles de caráter suntuoso ou supérfluo.

4. Incabível o reconhecimento de litigância de má-fé da parte agravante.

Isto porque as alegações deduzidas não ultrapassaram os limites razoáveis do exercício do direito de ação e defesa.

5. Em resumo, o recurso deve ser desprovido, com observação, revogando-se o efeito suspensivo concedido.

Acesso ao Sumário

O presente julgamento não afronta as normas constitucionais e infraconstitucionais invocadas pelas partes, visto que está em conformidade com a orientação dos julgados *supra* especificados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2002548-32.2021.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante MARIA APARECIDA LOPES DE JESUS, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11815)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCOS GOZZO (Presidente), HÉLIO NOGUEIRA E TAVARES DE ALMEIDA.

São Paulo, 21 de junho de 2021.

MARCOS GOZZO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. Insurgência contra a decisão que determinou a manutenção da penhora de percentual do benefício previdenciário da executada. Cabimento. Impenhorabilidade de tal verba, nos termos do artigo 833, incisos IV e X, do CPC. Caso dos autos em que, de fato, não seria razoável determinar a penhora de parte do benefício previdenciário percebido pela agravante, diante de sua natureza alimentar. Ademais, o valor é inferior a 40 salários mínimos. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e do Egrégio TJSP. Cassação da decisão objurgada que se impõe. Recurso provido para revogar a ordem de manutenção da penhora sobre parte do valor bloqueado, nos termos delineados na fundamentação.

VOTO

Versam os autos sobre recurso de agravo de instrumento interposto por

Maria Aparecida Lopes de Jesus contra a r. decisão que, nos autos da execução ajuizada por **Banco Bradesco S/A**, deferiu o levantamento somente do valor de R$ 1.021,07, mantendo-se a penhora sobre o restante do *quantum*, que corresponde a 30% de seus vencimentos líquidos (fls. 141 dos autos principais).

Alega a recorrente que a penhora recaiu sobre parte de seu benefício previdenciário, a qual é impenhorável, com fulcro no artigo 833, IV, do Código de Processo Civil.

Determinado por esta Relatoria o processamento do agravo com efeito ativo, para determinar o desbloqueio do valor discutido nos autos do instrumento, decorrendo *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta (fls. 13/14 e 17).

É o breve relatório.

Passo ao voto.

Recorre a agravante, repita-se, por não se conformar com a deliberação proferida pelo MM. Juízo de primeiro grau, cujo teor reproduz-se a seguir:

Vistos. De fato, a executada comprova por documento que o bloqueio judicial foi realizado em conta na qual recebe seu benefício do INSS. Não obstante, cumpre considerar que, segundo entendimento que nossos Tribunais vêm dando a hipóteses como a presente, há "possibilidade de desconto direto, desde que não supere 30% dos vencimentos líquidos" (cf. AI nº 990093489287 - 20ª Câmara de Direito Privado do TJSP 22/02/20101). Logo, sendo o valor líquido dos vencimentos do executado R$ 1.946,19, possível a penhora de R$ 583,85. Assim sendo, defiro parcialmente o pedido para determinar o desbloqueio somente do valor excedente a tal montante, ou seja, R$ 1.021,07. Expeça-se mandado de levantamento em favor da executado, ficando a realização do ato condicionada ao preenchimento do formulário disponibilizado no seguinte endereço eletrônico (...) (fls. 141 dos autos principais).

Pois bem. O recurso, diante dos elementos apresentados no bojo do caderno processual, comporta provimento.

Os autos originários dizem respeito à ação de execução movida pelo recorrido em face da agravante e de Maria Aparecida Lopes de Jesus Restaurante ME.

Após tentativas frustradas de citação das executadas, a instituição financeira requereu o arresto de valores, por meio do Bacenjud, o que foi deferido pelo MM. Juízo *a quo* (fls. 118/122 dos autos principais).

De proêmio, insta salientar que, em se tratando de benefício previdenciário, incide a impenhorabilidade descrita no artigo 833, inciso IV, do Código de Processo, nos seguintes termos:

"*Art. 833.* São impenhoráveis:

Acesso ao Sumário

(...)

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;

(...).”

Com efeito, não seria razoável determinar a penhora de percentual do benefício previdenciário percebido pela agravante (fls. 131 dos autos principais), dada a sua natureza alimentar, e porque não comprovada, nesta estrita via do agravo, qualquer das excepcionalidades previstas no artigo 833, §2º, do CPC.

Nesse sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PUBLICAÇÃO. NOME DE ADVOGADO DIVERSO DO CONSTITUÍDO.

RESTITUIÇÃO DO PRAZO. AMPLA DEFESA PRESERVADA. NULIDADE. INEXISTENTE. ***IMPENHORABILIDADE SALARIAL. PRESERVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS.*** *PENHORA DE COTAS DE COOPERATIVA. VIABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS.*

1. Omissis.

2. Omissis.

3. Omissis.

4. ***A orientação desta Corte, ao permitir a aplicação mitigada da impenhorabilidade salarial, está muito bem delimitada para situações excepcionais em que efetivamente resta preservada a dignidade do devedor, no seu núcleo essencial. Não se pode tornar em regra geral e abstrata um tratamento excepcional direcionado a circunstâncias individuais e concretas detectadas caso a caso. Precedentes.***

5. Omissis.

6. Omissis.

7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (REsp 1661990/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 22/08/2017)

De se destacar, também, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

IMPENHORABILIDADE - Execução - Localização de plano de previdência privada em nome do executado - Informação da entidade de previdência privada de que o executado recebe mensalmente valores - Penhora - Impossibilidade - Verba alimentar: - Hipótese em que restou

Acesso ao Sumário

demonstrado que o executado recebe mensalmente valores a título de aposentadoria complementar - Desnecessidade de demonstração de que se trata de sua única renda - Circunstância em que mesmo com o recebimento do benefício previdenciário oficial o valor dos rendimentos da previdência privada mostra-se necessário à subsistência do executado - Caráter alimentar - Impenhorabilidade demonstrada. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2218288-80.2020.8.26.0000; Relator (a): Nelson Jorge Júnior; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Garça - 1ª Vara; Data do Julgamento: 15/04/2021; Data de Registro: 15/04/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Cumprimento de Sentença - Insurgência contra decisão que rejeitou a impugnação, indeferindo o pedido de desbloqueio da conta salário - Bloqueio de conta corrente - Impossibilidade - Benefício previdenciário que é impenhorável em sua integralidade e possui caráter alimentar, nos termos do artigo 833,inciso IV, do CPC/2015 - No caso, a agravante comprovou que a quantia bloqueada diz respeito ao recebimento de benefício previdenciário, protegido, portanto, pelo manto da impenhorabilidade - Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2248180-34.2020.8.26.0000; Relator (a): Fortes Muniz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de São Sebastião - 2ª V.CÍVEL; Data do Julgamento: 27/11/2020; Data de Registro: 27/11/2020)

Cumprimento de sentença - Ação de cobrança - Deferida a penhora de 15% sobre o salário líquido do agravante - Descabimento - Art. 833, § 2º, do atual CPC - Remuneração mensal do agravado, bombeiro civil, que não ultrapassa cinquenta salários mínimos - Débito em questão que não tem natureza alimentar - Penhora parcial inviável - Precedentes do TJSP - Agravo provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2048617-93.2019.8.26.0000; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/06/2019; Data de Registro: 27/06/2019)

PENHORA - Execução - Decisão agravada que indeferiu a penhora de salário no percentual de 30% - Impenhorabilidade verificada - Arts. 833, IV e X, do CPC e 7º, X, da CF/88 - Impossibilidade de violação aos direitos fundamentais - Natureza alimentar do crédito exequendo não verificada - Recurso improvido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2237625-26.2018.8.26.0000; Relator (a): J. B. Franco de Godoi; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/02/2019; Data de Registro: 07/02/2019)

Acesso ao Sumário

Outrossim, conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: é possível ao devedor, para viabilizar seu sustento digno e de sua família,

poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, ***não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda*** (grifos não originais) (REsp 1.340.120/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014).

Neste sentido, já decidiu esta Colenda Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - "CUMPRIMENTO DE SENTENÇA" - Irresignação contra a decisão que negou o desbloqueio de ativos financeiros do executado, penhora via sistema BACENJUD - Montante inferior a 40 salários mínimos - Impenhorabilidade, de acordo com o artigo 833, X, do CPC - Precedente do STJ - Decisão reformada - RECURSO PROVIDO (TJSP; Agravo de Instrumento 2039904-66.2018.8.26.0000; Relator (a): Ana Catarina Strauch; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/06/2018; Data de Registro: 05/06/2018)

Na hipótese dos autos, o valor penhorado é inferior ao correspondente a 40 (quarenta) salários mínimos.

Destarte, revelando-se inafastável a aplicação do disposto no artigo 833, incisos IV e X, do novel Código de Ritos, a hipótese é de cassação da decisão profligada.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** para revogar a ordem de manutenção do bloqueio de percentual do benefício previdenciário da recorrente, nos termos delineados na fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2010202-70.2021.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante CLARO S/A, é agravado LIFE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO MULTIMIDIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43962)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente sem voto), LUIS CARLOS DE BARROS e REBELLO PINHO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 23 de junho de 2021.
CORREIA LIMA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de rescisão contratual c.c. indenização por dano moral - Impugnação ao cumprimento de sentença rejeitada - Incidência do percentual fixado a título de honorários advocatícios apenas sobre o valor da condenação (indenização por dano moral) - Título executivo judicial que não abrangeu o valor do débito declarado inexigível para efeito de incidência da verba honorária - Astreintes fixadas em valor proporcional e adequado para o cumprimento de obrigação de fazer ratificada na r. sentença - Recurso provido em parte.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento oferecido por Claro S.A., em ação de rescisão contratual c.c. indenização por dano moral (alegada interrupção, queda de ligações, chiados e defeito na prestação do serviço de telefonia móvel celular habilitado em 150 aparelhos, impossibilitando a comunicação interna e com clientes cobrança de valores pela ré mesmo após ter sido realizada a portabilidade de todas as linhas telefônicas para outra operadora de telefonia, fls. 1/14 e 28/688 dos autos de origem), em fase de cumprimento de sentença, movida por Life Serviços de Comunicação Multimídia Ltda., contra r. decisão reproduzida a fls. 150/155 (fls. 135/140 dos autos originários) que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença ofertada pela executada.

Alega a agravante, em resumo, que (1) os honorários advocatícios não devem incidir sobre o débito declarado inexigível e (2) as astreintes devem ser reduzidas, porquanto fixadas em patamar excessivo (fls. 1/13).

Pede-se a concessão do efeito suspensivo e o provimento a fim de que seja reformada a r. decisão agravada.

Processada a insurgência, concedeu-se o efeito suspensivo postulado, dispensaram-se informações, a agravada não ofertou contraminuta (fls. 169) e iniciou-se o julgamento virtual (fls. 170).

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento em parte.

3. O dispositivo da r. sentença que julgou procedente a ação, mantida no julgamento da apelação manejada pela ré, ora agravante, assim se pronunciou:

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação de inexigi-

bilidade de débitos, cumulada com indenização por danos morais e liminar de antecipação de tutela proposta por LIFE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO MULTIMIDA LTDA contra CLARO S/A, ambas com qualificações nos autos, para em consequência, declarar rescindido o contrato de prestação de serviços de telefonia, sem qualquer cobrança de multa, bem como declarar a inexigibilidade do débito no valor de R$58.180,23 (cinquenta e oito mil cento e oitenta reais e vinte e três centavos). Torno definitiva a tutela concedida às fls. 697/699.

Condeno à ré pagar à autora a quantia de R$15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais, com aplicação da correção monetária a partir do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362, do C. Superior Tribunal de Justiça, e juros moratórios a partir da data em que perpetrou ato ilícito, nos termos do artigo 398, do Código Civil e Súmula nº 54, do STJ.

Condeno ainda a ré nas custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios que fixo em 15% sobre o valor da condenação." (fls. 88).

Cumpre salientar que, por força do trabalho adicional realizado pelo patrono da autora, ora a agravada, em razão da apelação interposta pela ré, ora agravante, a verba honorária foi majorada de 15% para 20% do valor da condenação (fls. 91/102).

Não há qualquer dúvida, portanto, que a verba honorária devida pela agravante é de 20% sobre o valor da condenação, que, repita-se, é de R$15.000,00 (indenização por dano moral), com correção monetária desde o arbitramento e juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso.

De feito, nem a r. sentença, nem o v. acórdão dispuseram sobre a incidência de honorários advocatícios sobre o montante declarado inexigível (R$58.180,23, fls. 19), mas, tão somente, sobre a condenação ao pagamento de honorários advocatícios de 15% (depois majorada para 20%) sobre o valor da condenação R$15.000,00, com correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso, restando inadmitida qualquer interpretação ampliativa.

Assim, não se afigura correto o cálculo apresentado pela agravada a fls. 16/19, no que tange a incidência do percentual de 20% de honorários advocatícios também sobre o valor declarado inexigível (R$58.180,23 X 20% = R$11.636,04, fls. 19), sendo de rigor, portanto o refazimento dos cálculos para exclusão do montante mencionado.

4. Por outro lado, no que pertine ao valor da multa diária fixada em primeiro grau, não assiste razão ao agravante.

É cediço que o objetivo precípuo das astreintes é compelir o réu ao cumprimento da ordem judicial imposta, consoante o artigo 461, § 4º, do CPC e, para tanto, deve-se considerar, no momento da sua fixação, o valor discutido nos autos, a condição econômica do obrigado bem como a sua disposição de bem

Acesso ao Sumário

cumprir ou não a ordenação exarada.

A propósito obtempera a boa doutrina:

"O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz." (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 10ª ed. rev. ampl. e at. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 673, nota 17 ao art. 461).

A despeito da indubitável eficácia da fixação de astreintes, in casu, como medida de apoio para o cumprimento da ordem judicial, o patamar adotado (R$2.000,00 limitada a R$10.000,00, fls. 697/699 dos autos de origem) revela-se adequado, não implicando o empobrecimento do réu nem o enriquecimento ilícito do acionante.

5. Isto posto dá-se provimento em parte ao recurso para determinar o recálculo da dívida a fim de excluir da incidência do percentual de honorários advocatícios sobre o valor do débito declarado inexigível.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2136796-32.2021.8.26.0000, da Comarca de Andradina, em que é agravante VLAMIR FEIFAREK, é agravado BANCO BMG S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23628)**

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

São Paulo, 24 de junho de 2021.

ROBERTO MAIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação revisional de contrato bancário. Indeferimento do pedido de gratuidade da justiça do demandante. Inconformismo. Com razão. Cópia da declaração do IRPF demonstrando a ausência de bens e direitos. Extrato

e histórico de crédito junto ao INSS revelando benefício previdenciário mensal inferior a três salários mínimos. Gratuidade processual deferida conforme jurisprudência desta Câmara. Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Vlamir Feifarek* contra decisão interlocutória (fls. 200/201 do processo de origem, digitalizada a fls. 41/42) que, em ação revisional de contrato bancário movida contra o ora agravado, indeferiu o benefício da justiça gratuita a ele.

Irresignado, aduz o agravante, em resumo, que os documentos juntados ao feito principal comprovam a sua hipossuficiência. Narra "*ter comprovado seu atual estado de miserabilidade, diante dos documentos: 1- declaração de hipossuficiência econômica firmada por pessoa física - presunção de veracidade gerada pela própria lei; 2- comprovante de renda mensal e Certidão extraída da Receita Federal atestando que sequer tem bens móveis e imóveis em se nome e do extrato de rendimentos líquido de um pouco mais de um salário mínimo*" (fls. 02/03). Por fim, requer a atribuição do efeito suspensivo.

Foi atribuído o efeito suspensivo ao recurso.

FUNDAMENTAÇÃO:

In casu, o agravante juntou cópia da sua declaração de IRPF do exercício de 2020 demonstrando a inexistência de bens e direitos (fls. 23/28).

No mais, o recorrente, aposentado, colacionou ao feito cópia de seu extrato e histórico de crédito junto ao INSS (fls. 19), no qual consta benefício previdenciário bruto mensal no montante de R$ 2.414,08.

Assim sendo, tem-se que a renda mensal auferida pelo recorrente é inferior ao limiar de 3 salários mínimos mensais fixados pela jurisprudência dessa Câmara.

Termos em que, os documentos juntados demonstram ser o agravante merecedor da gratuidade da justiça.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo **PROVIMENTO** do agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2238370-35.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante ANTONIO CHAVES NETO, é agravado EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DA 12ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo 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 33109)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA, SANDRA GALHARDO ESTEVES, TASSO DUARTE DE MELO, CERQUEIRA LEITE, GILBERTO DOS SANTOS e WALTER FONSECA.

São Paulo, 30 de abril de 2021.

MARINO NETO, Relator

Ementa: Agravo Interno (art. 1.021 do CPC) - Irresignação com relação à decisão monocrática que não conheceu da apelação, porque a decisão desafiava agravo - Ausência de argumentos novos capazes de alterar a convicção. Recurso não provido, com aplicação de multa.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Antonio Chaves Neto** contra a decisão monocrática de fls. 64/66, que não conheceu da apelação porque o recurso cabível é o agravo, nos termos do artigo 10, § 1º, da Lei nº 12.076/09 (Lei do Mandado de Segurança).

O agravante afirma que deve ser aplicado o princípio da fungibilidade dos recursos, com o consequente conhecimento da apelação e reforma da decisão que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança.

É o relatório.

Cuida-se de apelação da decisão monocrática de fls. 41/44 que, no mandado de segurança impetrado por Antonio Chaves Neto contra Acórdão de re-

Acesso ao Sumário

latoria do Exmo. Senhor Desembargador Tasso Duarte de Melo, da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, indeferiu a petição inicial, nos termos do artigo 10, *caput*, da Lei nº 12.076/09.

O apelante requer a reforma da decisão sustentando que é cabível mandado de segurança no caso em tela. Assim, requer o acolhimento do pedido de cancelamento definitivo da penhora realizada no imóvel objeto da matrícula nº 4.788 do Cartório de Registro de Imóveis de São Pedro/SP (Av. 11/4788), bem como o cancelamento/suspenção de eventual praceamento do bem, eis que provado que o mesmo se trata de bem de família, portanto impenhorável.

O recurso não foi conhecido, em razão da manifesta inadmissibilidade, nos seguintes termos:

> "*O recurso não pode ser conhecido, em razão da manifesta inadmissibilidade.*
>
> *Conforme se depreende dos autos, trata-se de decisão monocrática que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança.*
>
> *Assim sendo, a decisão desafia agravo, conforme dispõe o artigo 10, § 1º, da Lei nº 12.076/09: 'Do indeferimento da petição inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre' (grifo nosso).*
>
> *No caso, configura erro grosseiro a interposição de apelação.*
>
> *Em razão da ausência de dúvida a respeito do recurso cabível, não há que se falar na aplicação do princípio da fungibilidade.*
>
> *Posto isso, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil, não conheço do recurso.*
>
> *Deixa-se de fixar honorários recursais porque não há condenação em honorários no mandado de segurança.*
>
> *Intimem-se*".

Nada revela eventual desacerto da decisão ora recorrida, e inexistem argumentos novos capazes de alterar a convicção.

Sendo manifesta, portanto, a improcedência do agravo interno e o intuito protelatório do presente recurso, de rigor a condenação do agravante na pena prevista no artigo 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, fixando-se multa de 1% sobre o valor atualizado da causa[1].

Posto isso, nega-se provimento ao recurso, com aplicação de multa.

1 Valor da causa: R$ 1.000,00, em setembro de 2020.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1028847-88.2019.8.26.0564/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante GARCIA E NEGRINI COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA., é agravado SOUZA E SILVA VEÍCULOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24593)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e LIDIA CONCEIÇÃO.

São Paulo, 21 de junho de 2021.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. Ação monitória. Decisão monocrática que não conheceu do recurso de apelação interposto pela parte ré. Irresignação da parte apelante. Descabimento. Hipótese de confirmação da decisão, pois a parte agravante não apresentou razões ou fatos novos que ensejassem sua modificação. Deserção caracterizada. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra a r. decisão monocrática de fls.156/159 dos autos principais, que, em sede de apelação, não conheceu de seu recurso.

A parte agravante sustenta, em síntese, que: 1) a gratuidade da justiça pode ser requerida em qualquer fase do processo; 2) houve a troca de Patrono e o causídico anterior foi desidioso, deixando transcorrer o prazo *in albis*, razão pela qual foi requerida a concessão de prazo para juntada de documentos ou recolhimento de custas; 3) a Constituição Federal prevê o princípio do acesso à Justiça; 4) a conjuntura decorrente da pandemia de 2020 ocasionou queda de rendimentos e ausência de faturamento da parte apelante.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Em que pese o inconformismo da parte agravante, o recurso não comporta provimento, uma vez que a r. decisão monocrática está fundamentada na

Acesso ao Sumário

legislação processual em vigor e na jurisprudência dominante deste E. Tribunal, nada havendo a ser reconsiderado.

Seu recurso não foi conhecido em razão da deserção caracterizada, tendo sido a parte apelante devidamente intimada a comprovar sua hipossuficiência econômica, ao que se quedou inerte. Ressalte-se que o despacho determinando a juntada de documentos foi proferido e publicado antes da alteração em sua representação processual.

Ademais, a parte apelante manifestou-se nos autos em duas oportunidades distintas após a alteração de causídicos, em que poderia ter juntado a documentação pertinente, se assim desejasse.

Inconformada, a parte apelante interpôs, então, o presente agravo interno, insurgindo-se contra essa r. decisão monocrática.

Ocorre que não foram alterados, pelas razões deduzidas, os fundamentos assentados na r. decisão atacada, os quais estão a seguir reproduzidos:

> Trata-se de apelação interposta pela parte ré contra a r. sentença de fls.94/97, integrada pela r. decisão de fls.106, que julgou procedente ação monitória e improcedentes os embargos monitórios, para instituir "de pleno direito o título executivo judicial no valor de R$ 37.500,00, corrigido monetariamente pelos índices de atualização do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde o vencimento do título de p. 14/15 (24/01/2018), com juros de mora de 1%ao mês, devidos da citação". Na mesma oportunidade, indeferiu a Justiça Gratuita pleiteada pela parte ré embargante em sede de embargos monitórios e a condenou ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.
>
> Opostos embargos de declaração pela parte ré, os quais foram rejeitados pela r. decisão de fls.106.
>
> A parte autora, ora apelante, sustenta, em síntese, que: 1) faz jus ao benefício da gratuidade; 2) a inicial é inepta; 3) houve excesso de execução na aplicação de juros; 4) houve cerceamento de defesa.
>
> Houve resposta.
>
> É o relatório.
>
> O recurso em tela deve ser decidido monocraticamente, nos termos do inciso III do artigo 932 do Código de Processo Civil vigente, posto que manifestamente inadmissível.
>
> Ao interpor este recurso, a parte autora não recolheu o preparo devido e requereu a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, alegando não dispor de condições financeiras para arcar com as custas processuais inerentes ao preparo da apelação interposta.
>
> Seu pedido foi indeferido por esta Superior Instância, nos termos da decisão de fls.144/150, da qual constou a determinação para "o recolhimento do preparo recursal devido, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de

Acesso ao Sumário

deserção do recurso de fls.108/117.".

A parte apelante manifestou-se a fls.153/155, alegando não ter sido regularmente intimada da decisão supra, requerendo concessão de novo prazo para apresentação de documentos comprovatórios de sua hipossuficiência.

No entanto, o prazo de cinco dias conferido pelo despacho de fls.133 esgotou-se antes da comunicação de nova representação processual pela parte apelante, pela juntada do substabelecimento sem reservas (fls.135 e 137).

Assim, descabe conceder nova oportunidade para recolhimento do preparo, tendo em vista que a decisão mencionada determinou expressamente que a deserção ficaria caracterizada se a parte recorrente não o fizesse no prazo de cinco dias.

Desse modo, de rigor o decreto de deserção deste recurso, por ausência de preparo, nos termos do art. 1.007 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido a jurisprudência deste E. TJSP, conforme se verifica:

1013181-26.2015.8.26.0002 Apelação/ Bancários

Relator(a): Maurício Pessoa

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 03/04/2017

Data de registro: 03/04/2017

Ementa: Apelação desacompanhada de preparo - Pedido de justiça gratuita formulado nas razões recursais foi indeferido - Autores intimados a recolherem as custas de preparo, nos termos do artigo 1.007 do CPC - Não atendimento da determinação - Deserção caracterizada - Recurso não conhecido.

0006700-66.2001.8.26.0451 Apelação/Estabelecimento de ensino

Relator(a): Azuma Nishi

Comarca: Piracicaba

Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 16/03/2017

Data de registro: 16/03/2017

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO MONITÓRIA. Interposição do recurso de apelação sem recolhimento do preparo. Indeferimento do pedido de justiça gratuita, com determinação de recolhimento. Inércia. Deserção. Não conhecimento do recurso. Não preenchimento de requisito extrínseco de admissibilidade recursal. Artigo 1.007 do Código de Processo Civil.

Tendo em vista que o apelo em tela demandou trabalho adicional dos Patronos da parte 'ex adversa', em grau de recurso, bem como que a intenção do legislador, ao criar a verba honorária em sede recursal, foi a de evitar recursos abusivos, determina-se a majoração dos honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios em benefício da parte ré para 11% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Na medida, portanto, em que a parte agravante não trouxe nada de novo aos autos que justificasse a pretendida modificação da r. decisão recorrida, de rigor a manutenção do 'decisum', posto que em consonância com a legislação em vigor e com a jurisprudência deste E. Tribunal.

Consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas as matérias constitucionais e legais aqui discutidas e fundamentadamente decididas.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo interno.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001406-13.2020.8.26.0366, da Comarca de Mongaguá, em que é apelante EDIFÍCIO ANCHIETA E NÓBREGA I, são apelados LUCIANA TANESE, ANDREIA TANESE e DANIEL TANESE (REVEL).

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 29103)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente sem voto), JAYME QUEIROZ LOPES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 22 de abril de 2021.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: CONDOMÍNIO. EXCLUSÃO DE CONDÔMINO E OBRIGAÇÃO DE FAZER PARA COMPELIR À ALIENAÇÃO BEM. Sentença de improcedência ao fundamento de que a pretensão carece de previsão legal. Reforma de rigor.

Acesso ao Sumário

Sanções pecuniárias do artigo 1.337 do CC não que esgotam as providências que podem ser adotadas para cessar a conduta ilícita do condômino. Comportamento antissocial do réu, de caráter grave e reiterado, que autorizam o acolhimento parcial do pedido. Agressão, intimidação, destruição de patrimônio, perturbação, furto, invasão, ameaça, injúria, entre outros ilícitos. Fatos não controvertidos.

Perda do direito de uso da unidade. Medida que, por si só, se revela suficiente para coibir os males provocados pela convivência com o réu. Alienação forçada do imóvel que, nesse contexto, se revela desnecessária.

Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de pedido de exclusão de condômino e obrigação de fazer para alienação do imóvel julgado improcedente pela respeitável sentença de fls. 323/326, cujo relatório se adota, integrada pela decisão de fls. 330, ao fundamento de que a pretensão do condomínio autor carece de previsão legal. Ademais, o Juízo *a quo* revogou a tutela de urgência inicialmente concedida, que determinava ao réu obedecer às regras da convenção condominial, sob pena de multa de R$5.000,00 por desvio verificado (fls. 177/178). Por fim, não houve condenação ao pagamento dos ônus de sucumbência, tendo em vista que a revelida do réu e anuência das rés com o pedido.

Inconformado, ***apela o autor*** sustentando, em síntese, que o direito de propriedade não é absoluto; que o direito de vizinhança implica restrições ao exercício da propriedade; que a ausência de previsão legal não é motivo suficiente para justificar a inércia quanto ao comportamento do condômino antissocial; que o ilícito deve ser punido; que a situação vivida pelos condôminos merece proteção; que deve ser considerada a função social da propriedade; que o réu praticou diversas ilicitudes e que a medida de exclusão do condômino encontra amparo na doutrina e jurisprudência. Requer, assim, a antecipação da tutela recursal, bem como seja reformada a respeitável sentença recorrida (fls. 338/400).

Houve resposta, ressaltando que o direito de propriedade deve ser assegurado às rés (fls. 167/176).

É o breve relato.

O apelo é de ser provido em parte.

Inicialmente registre-se que, em virtude deste julgamento definitivo do apelo, fica prejudicado o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Acesso ao Sumário

Narra a petição inicial que a unidade 211 do Condomínio Edifício Anchieta e Nobrega I é de propriedade dos três réus, que herdaram o referido imóvel dos seus pais já falecidos. Ocorre que o réu Daniel Tanese, a partir de 2010, passou a ostentar comportamento antissocial.

Em resumo, há relato de que *a) o mesmo insiste em colocar o* ***som em último volume 24 horas por dia (mesmo não estando em casa)*** *que extrapola todos os limites do razoável; (b) ignora todas as solicitações dos demais condôminos para se adequar às regras do condomínio e passa então a* ***agredi-los verbalmente e a intimidá-los****, se auto intitulando como "intocável"; c)* ***destrói o patrimônio*** *do condomínio; d)* ***defeca e urina nas áreas comuns*** *do edifício; e)* ***esmurra as portas dos vizinhos*** *na madrugada pedindo comida e dinheiro; f)* ***furta objetos do condomínio*** *tais quais extintores; g)* ***ameaça de morte*** *quem lhe chama atenção ou lhe contrarie. Esses são apenas alguns episódios dos diversos absurdos que serão narrados neste petitório. Aliás, essas condutas deram ensejo a* ***inúmeros boletins de ocorrência*** *denunciando crimes de ameaça,* ***injúria e difamação, furto, dano ao patrimônio****, dentre outros* (fls. 3) (realce não original).

Há notícia, ainda, de que a unidade se encontra em estado deplorável de conservação, consoante se observa pelas fotografias de fls. 10/13.

Além disso, afirma-se que os ***Condôminos não se sentem seguros*** *com o morador vivendo no Condomínio,* ***haja vista ser usuário de drogas, agressivo, intimidador e bastante perigoso****. Prova é que* ***no último dia 17/01/2020, após ter ficado o dia e a noite inteira com o som ligado no último volume, causando um verdadeiro caos no condomínio, os demais condôminos acionaram a polícia, a qual não resolvendo a situação, obrigou o síndico a desligar a energia do apartamento, causando a ira do Requerido, que se dirigiu à unidade do mesmo tentando atingi-lo com um espeto de churrasco****. Por sorte, o síndico conseguiu fechar a porta de sua unidade, porém, passou momentos de terror com sua família, haja vista que o Requerido* ***começou a esmurrar e a dar chutes na porta gritando palavras de baixo calão como "vou te matar", "seu fdp", "vou acabar com você",*** *dentre outras igualmente chulas, porém, desnecessário citar* (fls. 3/4) (realce não original).

Some-se a isso os relatos de invasão de apartamento alheio para tentar furtar shampoo; do medo dos condôminos de sofrerem represália; de acúmulo de lixo na unidade; de retirada das esquadrias, fechaduras e torneira do apartamento em que o réu reside, o que gerou inundação no unidade imediatamente abaixo e ainda gera problemas, pois, como o apartamento não tem mais janela, a água da chuva arrasta a sujeira por debaixo da porta e se acumula no corredor; de abordagem dos condôminos com pedido de dinheiro; de ameaças; de insultos; de que o réu foi atingido por golpes de faca em frente à unidade 125, de propriedade da Sra. Edileusa, que presenciou os fatos.

Acesso ao Sumário

Ademais, o condomínio alega que as muitas multas impostas não foram capazes de amenizar a situação referida, de modo que os condôminos optaram pelo ajuizamento da presente demanda.

Assim, requereu tutela de urgência para proibir a entrada do réu no condomínio. Ao final, requer a remoção definitiva do réu, bem como sejam os réus compelidos a alienarem seu imóvel. Subsidiariamente requer seja apenas confirmada a liminar de proibição de reingresso nas dependências condominiais.

A tutela de urgência foi concedida para determinar ao réu obedecer às regras da convenção condominial, sob pena de multa de R$5.000,00 por desvio verificado, ressaltando-se que, caso as multas judiciais não surtam o efeito desejado, será decretada a sua expulsão do condomínio, com proibição de acesso ao imóvel (fls. 177/178).

Houve revelia do réu.

Por sua vez, as rés sustentaram que o réu realmente possui comportamento agressivo, é usuário de drogas e comete crimes, de modo que ele foi internado em 2015. Concluem, assim, que ***não se opõem pela sua remoção e expulsão daquele recinto, pois a pretensão da parte autora se mostra razoável****, porquanto visa resguardar os interesses gerais do condomínio e, ainda, a integridade física dos demais condôminos, funcionários e transeuntes do edifício autor* (fls. 229) (realce não original).

Ao final, os pedidos foram rejeitados pelo Juízo *a quo*, o que motivou a interposição deste recurso.

E, de fato, em que pesem os fundamentos da respeitável sentença, o feito merecia solução parcialmente diversa.

O artigo 1.337 do Código Civil prevê a imposição de multa ao condômino que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio. Disso não se extrai, porém, qualquer vedação quanto a outras medidas que possam adotadas, a fim de se obstar a continuidade de graves violações aos direitos dos condôminos.

Nesse sentido, FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO leciona que ***não diz a lei se as sanções pecuniárias do art. 1.337 esgotam as providências para fazer cessar a conduta ilícita do condômino. Parece claro que, a par da multa, podem ajuizar o condomínio, os condôminos ou mesmo possuidores prejudicados tanto ação indenizatória como de obrigação de fazer ou de não fazer, inclusive com pedido cominatório ou de tutela específica****, na forma do art. 461 do CPC/73 (arts. 139, IV, 497 a 500,536, § 1°, e 537 do CPC/2015).* ***Entre as medidas assecuratórias do resultado prático equivalente ao adimplemento, que preferem as perdas e danos, estão a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas****, o desfazimento de obras e impedimento de atividades nocivas, se necessário com requisição de força policial. Cabe, assim, medida para* ***retirar***

Acesso ao Sumário

o condômino nocivo do edifício, *para apreender objetos perigosos, que causem ruídos, ameacem a saúde ou o sossego dos demais condôminos ou a interdição de determinadas atividades ilícitas.* ***Tais medidas certamente farão cessar o ilícito, na maioria dos casos. Note-se que em tais casos perde o condômino o direito de usar a unidade****, permanecendo, todavia, com a posse indireta e a prerrogativa de fruição, entregando-a à exploração lícita de terceiros.*

A dúvida está na possibilidade de compelir a alienação forçada da unidade autônoma*, com exclusão definitiva do condômino que mantém grave e reiterada conduta antissocial, refratário a todas as punições acima previstas.* ***Caso as medidas anteriores não se mostrem eficazes - o que dificilmente ocorrerá -, é possível, no silêncio da lei, a venda judicial do imóvel, sub-rogando-se o condômino no preço, abatidas as multas e indenizações exigíveis****. A função social da propriedade não mais é limite, mas seu conteúdo, como visto no comentário ao art. 1.228, §1º, do CC. Não teria sentido, portanto, tutelar o direito de propriedade exercido com abuso e que fere a função social, com natureza de ato ilícito (art. 187 do CC), mantendo situação que compromete a vida social no condomínio (cf. NEHME, Jorge Elias. "Tutela de exclusão do condômino nocivo".* In*: RT 806/44; MORAN, Maria Regina Pagetti. Exclusão do condômino nocivo nos condomínios em edifício. São Paulo, LED, 1996; SARTORELU, Renato Sandreschi. "A exclusão do condômino nocivo perante a legislação do condomínio". 1 n: Condomínio edilício, coord. F. A. Casconi & J. R. N. Amorim. São Paulo, Método, 2005)*. **(*in* Cezar Peluso (coord.), Código Civil comentado, 12ª ed., Barueri, Manole, 2021, p. 1287)** (realce não original).

Com efeito, ao lado da penalidade pecuniária prevista no artigo 1.337 do Código Civil, é possível impor ao condômino antissocial outras medias que assegurem aos condôminos a incolumidade e tranquilidade que se espera. Portanto, a despeito da ausência de previsão legal, admite-se o pedido de exclusão de condômino nocivo.

Nessa linha, inclusive:

Condomínio Edilício. ***Exclusão de condômino de personalidade antissocial.*** *Sentença que decide pela impossibilidade de aplicação dessa sanção gravosa, ao fundamento de que não possui previsão no Código Civil Brasileiro.* ***Omissão do legislador que, por si só, não veda a dedução da pretensão em juízo.*** *Necessidade de produção de prova oral para o correto desate da lide. Sentença anulada. Recurso provido*. **(TJSP; Apelação Cível 1002457-23.2016.8.26.0100; Rel. Maria de Lourdes Lopez Gil; 38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; j. 23/08/2018)** (realce não original).

APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou proceden-

Acesso ao Sumário

te ação de obrigação de fazer com pedido liminar de tutela antecipada. Preliminares afastadas. ***Agressões físicas à síndica e outra moradora. Casos de relevante gravidade. Reclamações. Penalidades administrativas que não se mostraram suficientes a reprimir os atos. Reiteração de conduta, após a tutela de urgência, que levou ao afastamento dos réus do imóvel.*** *Responsabilidade civil independente da criminal.* ***Perda do direito de moradia.*** *Honorários advocatícios majorados nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil/2015. Sentença mantida.* **(TJSP; Apelação Cível 1049070-59.2016.8.26.0114; Rel. Mario A. Silveira; 33ª Câmara de Direito Privado; j. 15/04/2019)** (realce não original).

Condomínio edilício. ***Sanção de exclusão do condômino nocivo por reiterado comportamento antissocial. Ainda que em tese se a repute possível****, solução depende do devido processo, com deliberação em assembleia e quórum qualificado, mas, na espécie, ausentes. Improcedência. Deslinde mantido. Recurso desprovido.* **(TJSP; Apelação Cível 0036157-42.2012.8.26.0554; Rel. Claudio Godoy; 1ª Câmara de Direito Privado; j. 29/04/2014)** (realce não original).

Aliás, esta Colenda Câmara, recentemente também reconheceu a possibilidade da tutela específica pretendida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ***AÇÃO DE EXCLUSÃO DE CONDÔMINO - CONDUTA ANTISSOCIAL DELE E DE SEUS FAMILIARES, QUE IMPEDE QUE CONTINUEM RESIDINDO NO CONDOMÍNIO*** *- APLICAÇÃO REITERADA DE MULTAS, QUE SE MOSTROU INEFICAZ -* ***AMEAÇAS E AGRESSÕES FÍSICAS E VERBAIS AOS DEMAIS MORADORES*** *- ASSEMBLEIA GERAL COM APROVAÇÃO QUASE UNÂNIME DOS CONDÔMINOS ACERCA DA PROPOSITURA DA AÇÃO E DAS MEDIDAS A SEREM APLICADAS AO RÉU -* ***EXISTÊNCIA DE INÚMEROS BOLETINS DE OCORRÊNCIA FEITOS PELOS OUTROS MORADORES*** *- EXISTÊNCIA DE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA POR UM DELES - RÉU QUE É DEVEDOR CONTUMAZ DAS DESPESAS CONDOMINIAIS, O QUE, EMBORA SEJA OBJETO DE AÇÃO PRÓPRIA, É INDICATIVO DE QUE TAMBÉM A REGRA DA PRESERVAÇÃO DO CONDOMÍNIO, POR MEIO DO PAGAMENTO DAS PARCELAS NECESSÁRIAS, NÃO VEM SENDO CUMPRIDA -* ***DECISÃO AGRAVADA QUE, DEPOIS DO CONTRADITÓRIO, DEFERIU TUTELA DE URGÊNCIA PARA PROIBIR A ENTRADA DO REQUERIDO NAS DEPENDÊNCIAS DO CONDOMÍNIO, CONCEDENDO A ELE E SEUS FAMILIARES PRAZO PARA QUE SE RETIREM DO LOCAL - DECISÃO QUE FICA MANTIDA.*** *Agravo de instrumento improvido.* **(TJSP; Agravo de Ins-**

Acesso ao Sumário

trumento 2100147-05.2020.8.26.0000; Rel. Jayme Queiroz Lopes; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 23/02/2021) (realce não original).

Destarte, respeitado entendimento em sentido diverso, não há óbice para o acolhimento dos pedidos apresentados pelo autor.

E, no caso, os fatos narrados na petição inicial não foram controvertidos, de modo que se presumem verdadeiros.

Não bastasse isso, o teor da contestação apresentada pelas irmãs do réu, bem como os documentos que instruem os autos, o que inclui fotografias do estado do imóvel e boletins de ocorrência (fls. 10/13, 82/172 e 254/264) corroboram a versão da petição inicial.

Portanto, ***julga-se parcialmente procedente a demanda***, a fim de se acolher o pedido de exclusão do réu Daniel Tanese do condomínio, o que significa a perda do direito de uso da unidade condominial mencionada e a impossibilidade de reingresso não autorizado nas dependências do edifício.

Destaque-se que essa medida se revela, por si só, suficiente e eficaz para pôr fim aos males de que padecem os demais condôminos em virtude do convívio com o réu. Assim, não há que se falar em venda forçada da unidade, tendo em vista a suficiência da medida menos gravosa e considerando também que as coproprietárias não deram causa ao comportamento nocivo do irmão.

Por fim, não havendo resistência das rés nesse tocante e tampouco contestação do réu, não há que se falar em condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002218-19.2019.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que são apelantes B.S.B.S.A. e B.F.B.S.S., são apelados R.G.E. e E.F.S.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.548)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), MARINO NETO e MARCO FÁBIO MORSELLO.

São Paulo, 22 de abril de 2021.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Autores que pretendem obter direito de resposta, bem como obrigar os réus a excluir as publicações em redes sociais e a se abster de fazer qualquer menção à parte autora - Sentença de improcedência - Insurgência dos autores - Alegação de suspeição do magistrado de primeiro grau - Matéria que deve ser arguida na primeira oportunidade em que couber ao interessado falar nos autos, sob pena de preclusão - Hipótese em que o magistrado já havia proferido decisão nos autos, sem qualquer insurgência dos autores - Ainda que assim não fosse, a mera "amizade" em rede social com a parte ré não torna o juiz suspeito para julgar o processo - Vínculos de "amizade" mantidos em redes sociais não significam, na maior parte das vezes, que há relação de amizade íntima - Autores que não indicaram fato específico que demonstre a suposta amizade íntima mantida entre o juiz sentenciante e a parte ré, tratando-se de mera suposição - Alegação de violação ao princípio da identidade física do juiz - Descabimento - Ausência de demonstração de prejuízo às partes - Magistrado que teve amplo acesso às provas produzidas por ambas as partes - Caso em que não houve produção de prova oral - Alegação de captação de clientela por parte dos réus - Competência exclusiva da OAB para promover a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil (art. 44, II, da Lei nº 8.906/94) - Infração ética e disciplinar que deve ser apurada na esfera administrativa - Precedentes - Previsão legal expressa acerca das sanções aplicáveis caso seja constatada a captação de clientela - Hipótese em que não houve abuso do direito à liberdade de expressão, tampouco afronta à moral ou à imagem dos autores - Sentença de improcedência mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em *ação de obrigação de fazer* proposta por B.S.B.S.A. e B.F.B.S.S. contra R.G.E. e E.F.S., julgou improcedente o pedido inicial e a reconvenção. Em razão da sucumbência, condenou os autores ao pagamento

das custas, das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 8.000,00. Condenou, ainda, o réu R. ao pagamento das custas da reconvenção e de honorários advocatícios que arbitrados em 10% do valor atualizado desta, observada a gratuidade (fls. 1.112/1.118).

Recorrem os autores. Alegam é nítida a amizade entre o juiz auxiliar que julgou a presente ação (Dr. H.N.) e o réu E.F.S., uma vez que ambos são amigos na rede social *Facebook*, de forma que deve ser reconhecida a suspeição. Defendem a aplicação do princípio da identidade física do juiz e afirmam que o julgamento do feito pelo magistrado H.N. "*causa certa estranheza, uma vez que em nenhum momento o Juiz titular do referido cartório, Dr. C.F.M. se ausentou nos últimos meses, sendo este responsável pela condução de todos os atos processuais antes da sentença.*". Asseveram que há provas robustas demonstrando a captação de clientela pelos apelados e que foi autorizada execução provisória da multa determinada em decisão que deferiu a tutela de urgência para que os réus cessassem a conduta ilegal. Aduzem que há "*possível falsidade ideológica quanto ao apelado Sr. R.G.E. e, ainda, 'conluio judicial em tais proposituras de ações' junto ao Advogado Dr. E.F.S.*". Destacam que o réu R.G.E. já foi condenado por sentença transitada em julgado pelo crime de declaração falsa, por ter assinado peças processuais sem ser advogado (autos nº ...). Relatam que os réus fizeram diversas postagens em redes sociais informando vitórias de clientes e indicando seu número de telefone para que interessados entrassem em contato. As condutas irregulares ora descritas também estão em apuração junto à OAB - (...). Destacam que R. apenas foi inscrito na OAB em maio/2019 e que, à época dos fatos, ainda não era advogado. Pugnaram pela anulação da r. sentença em razão da suspeição do MM. Magistrado e, subsidiariamente, pela procedência da demanda.

Recurso recebido e contrariado (fls. 1.162/1.176 e 1.217/1.234).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por B.S.B.S.A. e B. F.B.S.S. contra R.G.E. e E.F.S.

Na inicial, os autores narraram, em suma, que os réus vêm divulgando em seus perfis de rede social informações inverídicas sobre a obtenção de vitórias em ações propostas contra os autores, referentes ao recebimento de PLR, o que configura captação ilegal de clientela e vem causando prejuízo à honra de ambos. Argumentaram, ainda, que o corréu R. se apresenta falsamente como advogado, visando à captação de clientela para o corréu E.

Nesse cenário, pugnaram pela procedência da demanda, pretendendo (i) concessão do direito de resposta; (ii) autorização e ordem expressa para corréus excluírem integralmente os conteúdos veiculados em rede social *Facebook* e

Acesso ao Sumário

demais mídias (relacionados ao B.S. e B. quanto ações judiciais e captação indevida de clientes), bem como, deixar de proceder qualquer menção aos autores e ações judiciais (fls. 14).

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente a ação, nos seguintes termos:

"*O que se discute nos autos é a licitude da veiculação de notícias em rede social relacionada à distribuição de ações contra os autores e o sucesso delas em razoável espaço de tempo. Argumentam os autores que a conduta configura captação ilícita de clientela e é vedada pelo Código de Ética da Advocacia.*

Inicialmente há de se destacar que a Ordem dos Advogados do Brasil possui a competência exclusiva para 'promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil' (art. 44, inc. II, da Lei nº 8.906/94), de modo que a análise da prática de infração ético disciplinar pelos requeridos, decorrente da alegada captação de clientela através de publicidade em redes sociais, não poderá ser feita por esse juízo. A questão, inclusive, já foi levada ao conhecimento da Ordem dos Advogados do Brasil pelos autores, através da representação copiada às fls. 72/89.

A captação ilícita de clientela não corresponde a ilícito civil, pois tem a sua tipificação marcada na seara administrativa.

No caso dos autos, portanto, há de se analisar apenas se as publicações impugnadas nos autos e outras da mesma natureza violam direitos dos autores, caso em que deverão ser extirpadas das redes sociais e os requeridos impedidos de continuarem a fazê-las.

Há de se entender as referidas postagens como o exercício da liberdade de expressão, da livre manifestação do pensamento e da liberdade do exercício da profissão.

Não obstante estejam esses direitos garantidos constitucionalmente não se os tutelará quando exercidos de forma abusiva, em prejuízo de outros direitos que contra eles se choquem, como os da honra e da imagem, por exemplo.

E da análise das publicações materializadas nas atas notariais de fls. 90/104 e 980/981 não se constata qualquer prejuízo à honra ou imagem dos autores, nem tampouco abuso do direito de informar do primeiro requerido. As publicações configuram, é verdade, clara propaganda sobre o serviço advocatício prestado em favor de apostandos do B.S.S.A. em ações que questionavam o direito ao recebimento de PLR.

Configuram indícios, igualmente, de captação de clientela conduta a ser apurada pelo órgão sensor dos advogados pois em várias delas há

Acesso ao Sumário

informação sobre o sucesso nas demandas e indicação de contatos para obtenção de maiores esclarecimentos.

Os referidos contatos são do requerido R., que ao contrário do que afirmam os autores em nenhum momento se apresenta como advogado. *O fato de fazer menção em algumas publicações ao 'nosso escritório' não induz à conclusão pretendida, pois até mesmo na qualidade de estagiário que já foi o réu poderia utilizar corretamente a mesma expressão sem que estivesse a se qualificar como advogado.*

Nenhuma das mensagens trazidas aos autos pelos autores partiu do requerido E., a isso não correspondendo aquela constante na parte baixa da fl. 97, onde apenas a sua fotografia aparece.

E da análise das mensagens publicadas por R. não se constata qualquer prejuízo à honra ou imagem dos autores ou intenção de ludibriar os destinatários delas. Nas mensagens o réu se limita a comunicar fatos verdadeiros ocorridos: ressalta a distribuição de ações em favor de determinados clientes com resultados favoráveis a eles em prazo razoavelmente curto, de mais de um ano, entretanto. ***Não poderiam os autores pretender que os requeridos, ou o réu R. pelo menos, divulgasse(m) nas redes sociais também os insucessos que teve(iveram) em outras ações com o mesmo objeto.***

O fato de algumas ações discutindo o direito de aposentados receberem PLR terem sido julgadas improcedentes não leva à conclusão de que a tese defendida pelos requeridos é insustentável. Basta ver, como bem ponderou o requerido E., que da relação de ações distribuídas contra os autores e que eles próprios apresentaram nos autos, uma grande quantidade foi julgada procedente, o que demonstra que a tese vem sendo acolhida em diversos juízos.

Diante da conjuntura fática delineada nos autos ***o acolhimento da pretensão dos autores importaria em vedada censura aos requeridos. Não há possibilidade, nessa ação de natureza cível, de impedir que eles continuem a divulgar seus eventuais sucessos em ações judiciais nas redes sociais, sem prejuízo de apuração do fato pelo seu órgão de classe, nem tampouco em garantir aos autores o pretendido direito de resposta, pois esse se presta à restauração da verdade, que no caso dos autos não se viu maculada.***

São improcedentes, assim, os pedidos iniciais" (g.n.).

Contra esta sentença, insurgem-se os autores.

A r. sentença deve ser confirmada por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir.

Primeiramente, passo à análise da alegação de suspeição do MM. Magis-

trado H.A.O.S.N.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 145, prevê as hipóteses em que haverá suspeição do juiz, *in verbis*:

"*Art. 145. Há suspeição do juiz:*

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes".

O diploma processual prevê, ainda, que a parte interessada deverá arguir o impedimento ou a suspeição em petição fundamentada e devidamente instruída na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (art. 148. § 1º, CPC).

No caso em tela, verifica-se que o MM. Magistrado H.A.O.S.N. proferiu sua primeira decisão a fls. 1.096, sem que houvesse qualquer arguição a respeito de sua suspeição. Assim, a rigor, a análise de tal matéria já estaria acobertada pelo manto da preclusão, conforme entendimento do C. STJ:

"*A suspeição do julgador deve ser arguida na primeira oportunidade em que couber ao interessado falar nos autos, sob pena de preclusão*" (AgInt no REsp 1.787.300/AL 2ª T. Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES j. em 22/10/19).

Não obstante, ainda que assim não fosse, não assistiria razão aos autores.

Realmente, o simples fato de o MM. Magistrado manter "amizade" em rede social com a parte ré não o torna suspeito para julgar o feito.

Acesso ao Sumário

A esse respeito, confira-se trecho de julgado da lavra do e. Des. Renato Genzani Filho:

"***De fato, a mera 'amizade' no Facebook, ainda que haja interações superficiais (curtidas recíprocas), não torna a juíza arguida suspeita para julgar processos envolvendo o 'amigo virtual'****, pois é possível que essa 'amizade virtual' decorra do relacionamento profissional e social inevitável devido às funções que cada um ocupa (juíza e advogado).* É comum a formação de ***'amizades virtuais' entre profissionais que atuam em profissões da mesma área (no caso, jurídica), por questão***

de cordialidade, sem que isso comprometa os valores ou compromissos assumidos por cada um deles no exercício de suas funções.

Note-se que o inciso I do artigo 145 do CPC exige, para caracterização da suspeição, a existência de uma amizade íntima do juiz com qualquer das partes ou de seus advogados, fato que, conforme o exposto, não restou comprovado nos presentes autos" (TJSP, Incidente de Suspeição 0009090-42.2018.8.26.0506, Rel. Renato Genzani Filho, Câmara Especial j. 21/01/2019, g.n.).

Outrossim, os autores não indicaram fato específico que demonstre a suposta amizade íntima mantida entre o juiz sentenciante e a parte ré, limitando-se a argumentar que ambos são amigos na rede social *Facebook*. Acrescente-se ainda que, na atualidade, vínculos de "amizade" mantidos em redes sociais não significam, na maior parte das vezes, que há relação de amizade íntima entre tais pessoas, sendo comum que tais relações virtuais se estabeleçam até mesmo entre meros conhecidos, que jamais mantiveram qualquer relação próxima entre si.

Diante disso, tem-se que as alegações dos recorrentes não passam de meras suposições, incapazes de ensejar o reconhecimento da suspeição do MM. Magistrado e, por conseguinte, a declaração de nulidade da r. sentença.

Na mesma linha é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

"*INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO* - ***Alegação de parcialidade do juíza - Não acolhimento - Decisões contrárias ao interesse da parte, no estrito exercício da atividade jurisdicional, que não tornam o juiz arguido suspeito para o julgamento da causa - Incidência da Súmula nº 88 deste E. TJSP - Amizade em rede social (Facebook) que não se configura amizade íntima - Fato que não se enquadra como hipótese de suspeição*** *- Irrelevância, outrossim, do fato de a juíza ou sua família ter residido ou residir na mesma cidade em que o advogado da parte contrária possui domicílio profissional - Situação extremamente comum, principalmente em grandes Municípios como Franca ou Ribeirão Preto, cuja população supera centenas de milhares de pessoas - Incidente de suspeição rejeitado*" (TJSP, Incidente de Suspeição 0009090-42.2018.8.26.0506, Rel. Renato Genzani Filho, Câmara Especial j. 21/01/2019, g.n.).

"*Apelação. Autora que caiu ao desembarcar de transporte coletivo de passageiros, sofrendo lesões corporais severas. Pedido indenizatório. Sentença de parcial procedência. Irresignação de todas as partes. Autora que faleceu no curso demanda e veio ser sucedida por seus descendentes. Alegação de que a testemunha dos autores é suspeita, por manter com eles amizade virtual.* ***Suspeição afastada, tendo em vista que a mera existência de relação em rede social virtual não configura amizade ínti-***

Acesso ao Sumário

ma, nos termos do artigo 447, § 3º, I, do Código de Processo Civil. *Dano moral. Situação de evidente dano in re ipsa, já que a autora sucedida sofreu lesões corporais que demandaram algumas intervenções cirúrgicas. Prova do nexo de causalidade entre o dano e a conduta dos requeridos na lide primária. Dano moral que merece ser majorado para o montante de R$25.000,00, tendo em vista a severidade das lesões suportadas pela autora sucedida. Pedido de pensão que não prospera. Primeiro porque a autora sucedida, genitora dos autores sucessores, faleceu no curso da demanda, sem haver qualquer prova de que seus descendentes sucedidos dela dependiam economicamente. Segundo porque não há nos autos prova do valor auferido com a atividade comercial que restou prejudicada pelo acidente. Recursos das rés não providos e recurso dos autores parcialmente provido*" (TJSP, AP 1013075-07.2015.8.26.0506, Rel. Roberto Mac Cracken, 22ª Câmara de Direito Privado j. 24/09/2019, g.n.).

Em relação à aplicação do princípio da identidade física do juiz, mister salientar que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se trata de princípio absoluto, sendo imprescindível a caracterização do prejuízo às partes, o que não ocorreu no caso.

Nesse sentido:

"*ART. 132 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE DO JUIZ. NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES. 1.* ***A jurisprudência desta Corte entende que o princípio da identidade física do juiz não possui caráter absoluto, de modo que se não ficar caracterizado o prejuízo às partes e desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, não deve ser considerada nula a decisão por ter sido proferida por magistrado diverso daquele que presidiu a instrução do processo.*** *2. Agravo interno a que se nega provimento*" (AgInt no AREsp 1005926/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 05/10/2018).

No mais, o princípio da identidade física do juiz deriva do princípio da oralidade na sua concepção original, na medida em que o juiz que presidiu a audiência de instrução e julgamento é o mais bem preparado para proferir sentença (*SCARPINELLA, Cassio Bueno. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 5ª ed - São Paulo, Saraiva Educação, 2018. p. 595-596*).

Ocorre que, no caso dos autos, sequer houve produção de prova oral. Com efeito, o MM. Magistrado sentenciante teve amplo acesso às provas produzidas por ambas as partes, assim como demonstrou de forma suficientemente fundamentada o seu entendimento, expondo a razão de seu convencimento, inexistindo qualquer comprovação de prejuízo às partes.

Acesso ao Sumário

Em casos semelhantes, assim já decidiu este E. TJSP:

"*PROCESSO - **Rejeição da alegação de nulidade da r. sentença, em razão de violação ao princípio da identidade física do Juiz - Na espécie, o MM Juiz sentenciante teve amplo acesso às provas dos autos, bem como apreciou a lide e indicou motivo suficiente para demonstrar a razão de seu convencimento e bastante para o julgamento de improcedência da ação, inexistindo qualquer comprovação de prejuízo às partes**. RECURSO - Embargos de declaração - Como (a) os patronos das partes não foram intimados acerca da remessa a julgamento virtual da Apelação Cível 1027549-56.2017.8.26.0071 e (b) em situação em que a parte embargante apelante já havia manifestado anteriormente oposição a essa modalidade de julgamento, de rigor, a anulação do v. Acórdão proferido na Apelação Cível 1027549-56.2017.8.26.0071, com determinação para que seja incluída em posterior pauta de julgamento presencial, com a devida intimação dos patronos das partes. Embargos de declaração acolhidos, em parte*" (TJSP, ED 1027549-56.2017.8.26.0071, Rel. Rebello Pinho, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 29/10/2020, g.n.).

"*ALIMENTOS ENTRE IRMÃOS. Sentença de improcedência. Recurso do autor. 1. Preliminares. Depoimento pessoal do autor que era prova desnecessária (art. 370, pún., CPC). Alegações finais que podem ocorrer de forma escrita. **Princípio da identidade física do juiz não possui caráter absoluto, sendo imprescindível a demonstração do prejuízo. Precedentes. Audiência gravada***" (TJSP, AP 1002052-82.2019.8.26.0099, Rel. Mary Grün, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 03/08/2020, g.n.).

Os autores argumentam, ainda, que restou comprovada a captação de clientela realizada pelos réus, que publicaram diversas postagens em redes sociais informando sobre vitórias de seus clientes e indicando número de telefone para que interessados entrassem em contato.

Com efeito, o art. 34, IV, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), prevê que constitui infração disciplinar "*angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros*". Além disso, o Código de Ética e Disciplina da OAB veda, em artigo 7º, "*o oferecimento de serviços profissionais que implique, direta ou indiretamente, angariar ou captar clientela*".

Não obstante, a apuração da prática de captação de clientela é de competência exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil, que tem como uma de suas finalidades "*promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil*" (art. 44, inc. II, da Lei nº 8.906/94), de forma que não cabe analisar, nesta seara, se os réus realmente praticaram infração ético-disciplinar.

Confira-se o entendimento deste E. TJSP:

Acesso ao Sumário

"*(...) Não se vislumbra nos autos a prática de nenhum ato de deslealdade processual pelo patrono do recorrente - O fato de estar patrocinando alto número de demandas com pedidos iguais ou parecidos com o da presente, por si só não enseja ato atentatório a dignidade da justiça - Não cabe ao Judiciário limitar número de ações ou restringir a atividade advocatícia -* ***A captação de clientela, supostamente realizada pelo patrono do recorrente não constitui ato de litigância de má-fé, já que anterior ao processo, porém se tal ato ocorreu, constituiu infração disciplinar, que só pode ser apurada pelo órgão de classe a que está sujeito o causídico*** *- Sentença de improcedência reformada - Recurso parcialmente provido para excluir a condenação do advogado no pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé*" (TJSP, Apelação nº 1055277-24.2013.8.26.0100. Relator(a): MENDES PEREIRA; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/02/2015; Data de registro: 02/02/2015).

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER/NÃO FAZER. 1. Tutela de urgência deferida para o fim de que o réu se abstenha de procurar os clientes do autor e para que devolva os tokens vinculados ao nome deste. Inconformismo. 2. Interesse de agir. Ausência.* ***Captação de clientela e concorrência desleal entre advogados. Eventual infração administrativa cuja análise é de competência exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil. Precedentes****. Inadequação da via eleita reconhecida. Desnecessidade, outrossim, de se determinar a devolução dos tokens que, supostamente, estariam em poder do réu, dado que não se trata de bem infungível, informando o próprio autor que as assinaturas eletrônicas já foram revogadas perante à entidade competente. 3. Extinção da ação, sem apreciação do mérito, revogada a tutela de urgência objeto do agravo. EXTINÇÃO DA AÇÃO, SEM APRECIAÇÃO DO MÉRITO, REVOGADA A TUTELA DE URGÊNCIA E PREJUDICADO O AGRAVO*" (TJSP, AI 2055438-16.2019.8.26.0000, Rel. Donegá Morandini, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 28/03/2019, g.n)

"*APELAÇÃO CÍVEL. Ação ordinária cumulada com obrigação de fazer e pedido de tutela de urgência antecipada.* ***Demanda ajuizada por empresa do ramo da construção civil em face de advogada, a fim de obstar a captação de clientela supostamente realizada pela ré, bem como impedir que a ré ofenda a honra da autora. Suposta conduta da advogada que estaria causando aumento da litigância na Justiça do Trabalho, em face da autora.*** *Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Não acolhimento. Cerceamento de defesa não caracterizado. Demanda que estava madura para julgamento diante do farto acervo probatório.* ***Alegação de que a ré realiza propaganda vedada com intuito de***

angariar clientes. Impertinência do pleito. Competência para apuração de suposto ilícito administrativo é exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 44, II, Lei 8.906/1994)*. Embora a autora alegue que os seus colaboradores sofrem com as investidas da ré, descabe à Companhia autora alegar direito alheio em nome próprio. Ausência de ilícito em face da autora. Ponderação entre a liberdade de expressão e comunicação e a inviolabilidade da honra e da imagem. Condutas narradas que não evidenciam violação à honra objetiva da sociedade empresária, mas caracterizam mero intuito informativo. Sentença confirmada. Honorários majorados. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO*" (TJSP, Ap 1009037-72.2016.8.26.0196, Rel. Viviani Nicolau, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 12/03/2019, g.n.).

No mais, mister salientar que os fatos já foram levados ao conhecimento da Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 72/89).

Nesse cenário, cabe analisar tão somente se os réus abusaram do direito constitucional de liberdade de expressão nas publicações realizadas nas redes sociais.

Consta nas atas notariais colacionadas a fls. 90/104 que o perfil de R.G.E. realizava inúmeras publicações informando sobre o andamento de ações ajuizadas em face do B.S. para pagamento de valores referentes a PLR. Nas publicações, o réu informava acerca do êxito obtido em demandas, compartilhava decisões proferidas nos processos, além de divulgar contato para que interessados em obter os mesmos resultados soubessem como proceder.

No caso, os autores não impugnaram a veracidade das informações ali divulgadas, juntando inclusive relação de processos e dos respectivos resultados, dentre eles, diversas demandas julgadas procedentes (fls. 129/135).

Assim, conforme consignado pelo MM. Magistrado, pelo teor das publicações "*não se constata qualquer prejuízo à honra ou imagem dos autores, nem tampouco abuso do direito de informar do primeiro requerido*", razão pela qual "*o acolhimento da pretensão dos autores importaria em vedada censura aos requeridos*".

Ademais, a conduta de captação de clientela configura ilícito administrativo para o qual a lei prevê especificamente as sanções aplicáveis (cf. arts. 35 a 39, da Lei nº 8.906/94), o que será decidido no âmbito da apuração realizada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Portanto, não merece qualquer reparo o entendimento do d. juízo *a quo*, no sentido de que "*Não há possibilidade, nessa ação de natureza cível, de impedir que eles* [os réus] *continuem a divulgar seus eventuais sucessos em ações judiciais nas redes sociais, sem prejuízo de apuração do fato pelo seu órgão de classe, nem tampouco em garantir aos autores o pretendido direito de resposta,*

Acesso ao Sumário

pois esse se presta à restauração da verdade, que no caso dos autos não se viu maculada".

No mais, as condutas imputadas aos réus que podem configurar infração penal devem ser apuradas na esfera apropriada.

Diante disso, de rigor a manutenção integral da r. sentença apelada.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Em virtude do que dispõe o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro a condenação dos autores, quanto ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, de R$ 8.000,00 para R$ 10.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001389-50.2017.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado INCORPORADORA NOVA FORMA - 01 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA., são apelados/apelantes BRUNO PEREIRA DA SILVA e RAFAELA FIDELIS CARVALHO SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento ao recurso dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46046)**

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

São Paulo, 23 de abril de 2021.

RUI CASCALDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Imóvel - Ação indenizatória por danos materiais e morais - Sentença pela parcial procedência dos pedidos - Inconformismo manifestado por ambas as partes - Comissão de corretagem - Valor destacado do preço ajustado pelo imóvel - Deveres de informação e clareza observados - Pagamento devido - Observância do entendimento firmado pelo C. STJ em sede de recurso representativo de controvérsia (Tema 938) - Taxa SATI - Não comprovação de que estejam sendo cobradas - Reembolso de despesas concernen-

tes à instituição do condomínio - Despesa que não se confunde com aquelas decorrentes de aquisição imobiliária - Cobrança que se refere a despesas inerentes à incorporação imobiliária - Cobrança que se fez abusiva - Ademais, irregularidade no protesto da dívida - Danos morais caracterizados - Indenização devida - Taxas de condomínio que são de responsabilidade da vendedora até a transmissão da posse direta - Devolução dos valores cobrados antes da efetiva entrega das chaves que se faz de rigor - Recurso da requerida, a pugnar pelo reconhecimento da sucumbência mínima, que à força do resultado do julgamento do recurso dos autores resta prejudicado - Sentença reformada - Recurso dos autores parcialmente provido - Recurso da ré improvido.

VOTO

Trata-se de apelações de sentença, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente pedido formulado em *ação indenizatória por danos materiais e morais* proposta por Bruno Pereira da Silva e Rafaela Fidelis Carvalho Silva contra Incorporadora Nova Forma Empreendimentos Imobiliários Spe Ltda. - para "*afastar a cobrança dos encargos contratuais sobre o saldo devedor a partir de 21.01.2016 até 29.03.2016, com restituição dos valores pagos aos autores, devidamente corrigidos monetariamente desde a data do desembolso e acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação*".

Inconformados, apelam todos.

Aduz a requerida que "*não se resigna com a distribuição das custas e da sucumbência fixada na sentença*" - motivo pelo qual "*Com a sucumbência mínima da ré-apelante, requer que seja atribuída exclusivamente aos autores a responsabilidade de arcar com as custas, despesas e honorários de sucumbência, nos termos do artigo 86, parágrafo único, do CPC*".

Doutra banda, aduzem os autores que "*no pedido de reserva em 28/02/14 (fls. 61), não constou de modo claro e destacado qualquer referência a comissão de corretagem ou SATI*" - sendo que "*Esta mesma falta de informação prévia, clara e com destaque, ocorreu quando assinaram o Instrumento Particular de Compra e Venda, em 22/03/2014, de fls. 66/87, que foi assinado 14 dias após o pedido de reserva, que em momento algum destacou todos os valores destinados a comissão de corretagem e SATI e para quem seriam destinados*". Defendem, pois, que "é de rigor a reforma da r. sentença para determinar a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e SATI, tendo em visa a

Acesso ao Sumário

falta de informação prévia e destaque desta verba do preço total da aquisição da unidade autônoma". Defendem, ainda, que "*no momento da exigência de tal valor de especificação de condomínio (julho/2016), os Apelantes/Autores, não tinham mais nenhum débito em aberto com a Apelada, visto que, esta concedeu quitação total aos Apelantes, na época da assinatura do contrato de financiamento assinado em 10/05/2016, conforme clausula 3.2 de fls.157*". Defendem, pois, que "*tal valor não poderia ser exigido dos Apelantes, em razão da quitação na época da assinatura do contrato de financiamento e confissão de dívida que abrangeu todo o saldo devedor do contrato*". Alegam, assim, que a requerida "*promoveu o protesto do valor devido a título de especificação de condomínio em 28/07/2016, conforme fls. 212, em total má-fé da construtora, sendo de rigor a sua indenização a título de danos morais*". Advogam, ademais, que "é de rigor a reforma da r. sentença no sentido de determinar a restituição de todos os valores cobrados a título de taxa condominial, pagos antes do recebimento das chaves, devidamente corrigidas desde o desembolso e acrescido dos juros legais". Concluem pela reforma.

Recursos processados e respondidos.

É o relatório.

Cuida-se de *ação indenizatória por danos materiais e morais* julgada parcialmente procedente pelo juízo originário. Sobrevieram, então, os recursos de apelação ora em apreço - dentre os quais apenas o dos autores comporta acolhida, conquanto parcial.

Quanto à pretendida restituição dos valores pagos a título de **comissão de corretagem**, impende observar que o c. STJ firmou entendimento no sentido de que é válida a cláusula que transfere ao comprador aludida obrigação, desde que previamente informado e destacado o respectivo valor no contrato (Tema 938).

Confira-se:

> "***[...] 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***" (REsp n. 1.599.511/SP).

Isto é, a informação prévia referida no Tema 938/STJ visa a proteção do consumidor adquirente quanto à possibilidade de eventual acréscimo do preço após a aceitação da proposta - pois "***O que realmente importa para a aplicação da tese firmada no Tema 938/STJ é verificar se a comissão de corretagem não foi escamoteada na fase pré-contratual, como se estivesse embutida no preço, para depois ser cobrada como um valor adicional, gerando aumento indevido do preço total***".

Acesso ao Sumário

Ocorre que, no caso dos autos, os valores referentes à comissão de corretagem pela aquisição da unidade adquirida pelos autores estão bem destacados, distintos do preço ajustado pela aquisição do imóvel. É o que se depreende da análise do documento de fl. 308, datado de 22 de março de 2014; do qual, além de constar demonstrativo dos valores, com o valor do contrato e o valor específico da prestação dos serviços de corretagem, textualmente constou declaração no sentido de que "*a remuneração especificada neste recibo é integralmente devida, ainda que, futuramente, o negócio não se realize [...]*". Não bastasse, o pagamento da comissão foi feito diretamente mediante cheque nominal, corroborando a conclusão de que os demandantes tinham - ou, quando menos, podiam ter - plena ciência da prestação de tais serviços de intermediação e de seu respectivo preço.

Observada, portanto, a prévia informação a respeito do preço total de aquisição da unidade, a que se refere o entendimento do STJ. Logo, o pagamento da comissão de corretagem pela intermediação na aquisição do imóvel, suportado pela parte adquirente, não se afigura abusivo - afigurando-se mesmo descabida a restituição de qualquer quantia paga a tal título.

Quanto à alegada cobrança de **taxa SATI** e congêneres, basta notar que esta não restou comprovada nos autos - motivo pelo qual a pretensão de declarar a nulidade de sua cobrança fica prejudicada.

No que concerne aos propalados **danos morais** decorrentes da negativação reputada indevida, em razão da cobrança da **taxa de especificação de condomínio**, porém, melhor sorte assiste aos autores.

Não se desconhece, é bem verdade, que conforme disposto no art. 490 do Código Civil, salvo disposição diversa, as despesas de escritura e registro ficam a cargo do comprador. Todavia, tais despesas de aquisição (imposto de transmissão imobiliária ITBI - e emolumentos cartorários para registro da venda e compra) não se confundem com as decorrentes da instituição de condomínio e individualização de matrículas, as quais estão inseridas na atividade de incorporação imobiliária exercida pela ré.

Tanto assim é que dispõe o art. 44 da Lei n. 4.591/64 ser incumbência do incorporador o requerimento, após a concessão do "*habite*-se", da "***averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades***". Ademais, estabelece o art. 237-A da Lei de Registros Públicos (n. 6.015/1973) em seus parágrafos que "§ 1º ***- Para efeito de cobrança de custas e emolumentos, as averbações e os registros relativos ao mesmo ato jurídico ou negócio jurídico e realizados com base no caput serão considerados como ato de registro único, não importando a quantidade de unidades autônomas envolvidas ou de atos intermediários existentes***" e "§ 3º ***- O registro da instituição de condomínio ou da especificação do empreendimento constitui-***

Acesso ao Sumário

rá´ ato único para fins de cobrança de custas e emolumentos".

Ou seja, as despesas relativas às providências para o registro da incorporação, a instituição do condomínio e a individualização das matrículas das unidades autônomas, por serem desdobramentos da incorporação imobiliária, evidentemente devem ser arcadas pela incorporadora. Nesse sentido, aliás, já´ decidiu a jurisprudência deste e. Tribunal, em casos análogos:

> *"**Compromisso de compra e venda. Cobrança de despesas com instituição de condomínio e abertura de matrícula individualizada. Falta de clareza na cobrança. Ademais, alegado serviço prestado em favor do adquirente que não se há de admitir, vedada a prática de venda casada. Impossibilidade, ainda, de transmitir ao consumidor os custos inerentes à atividade Abusividade. desprovido.**" 0056229-12.2012.8.26.0405, 1ª* Câmara de *Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Claudio Godoy, j. 10/02/2015);*
>
> *"**COMPRA E VENDA - Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c repetição do própria de incorporação - Sentença mantida - Recurso despesas de Descabimento da construtora/incorporadora (artigo 44 da Lei no 4.591/64) - Cláusula contratual que transferiu a obrigação para o comprador - Abusividade reconhecida - Restituição de forma simples dos valores cobrados - Sucumbência recíproca, mais intensa da ré - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**" (Apelação no 0056234-34.2012.8.26.0405, 3ª* Câmara de *Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Alexandre Marcondes, j. 10/06/2014);*
>
> *"**COMPRA E VENDA - Ação de cobrança - Despesas de atribuição das unidades autônomas - Despesas que são inerentes à atividade de incorporação imobiliária - Atribuição das unidades autónomas que é mero desdobramento da incorporação - Alteração do valor do contrato de forma unilateral - Inadmissibilidade - Ação julgada improcedente - Decisão mantida - Recurso não provido**" (Apelação no 0086027-45.2007.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. De Santi Ribeiro, j. 07/06/2011).*

Assim, considerada nula a estipulação contratual, exsurge mesmo abusiva a cobrança da instituição do condomínio perpetrada pela ré - fazendo-se de rigor a restituição. Mas não é só. Ocorre que, embora datada de março de 2016, a cobrança de tais valores foi feita pela ré apenas em julho do mesmo ano - dois meses depois da assinatura do contrato de financiamento e confissão de dívida, ocorrida no mês de maio, quando dada pela vendedora plena quitação aos compradores (fl. 157). Evidente, portanto, que o protesto dos valores supostamente devidos a título de especificação de condomínio ocorreu de modo indevido.

Daí que assiste razão aos autores, no sentido de que "a *negativação in-*

Acesso ao Sumário

devida realizada pela Apelada, de uma verba de sua responsabilidade e após a quitação de todo o saldo devedor, quer pelo financiamento imobiliário quer pela confissão de dívida, assinada esta 2 meses antes do protesto, gera abalo moral". Ora, configurada a irregularidade no protesto da dívida, impõe-se à ré a responsabilização pelos danos morais daí decorrentes, que se presumem *in re ipsa* - sendo desnecessária prova do reflexo material do prejuízo.

O *quantum* indenizatório, como é cediço, deve atingir as finalidades compensatória e pedagógica, sem se transformar em meio de enriquecimento sem causa da parte prejudicada (art. 844, *caput*, do Código Civil), ao mesmo tempo em que não pode ser tão baixo a ponto de se demonstrar indiferente ao ofensor. Assim, consideradas as circunstâncias do caso em exame, fica a requerida condenada a pagar aos autores indenização de R$ 10.000,00 a título de danos morais - montante que se revela satisfatório para compensar os danos por eles sofridos, considerada a condição das partes e as circunstâncias do caso, com juros de mora a partir da citação e correção monetária a partir do arbitramento.

Em continuação, ainda a tratar do apelo dos autores, quanto à restituição dos valores cobrados a título de **taxa condominial antes do recebimento das chaves**, a hipótese, outrossim, é de provimento do recurso, conquanto parcial.

Ocorre que a responsabilidade pelos encargos vinculados ao imóvel (v.g., rateio de condomínio, tributos e contas públicas de consumo), incidentes antes da entrega das chaves, é da vendedora - sabido que estas obrigações só se transmitem aos adquirentes a partir da efetiva imissão destes na posse direta sobre o imóvel. Vale dizer, é abusiva a previsão contratual que autoriza a cobrança destes encargos em período anterior à entrega das chaves, posto que só se transmitem aos adquirentes a partir da posse direta sobre o imóvel. Nesse sentido, aliás, os seguintes julgados:

> "*Compromisso de compra e venda. Imóvel em construção. Rés que foram contratadas para dar continuidade na obra, que estava paralisada em razão da falência da primeira construtora (Encol). Existência de cláusula que condicionava a entrega das chaves à assinatura da escritura pública com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, caso houvesse pendência de IPTU devida pelos condôminos. Alegada recusa do autor em prestar a garantia não comprovada. Atraso na entrega das chaves por culpa das rés configurado. Lucros cessantes devidos. Indenização em 0,5% sobre o valor atualizado do contrato.* ***IPTU e taxa de condomínio que são de responsabilidade da vendedora até a efetiva imissão de posse****. Danos morais inexistentes. Ação parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido.*" (Apelação Cível nº 1038240-48.2016.8.26.0562, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Fábio Quadros, j. em 05/03/2020);

Acesso ao Sumário

"*APELAÇÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. BEM IMÓVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE COMPRADOR (RÉ). RESOLUÇÃO DO CONTRATO. ENCARGOS CONTRATUAIS. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU) E CONDOMÍNIO. EXIGIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO NESSA PARTE E IMPROVIDO.* ***A responsabilidade pelo pagamento dos encargos de IPTU e taxa de condomínio é do promitente comprador após a imissão na posse direta do imóvel****, situação que, na prática, ocorreu e, por isso, a responsabilidade por tais verbas é da apelante, a ser apurada em liquidação.*" (Apelação Cível nº 1032172-59.2016.8.26.0602, 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Adilson de Araújo, j. em 10/03/2020);

"*COMPRA E VENDA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. Restituição de quantias pagas. Lucros cessantes. Atraso na entrega de unidade autônoma em construção. Sentença de parcial procedência. Pleito recursal. Preliminar reiterada em razões recursais que restou alijada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Temas 970 e 971 do C. STJ. IRDR. Multa. Cláusula penal que deve ser também considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor.* ***Taxas condominiais e o IPTU, com data anterior à efetiva entrega do imóvel, que foram adimplidos pelo comprador. Ressarcimento de forma simples, com atualização monetária a partir do ajuizamento e juros legais de mora contados da citação****, incidentes sobre a unidade autônoma, em valor a ser apurado em liquidação. Juros de 1% ao mês, que deverão ser calculados a partir da data da citação, por tratar-se de responsabilidade contratual. Honorários advocatícios. Majoração. Inteligência e aplicação do disposto no artigo 85, §11 do Código de Processo Civil. Sentença mantida. APELO IMPROVIDO.*" (Apelação Cível nº 1014401-12.2017.8.26.0577, 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Ramon Mateo Júnior, j. em 20/01/2020).

No caso dos autos, colhe-se que o boleto de fl. 121 teve seu vencimento em 19/02/2016 - i.e., antes da entrega das chaves, em 24/02/2016. Logo, os valores comprovadamente desembolsados pelos requerentes (fl. 124), relativos a período anterior à imissão na posse do imóvel, devem mesmo ser restituídos, de forma simples, ante a ausência de má-fé em sua cobrança, com atualização monetária desde cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Quanto ao boleto de fl. 123, com vencimento em 10/03/2016, porém, porquanto relativo a período posterior à entrega das chaves, não há que se cogitar de restituição.

Acesso ao Sumário

Finalmente, à força do resultado do julgamento do recurso dos autores, evidenciada a reciprocidade da sucumbência sem que se cogite de sucumbência mínima, resta eminentemente prejudicado o recurso da ré.

Aliás, com o resultado, tem-se que autores e ré restaram mutuamente vencedores e vencidos, a determinar o reconhecimento da sucumbência recíproca. Serão repartidas, assim, as custas e despesas processuais, devendo ainda cada um dos litigantes arcar com a verba honorária em prol dos advogados da parte adversa - estes últimos devidos pela parte autora à base de 11% da diferença atualizada entre o valor da causa e o da condenação (artigo 85, §§ 2º e 6º do CPC); devendo a requerida arcar com honorários advocatícios fixados no importe correspondente a 11% do valor total e atualizado da condenação, na forma do artigo 85, § 2º do CPC, já em atenção ao que determina o § 11 do citado dispositivo.

Em desfecho, para evitar aclaratórios desnecessários, consigne-se que "*para se ter prequestionada a matéria, não há necessidade de referência expressa ao artigo ofendido. Basta debate e decisões anteriores fulcrados na norma em questão*" (STF, AI 616427 AgR, Rel Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008).

Isto posto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso da ré e **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso dos autores, para condenar a requerida à restituição simples dos valores cobrados a título de taxa de especificação de condomínio e taxa condominial com vencimento anterior à entrega das chaves, com juros de mora a partir da citação e atualização monetária desde cada desembolso, bem como condenar a requerida à indenização por danos morais no importe de R$10.000,00, com juros de mora a partir da citação e correção monetária a partir do arbitramento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1119917-94.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HSBC FINANCE BRASIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO, são apelados AIRTON ANTONIO SABIO e LUCIANE EVANGELISTA SABIO.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.295)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), ALMEIDA SAMPAIO e MARCONDES D'AN-

GELO.

São Paulo, 28 de abril de 2021.

CARMEN LUCIA DA SILVA, Relatora

Ementa: COMPRA E VENDA DE MÓVEIS PLANEJADOS. Ação que visa à rescisão do contrato e à restituição dos valores pagos. Sentença de procedência dos pedidos. Apelação da instituição financeira. Preliminar de ilegitimidade passiva analisada como mérito. Contrato de mútuo firmado pelas corrés para concluir o negócio jurídico de compra e venda de móveis planejados. Cessão dos títulos de créditos a instituição financeira. Contratos coligados. Conexão existente entre os dois contratos, uma vez que a contratação do crédito junto à instituição financeira não teria interesse se desvinculada do negócio jurídico de compra e venda. Rescisão do contrato declarada. Necessidade de devolução dos valores pagos pelos autores. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida a fls. 305/308, que julgou procedentes os pedidos para declarar a rescisão do contrato de compra e venda e condenar as rés à restituição dos valores pagos, de forma solidária, com correção monetária desde o desembolso e juros de mora desde a data da citação. Sucumbentes, condenou-as ao pagamento das custas e despesas processuais, fixados os honorários de advogado em 10% do valor atualizado da condenação.

Inconformada, apela a instituição financeira a fls. 311/325, oportunidade em que argui preliminar de ilegitimidade passiva. Quanto ao mais, afirma que os fatos narrados na inicial dizem respeito exclusivamente ao contrato de prestação de serviços firmado exclusivamente entre os autores e a empresa corré. Ressalta que não praticou qualquer ato que pudesse causar dano aos autores. Ademais, não lhe foram repassados os cheques que, de acordo com o contrato firmado, podem ser cedidos para qualquer instituição bancária. Por tais motivos, não pode ser condenada à restituição dos valores pagos, razão pela qual requer a reforma da r. sentença.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a fls. 347/355.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A preliminar de ilegitimidade passiva se confunde com o mérito e com ele será analisada.

O recurso de apelação preenche os requisitos previstos nos artigos 1.007 e 1.010, ambos do Código de Processo Civil. Foram trazidos à baila os fundamentos de fato e de direito do inconformismo, permitindo o seu conhecimento.

Não se discute, nas razões recursais, o atraso na entrega dos móveis planejados, tampouco a rescisão do contrato de compra e venda e a restituição dos valores pagos pelas demais rés.

A questão em que se insere o inconformismo da instituição financeira se refere apenas quanto à condenação solidária à devolução dos valores pagos pelos autores, sob o argumento de que não detém a posse dos cheques.

Pois bem.

Ao contrário do afirmado pela recorrente, as rés Indian Ebony e Collezzi Industrial, em contestação (fls. 119/137), afirmaram que a recorrente é a responsável pela cobrança e detém os títulos de crédito emitidos pelos autores (fls. 120).

A própria recorrente alegou em contestação (fls. 166/173) que detinha a custódia dos cheques emitidos pelos autores e efetuava o depósito nas datas devidas, em razão do "*serviço oferecido onde a instituição financeira se torna responsável por descontar os cheques recebidos na data correta, reduzindo a preocupação de quem recebeu os pagamentos*". (fls. 168/169).

Ora, a cessão dos títulos de crédito à instituição financeira ocorreu para que a ré pudesse concluir o negócio jurídico de compra e venda de móveis planejados com o adiantamento dos valores que seriam pagos pela parte autora (fls. 31/39;76).

Desse modo, os negócios jurídicos celebrados pelas partes configuram contratos coligados, também denominados de "redes contratuais", uma vez que há interligação sistemática, funcional e econômica entre os contratos estruturalmente diferenciados revelando a denominada "hipercomplexidade contratual".

Segundo Francisco Paulo de Crescenzo Marino, em sua obra *Contratos Coligados no Direito Brasileiro* (São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 99), contratos coligados "*são contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca*".

Sobre o assunto, Marino ainda leciona sobre o contrato de compra e venda para consumo:

"*Menos frequente, e mais interessantes do ponto de vista da teoria da coligação são os casos de resolução dos contratos coligados por conta do ina-*

Acesso ao Sumário

dimplemento do vendedor, com a devolução das quantias pagas ao fornecedor. (...) A principal consequência do coligamento em questão será a possibilidade de o consumidor opor ao financiador o descumprimento do contrato de compra e venda ou prestação de serviços por parte do respectivo fornecedor".

É exatamente a hipótese dos autos. Os autores firmaram contrato de compra e venda de móveis planejados e, a fim de cumprir sua obrigação as rés firmaram contrato de mútuo com instituição financeira, sendo cristalina a conexão existente entre os dois contratos, uma vez que a contratação do crédito junto à instituição financeira não teria interesse se desvinculada do negócio jurídico de compra e venda.

Desse modo, ao contrário do alegado pela apelante, a instituição financeira possui responsabilidade pelos prejuízos suportados pelos autores.

Desse modo, é de rigor a manutenção da r. sentença no que diz respeito à rescisão do contrato de compra e venda e a devolução dos valores pagos, razão pela qual responde a recorrente de forma solidária pela restituição dos valores pagos.

Por tais motivos, a r. sentença não comporta alteração.

Uma vez que a parte adversa apresentou contrarrazões, incide a hipótese do § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil. Assim sendo, mostra-se coerente com a disposição legal a majoração dos honorários para 20% do valor da condenação, sopesado o trabalho realizado em ambas as fases do processo.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018670-92.2020.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante SONIA APARECIDA DE LIMA THOMAZ DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MOTOROLA INDUSTRIAL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16955)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente sem voto), SERGIO ALFIERI e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 29 de abril de 2021.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMPRA E VENDA DE CELULAR - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - APARELHO QUE APRESENTOU DEFEITO NA VIGÊNCIA DO PRAZO DE GARANTIA E CUJO CONSERTO FOI COBRADO DO CONSUMIDOR PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA DA RÉ - DE RIGOR A REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO EIS QUE CONSTATADO ENGANO INJUSTIFICÁVEL - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 42, § ÚNICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 96/103) interposto nos autos da ação de repetição de indébito c/c indenização por danos morais contra a r. sentença de fls. 93/95 que julgou parcialmente procedente a demanda para reconhecer ter sido indevida a cobrança de R$ 510,00 pelo conserto do produto adquirido pela autora, bem como condenar a ré a devolver a citada quantia de forma simples, corrigida da data do desembolso, com juros legais de mora, a contar da citação.

A r. sentença reconheceu que a ré decaiu em parte mínima, e condenou a requerida a arcar com custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 15% da condenação, observada a gratuidade processual concedida nos autos.

A autora, ora apelante, sustenta que não houve engano justificável e invoca a aplicação do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor. Diz que segundo entendimento recente do STJ, a má-fé não é indispensável para a restituição em dobro do indébito. Defende que a indenização por danos morais é devida, posto que despendeu tempo para a resolução do problema, inclusive, no âmbito extrajudicial. Espera o acolhimento do recurso, com a parcial reforma da r. sentença combatida, a fim de ver a ré condenada a restituir o valor de R$ 510,00 em dobro, e ao pagamento da indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00.

Contrarrazões a fls. 109/115.

Não houve oposição das partes quanto ao julgamento virtual.

É o relatório.

Ab initio, deixo consignado que o recurso comporta parcial acolhimento.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a controvérsia ora instalada abrange somente a devolução em dobro dos valores pagos pela autora em razão do conserto do aparelho celular adquirido da ré, e a eventual ocorrência de danos morais, restando incontroverso que a cobrança e o pagamento da quantia de R$ 510,00 deu-se durante a vigência da garantia do produto.

Pois bem, respeitado o posicionamento do Culto Magistrado de 1º grau, parcial razão assiste à apelante.

Isso porque a assistência técnica autorizada da ré efetuou o conserto do aparelho celular adquirido pela autora e efetuou a cobrança do valor de R$ 510,00 (fls. 15/16) sob alegação de que a garantia já havia expirado.

Ora, uma vez reconhecido que a cobrança pelo conserto do celular se deu na vigência do prazo de garantia, eis que somadas aquela de natureza contratual (fls.18) e a garantia legal assegurada no artigo 26, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, não se mostra crível que uma empresa do porte da requerida desconheça suas obrigações, ou mesmo se esquive do respectivo cumprimento.

"*In casu*", a ré se limitou a alegar que o aparelho de celular não foi encaminhado à assistência autorizada, circunstância que sequer prospera diante do conjunto probatório reunido nos autos (fls. 13/20).

Diante disso, e em se tratando de relação de consumo, entendo que a cobrança pelo conserto do celular enquanto vigente o período de garantia do produto, configura engano injustificável, a teor do disposto no artigo 42 do Código de Processo Civil, o que impõe a devolução em dobro do indébito (R$ 510,00 - fls.17), e não de forma simples como determinou o juízo de origem.

Já no tocante aos danos morais, conquanto a apelante sustente a sua ocorrência fundada na teoria do desvio produtivo, forçoso reconhecer que nada comprovou nesse sentido, mesmo porque o documento de fls. 20, não se presta a demonstrar a suposta reclamação havida junto ao Procon, mormente porque inviável a verificação da origem.

Assim, em que pese o transtorno suportado pela apelante, concluo que a situação experimentada não ultrapassa os patamares do mero aborrecimento e desconforto.

Acesso ao Sumário

Esse é o entendimento desta 28ª Câmara de Direito Privado, a saber:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Telefonia. Cobrança indevida. Dano moral não caracterizado. Mero aborrecimento sem maiores consequências. Sentença correta. Recurso não provido. (Apelação Cível 1001450-36.2015.8.26.0292 - Desembargador Relator Gilson Delgado Miranda - j. 23/08/2016 - v.u.). Sic

Não obstante, cumpre mencionar que instadas a se manifestarem acerca do interesse na produção de provas (fls. 84), as partes pugnaram pelo julgamento antecipado da lide (fls. 85/86 e 89), razão pela qual, entendo que a autora, ora

apelante, não se desincumbiu do ônus que lhe competia quanto a comprovação da ocorrência dos aventados danos morais, sendo de rigor a manutenção da improcedência desse pedido.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, nos moldes supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026666-22.2016.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante FRANCISCO ANUNCIADO FILHO, é apelado MEDISERVICE OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE S.A.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.916)**

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

São Paulo, 20 de abril de 2021.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Contrato coletivo - Funcionário aposentado demitido sem justa causa - Incidência do artigo 31, § 1º, da Lei 9.656/98 - Pretensão do autor de manter-se no mesmo regime de quando na ativa, pagando a mesma contraprestação a que estava sujeito, acrescida da contribuição suportada pela empregadora - Revelia da operadora que faz presumir aceitos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor, na forma dos arts. 285 e 319 do Código de Processo Civil e que acarretam as consequências jurídicas apontadas na inicial - Implemento das condições do art. 31 da Lei nº 9.656/98 que concede ao beneficiário o direito de permanecer em plano de saúde com condições assistenciais semelhantes às oferecidas durante a vigência do contrato de trabalho por força do contrato originário, inexistindo direito adquirido a modelo de custeio ou a valor de mensalidade - Plano

Acesso ao Sumário

de saúde reestruturado com distinção entre empregados ativos e inativos - Ausência de direito adquirido à forma de custeio do plano - Entendimento firmado pelo C. STJ nos REsps 1818487/SP, 1816482/SP e 1829862/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.034) - Ilegalidade, no entanto, do novo modelo de contribuição, vez que não mantida a paridade com o modelo dos trabalhadores ativos - Sentença de improcedência da ação, reformada para julgar procedente a ação. Apelação provida.

VOTO

A r. sentença de fls. 36/41 julgou improcedente a ação e condenou a autora no pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios que foram fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Apela o autor (fls. 45/58). Alega: **a)** apresentou todos os documentos que tinha à sua disposição quando da propositura da ação, tendo entregue a proposta de adesão para a Apelada (não tinha cópia) e, quando da propositura da ação não tinha recebido a carteirinha, nem o boleto bancário; **b)** competia à Apelada comprovar que a ex-empregadora efetuava o pagamento de parte do pagamento da mensalidade e qual o valor que pagava para cada um dos beneficiários inscritos no plano de saúde, nos termos do art. 31 da Lei 9656/98; **c)** o valor cobrado é muito superior ao que era descontado em sua folha de pagamento que era de 3% de seu salário (R$ 162,90) não tendo qualquer informação sobre a formação da mensalidade que será de R$ 822,70; **d)** em razão da revelia decretada, os documentos que comprovariam possível contribuição mensal da ex-empregadora foram omitidos, assim como o contrato que deveria prever os reajustes (anuais e faixa etária); **e)** não deveria a Apelada revel sair vencedora na ação quando omite informações aos beneficiários e não contesta a ação, razão pela qual a r. sentença deve ser reformada; **f)** sem a comprovação do reajuste anual previsto em contrato, tem-se que razoável a aplicação do reajuste previsto pela Agência Nacional de Saúde Suplementar aos contratos individuais, uma vez que também sofrem influência dos custos hospitalares.

Requer seja dado provimento ao recurso "*com a aplicação do art. 6º, VIII ou art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, reduzindo o valor da mensalidade em aplicação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade com aplicação anual dos reajustes fornecidos pela ANS para os contratos individuais*".

Não houve resposta (certidão de fls. 66).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

1. Trata-se de ação revisional de contrato movida pelo beneficiário de plano de saúde contra Mediservice Operadora de Planos de Saúde S.A.

Conforme o relato inicial, o autor foi funcionário da empresa Volkswagen do Brasil Ltda., de 24.03.1995 a 05.09.2016 (fls. 15/17). Aposentou-se antes do desligamento da empresa. Afirma que, quando teve rescindido seu contrato de trabalho, foi assegurado a ele e sua esposa a permanência no plano por três meses, após o que se responsabilizariam pelo valor integral da mensalidade. Todavia, o valor cobrado é muito superior ao que era descontado em folha. Aduz que ao contrário do previsto em Lei, foi inserido em um plano exclusivo para inativos (demitidos e aposentados), podendo sofrer reajustes maiores do que o plano dos funcionários da ativa.

Propôs a ação com o escopo de ser mantido no plano nas mesmas condições de quando vigente o contrato, desde que assuma o pagamento integral da mensalidade.

A ré não contestou, pondo-se revel (fls. 35).

A r. sentença julgou improcedente a ação.

2. Como afirmou o próprio apelante, não houve negativa em mantê-lo no plano nas mesmas condições de cobertura assistencial. A controvérsia diz respeito ao modelo de custeio que passou a vigorar após seu desligamento da empresa.

A clara e expressa dicção da lei impõe ao ex-empregado o custeio integral do plano ou do seguro, quer dizer, mediante o pagamento do que pagava, mais a parte suportada pela ex-empregadora.

O autor, após sua demissão sem justa causa, tem direito e deve, portanto, se responsabilizar pelo pagamento do valor integral da contraprestação, assim entendida a quota que atualmente pagam os empregados ativos e os inativos, conforme seja sua situação, acrescida da patronal no caso destes. Ou seja, ainda que durante a vigência do contrato de trabalho pagasse apenas pequena porcentagem do valor de seu salário, agora o valor resultante da aplicação desse montante será somado ao restante que era suportado pela ré, assumindo o pagamento integral da prestação de seu plano de saúde por aplicação do artigo 31 da Lei 9.656/98, que assegura a continuidade do ajuste, quando a contribuição ultrapassar o período mínimo de dez anos, como no caso em tela:

> Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Acesso ao Sumário

Assegurando a lei a manutenção do ex-empregado na condição de beneficiário do plano a que fazia jus quando na ativa, devem ser oferecidas as mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava o então empregado, quando da vigência de seu contrato de trabalho, em regime compensatório para a continuidade de manutenção, agora inteiramente custeada por ele.

Não há óbice, entretanto, a que a antiga empregadora estabeleça apólices distintas para empregados ativos e inativos, porque a lei impõe unicamente a manutenção do seguro ou do plano, asseguradas ao ex-empregado as mesmas condições (financeiras e de serviços) que usufruía na ativa.

O que é relevante, todavia, é não perder de vista a previsão legal de conservação das mesmas condições de serviços e de custo para o trabalhador, condições essas de que desfrutava quando na ativa. Nada impede que a empregadora estipule contrato diverso, com outro modelo.

O C. Superior Tribunal de Justiça, examinando essa questão, afirmou o seguinte:

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. TRABALHADOR APOSENTADO. MIGRAÇÃO PARA PLANO NOVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO ANTERIOR. LEGALIDADE. REDESENHO DO MODELO DE CONTRIBUIÇÕES PÓS-PAGAMENTO E PRÉ-PAGAMENTO. AUMENTO DA BASE DE USUÁRIOS. UNIFICAÇÃO DE EMPREGADOS ATIVOS E INATIVOS. DILUIÇÃO DOS CUSTOS E DOS RISCOS. COBERTURA ASSISTENCIAL PRESERVADA. RAZOABILIDADE DAS ADAPTAÇÕES. EXCEÇÃO DA RUÍNA.
>
> 1. Discute-se se o aposentado e o empregado demitido sem justa causa, migrados para novo plano de saúde coletivo empresarial na modalidade pré-pagamento por faixa etária, mas sendo-lhes asseguradas as mesmas condições de cobertura assistencial da época em que estava em vigor o contrato de trabalho, têm direito de serem mantidos em plano de saúde coletivo extinto, possuidor de sistema de contribuições pós-pagamento, desde que arquem tanto com os custos que suportavam na atividade quanto com os que eram suportados pela empresa.
>
> 2. É garantido ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998). Os valores de contribuição, todavia, poderão variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com os que a ex-empregadora tiver que custear. Precedente.

Acesso ao Sumário

3. Por "mesmas condições de cobertura assistencial" entende-se mesma segmentação e cobertura, rede assistencial, padrão de acomodação em internação, área geográfica de abrangência e fator moderador, se houver, do plano privado de assistência à saúde contratado para os empregados ativos (art. 2º, II, da RN nº 279/2011 da ANS).

4. Mantidos a qualidade e o conteúdo de cobertura assistencial do plano de saúde, não há direito adquirido a modelo de custeio, podendo o estipulante e a operadora redesenharem o sistema para evitar o seu colapso (exceção da ruína), desde que não haja onerosidade excessiva ao consumidor ou a discriminação ao idoso.

5. Nos contratos cativos de longa duração, também chamados de relacionais, baseados na confiança, o rigorismo e a perenidade do vínculo existente entre as partes pode sofrer, excepcionalmente, algumas flexibilizações, a fim de evitar a ruína do sistema e da empresa, devendo ser respeitados, em qualquer caso, a boa-fé, que é bilateral, e os deveres de lealdade, de solidariedade (interna e externa) e de cooperação recíprocos.

6. Não há ilegalidade na migração de inativo de plano de saúde se a recomposição da base de usuários (trabalhadores ativos, aposentados e demitidos sem justa causa) em um modelo único, na modalidade pré-pagamento por faixas etárias, foi medida necessária para se evitar a inexequibilidade do modelo antigo, ante os prejuízos crescentes, solucionando o problema do desequilíbrio contratual, observadas as mesmas condições de cobertura assistencial. Vedação da onerosidade excessiva tanto para o consumidor quanto para o fornecedor (art. 51, § 2º, do CDC). Função social do contrato e solidariedade intergeracional, trazendo o dever de todos para a viabilização do próprio contrato de assistência médica.

7. Não há como preservar indefinidamente a sistemática contratual original se verificada a exceção da ruína, sobretudo se comprovadas a ausência de má-fé, a razoabilidade das adaptações e a inexistência de vantagem exagerada de uma das partes em detrimento da outra, sendo premente a alteração do modelo de custeio do plano de saúde para manter o equilíbrio econômico-contratual e a sua continuidade, garantidas as mesmas condições de cobertura assistencial, nos termos dos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998.

8. Recurso especial provido. (REsp 1479420/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015).

3. É sabido que a Volkswagem reestruturou o plano de saúde oferecido a seus funcionários, com modelo de custeio por faixas etárias. Assim, depois de seu desligamento, deve o ex-funcionário arcar com a cota parte do empregador,

Acesso ao Sumário

submetendo-se ao novo modelo de custeio por faixas etárias, não sendo viável a pretensão de pagamento dos mesmos valores que realizava enquanto empregado da empresa.

Em caso semelhante, o C. Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, sendo Relator o Ministro MARCOS BUZZI, no julgamento do Resp. 1.558.456/SP (j. 15/09/2916, DJe 22/09/2016), assinalou:

> "**3.** No tocante ao valor da contribuição a ser paga pelo ex- empregado aposentado, após a celebração do novo contrato de plano de saúde entre estipulante e operadora (unificação dos planos), a jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que, respeitadas as mesmas condições de cobertura assistencial as quais o inativo gozava quando da vigência do contrato de trabalho, ou seja, havendo a manutenção da qualidade e do conteúdo médico-assistencial da avença, não há falar em direito adquirido do aposentado ao regime de custeio do plano vigente à época do contrato de trabalho.
>
> Assim, a interpretação a ser dada ao art. 30, *caput*, da Lei nº 9.656/1998 é a de que deve ser assegurada ao ex-empregado a manutenção no plano de saúde coletivo, com as mesmas condições de assistência médica **e de valores de contribuição**, desde que assuma o **pagamento integral, o qual poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com o despendido pela ex-empregadora no custeio aos empregados em atividade.**
>
> Nesse contexto, importante destacar precedente da Terceira Turma, segundo o qual, na hipótese do artigo 31 da Lei 9.656/98, mantidas as condições de cobertura assistencial da ativa, "*não há direito adquirido a modelo de plano de saúde ou de custeio, podendo o estipulante e a operadora redesenharem o sistema para evitar o seu colapso (exceção da ruína), contanto que não haja onerosidade excessiva ao consumidor ou a discriminação ao idoso*" (REsp 1.479.420/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 01.09.2015, DJe 11.09.2015).

A ementa de aludido julgado (REsp 1.479.420/SP) foi transcrita linhas acima.

O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsps 1.818.487/SP, 1.816.482/SP e 1.829.862/SP, **sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1034)**, julgado em 25.11.2020, assentou orientação, agora de forma vinculante, afirmando não haver direito adquirido à forma de custeio do plano coletivo. Firmou as seguintes teses:

> "*a) Eventuais mudanças de operadora, de modelo de prestação de serviço, de forma de custeio e de valores de contribuição não implicam*

Acesso ao Sumário

interrupção da contagem do prazo de 10 (dez) anos previsto no art. 31 da Lei nº 9.656/1998, devendo haver a soma dos períodos contributivos para fins de cálculo da manutenção proporcional ou indeterminada do trabalhador aposentado no plano coletivo empresarial.

b) O art. 31 da Lei nº 9.656/1998 impõe que ativos e inativos sejam inseridos em plano de saúde coletivo único, contendo as mesmas condições de cobertura assistencial e de prestação de serviço, o que inclui, para todo o universo de beneficiários, a igualdade de modelo de pagamento e de valor de contribuição, admitindo-se a diferenciação por faixa etária se for contratada para todos, cabendo ao inativo o custeio integral, cujo valor pode ser obtido com a soma de sua cota-parte com a parcela que, quanto aos ativos, é proporcionalmente suportada pelo empregador.

c) O ex-empregado aposentado, preenchidos os requisitos do art. 31 da Lei nº 9.656/1998, não tem direito adquirido de se manter no mesmo plano privado de assistência à saúde vigente na época da aposentadoria, podendo haver a substituição da operadora e a alteração do modelo de prestação de serviços, da forma de custeio e dos respectivos valores, desde que mantida a paridade com o modelo dos trabalhadores ativos e facultada a portabilidade de carências."

Ainda, no julgamento do RESp 1.818.487 - SP, que tem como recorridas a Mediservice e a Volkswagen, entendeu a Corte Superior:

"***IV. JULGAMENTO DO CASO CONCRETO***

No presente caso, apesar de empregados e de ex-empregados estarem inseridos em plano de saúde administrado por uma única operadora, é incontroverso que o próprio plano faz distinção entre ativos e inativos no que se refere à forma de custeio e aos valores de contribuição, o que contraria o entendimento acima. Tal conclusão pode ser extraída, inicialmente, do seguinte trecho da contestação da Mediservice:

14. Tal alteração - de custo médio para faixa etária, que o autor questiona nesta demanda - decorre da regulamentação dos artigos 30 e 31, realizada pela ANS, que, no exercício das atribuições que o art. 4º, inc. XI da Lei nº 9.961/00, editou a Resolução Normativa nº 279 de 24 de novembro de 2011, na qual previu que o 'plano privado de assistência à saúde', oferecido por empresas para funcionários seus inativos, não poderá ter sua mensalidade formada na modalidade de preço pós-estabelecido (cf. art. 19, §§ 1º e 2º, RN nº 279/11 RN).

15. Vinculada por essa determinação da Agência reguladora do setor, a estipulante entendeu por promover o pagamento na forma de contraprestação pecuniária diferenciada por faixas etárias, cf. art. 19, §

Acesso ao Sumário

2º, RN nº 279/11 ANS.

(...)

No caso concreto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para julgar procedente a ação, a fim de que o autor e seus dependentes permaneçam por prazo indeterminado no plano de saúde coletivo, nas mesmas condições de cobertura assistencial do empregado ativo, aí incluída a paridade nos modelos de prestação de serviço, na forma de custeio e nos valores de contribuição, cabendo-lhe recolher a parcela que, quanto aos ativos, é custeada pelo empregador, além de ser obrigado a migrar para os novos planos que venham a ser impostos aos empregados ativos".

Em que pese não tenha o autor juntado documentos dos quais não tinha posse, mas sim a seguradora, revel no feito, é certo ter sido beneficiário do plano no período alegado, assim como é certo que lhe foi conferida oportunidade de manter-se no plano, junto com sua dependente, nos moldes estabelecidos pela Volkswagen e a Mediservice, conforme todos os contratos geridos por elas e que também foi objeto do julgamento do referido recurso repetitivo (RESp - 1.818.487 SP).

Observada a orientação da Corte Superior, neste caso, não há comprovação de que o valor cobrado do autor esteja em paridade com o que vem sendo cobrado dos funcionários da ativa.

Assim, de ser reformada a sentença, para julgar procedente a ação, a fim de que o autor e sua esposa, sejam mantido no plano de saúde coletivo nas mesmas condições de cobertura assistencial do empregado ativo, aí incluída a paridade nos modelos de prestação de serviço, na forma de custeio e nos valores de contribuição, cabendo-lhe recolher a parcela que, quanto aos ativos, é custeada pelo empregador, além de ser obrigado a migrar para os novos planos que venham a ser impostos aos empregados ativos.

A demonstração de preenchimento das condições apontadas dar-se-á em execução, para o que fica relegada a apuração do valor devido pelo autor.

4. Assinalo, por fim, que na hipótese de oposição de embargos de declaração, o julgamento se dará virtualmente, salvo manifestação expressa das partes em cinco dias contados da intimação do acórdão.

5. Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para os fins apontados.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1034272-

76.2019.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante HELIO RODRIGUES COSTA JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados MERCADOPAGO.COM REPRESENTAÇÕES LTDA. e MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31629)**

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

São Paulo, 22 de abril de 2021.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO CONDENATÓRIA - RECURSO DO AUTOR - ANÚNCIO DE VENDA NA PLATAFORMA DO MERCADO LIVRE - GOLPE PRATICADO POR TERCEIROS - DESCUIDO EXCESSIVO DO AUTOR - DESCUMPRIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES DE SEGURANÇA - CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR VERIFICADA - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS RÉS

O consumidor que anuncia produto no sítio eletrônico do Mercado Livre porém conclui a venda fora da plataforma, recebendo um e-mail de confirmação grosseiramente falso (domínio diverso, erros gritantes de grafia, layout grosseiro e desformatado), e, pior, enviando o produto antes de confirmar o recebimento do pagamento na plataforma das empresas, rompe com a causalidade e deve ser considerado exclusivamente culpado pelo golpe sofrido (CDC, art. 14, § 3º, II). Precedentes desta C. Câmara e do E. TJSP seguindo a mesma orientação em casos símiles.

RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. Sentença de fls. 262/267, cujo relatório se adota, que julgou **IMPROCEDENTE** a ação,

Acesso ao Sumário

condenando o autor ao pagamento das verbas sucumbenciais, incluindo honorários advocatícios, fixados em dez por cento do valor da causa.

A d. Magistrada *a quo* concluiu ser culpa exclusiva do autor o prejuízo narrado na inicial, visto que ele procedeu com a venda fora do sistema das empresas rés, e não se acautelou dos golpes via e-mails.

O autor interpôs recurso de apelação (fls. 272/282), deduzindo a tese de que as rés não lhe transferiram o valor devido pela venda anunciada em seu sítio eletrônico.

Houve contrarrazões (fls. 293/300).

É a síntese do necessário.

O recurso não merece provimento.

Trata-se de ação condenatória (indenização por danos materiais e indenização por danos morais) fundada em suposto inadimplemento por parte das rés na prestação de serviços (fls. 6/7 e 39/47).

A tese do autor, contudo, **não se coaduna com a realidade**. Embora o autor se esforce em tentar caracterizar a situação como mero **inadimplemento**, a verdade é que ele foi vítima de **golpe praticado por terceiros**, e a responsabilidade pelo infortúnio é **exclusivamente** sua.

O autor, **usuário desde 2011** dos serviços do Mercado Livre e Mercado Pago (fls. 109), anunciou um produto para venda no portal das rés, porém, **ao contrário do que lhe recomendam os termos condições e uso e a cautela do homem médio**, o autor negociou **fora da plataforma** das empresas, diretamente com o estelionatário (fls. 110). Com isso, assumiu incautamente os riscos de golpe, o qual poderia ter sido evitado se a *negociação* tivesse ocorrido dentro do sítio das rés.

Seu descuido piora. O autor recebeu um e-mail **grosseiramente falso** enviado pelo golpista "**confirmando**" a conclusão do negócio (fls. 19/32). A falsidade do domínio é facilmente perceptível, a julgar pela grafia distinta da empresa (@e-mercadolivre, fls. 7). O e-mail contém **redação precária** (fls. 20, 21, 22, 23, 25, 26 e seguintes) e o *layout* é **gritantemente grosseiro**, amadorístico, totalmente desformatado e com erros de espaçamento escancarados. Em resumo, o **e-mail recebido pelo autor não passa confiança alguma**, é destituído de qualquer credibilidade, mas, por imprudência do autor, serviu para que este **enviasse o produto ao golpista**.

Se já não bastasse todos esses elementos a evidenciar como o autor foi incauto, destaco mais um. Toda venda no sítio eletrônico das rés segue (ou ao menos deveria seguir) o padrão de **(i)** aceite da proposta pelo comprador, **(ii)** pagamento, **(iii) confirmação do pagamento pelo vendedor**, **(iv)** por último, o envio do produto (fls. 264 e 113). Essa é a recomendação das empresas, e, se seguida corretamente, a transação tem altos índices de segurança, pois o paga-

Acesso ao Sumário

mento, já feito, só será liberado com a confirmação pelo comprador da idoneidade do produto. É uma *via de mão dupla*, que, **contudo, não foi observada pelo autor**, que **sequer checou se houve pagamento** antes de enviar o produto.

Esse cenário de desídia já foi reconhecido como *culpa exclusiva do consumidor* por esta C. Câmara:

> *Responsabilidade civil - Compra e venda pela "internet" - Ação de reparação de danos - Demanda de vendedor em face de empresa intermediadora - Sentença de improcedência - Recurso do autor - Manutenção do julgado - Cabimento - Parte que foi vítima de fraude praticada por terceiro que simulou tratar-se de preposto da ré, mediante domínio de "e-mail" diverso - Autor que não se valeu das cautelas necessárias à negociação e enviou o produto ao comprador antes mesmo do recebimento do pagamento - Culpa exclusiva do consumidor - Inteligência ao art. 14, §3º, II, do CDC - Ausência do dever de indenizar. Apelo do autor desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1004414-39.2019.8.26.0299; Relator (a): Marcos Ramos; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jandira - 2ª Vara; Data do Julgamento: 03/12/2020; Data de Registro: 03/12/2020)*

Essa orientação ecoa pelas demais C. Câmaras deste E.TJSP: **AC n. 1010714-97.2018.8.26.0510**, Rel. Des. Alfredo Attié, 27ª C., julgado em 17.9.2020; **AC n. 1005178-61.2018.8.26.0072**, Rel. Des. Ana Lúcia Romanhole Martucci, 33ª C., julgado em 14.9.2020; **AC n. 1024787-12.2019.8.26.0002**, Rel. Des. Hugo Crepaldi, 25ª C., julgado em 3.9.2020; **AC n. 1009060-70.2019.8.26.0565**, Rel. Des. César Luiz de Almeida, 28ª C., julgado em 30.7.2020; **AC n. 1026866-61.2019.8.26.0002**, Rel. Des. Luís Fernando Nishi, 32ª C., julgado em 12.11.2020.

Resumindo, entendo que o caso revela *culpa exclusiva do consumidor* (autor), rompendo com o nexo de causalidade e isentando as rés de responsabilidade pela situação danosa (CDC, art. 14, § 3º, II).

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso. Majoro os honorários advocatícios para doze por cento sobre o valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022273-49.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARCEL MARIN e UNIQUE SERVIÇOS DE HOTELARIA E ALIMENTAÇÃO, COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA., é apelado RODOPOSTO MAIRIPORÃ LTDA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.349)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente) e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 4 de maio de 2021.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Ação de reparação de danos. Alegação de arrombamento de veículo e furto de objetos durante o período em que o veículo ficou no estacionamento da lanchonete "Graal Mairiporã". Ausência de prova. Ônus dos Autores. Ação improcedente. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação de reparação de danos decorrentes de danificação de veículo e furto de objeto no interior do veículo em estacionamento. A magistrada, Doutora Elaine Faria Evaristo, considerou não comprovada a estadia do Autor no estabelecimento do Réu, nem a ocorrência do furto. Entendeu que o boletim de ocorrência é prova unilateral. Imputou aos Autores as verbas de sucumbência com honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Apelam os Autores alegando cerceamento defesa, eis que cabia a inversão do ônus da prova para compelir o Réu a mostrar as imagens registradas em sua câmera de segurança na data da ocorrência para comprovar a inexistência do furto no seu estacionamento. No mérito sustentam a falha na prestação de serviços do Réu, uma vez que tem o dever de guarda em relação aos veículos estacionados em suas dependências.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

Os Autores alegam que no dia 29/10/2019, por volta das 7:00 horas, Marcel deixou seu veículo no estacionamento do Réu, nome fantasia "Graal Mairiporã", para tomar um café, ali permanecendo por 40 minutos. Ao regressar ao veículo percebeu que o porta malas havia sido arrombado e furtados alguns objetos pessoais e um notebook pertencente a segunda Autora. Pede ressarcimento

Acesso ao Sumário

do valor das coisas furtadas e do valor gasto com o conserto do porta malas, além de indenização por dano moral.

O Réu, por seu turno, diz que o Autor não comprovou que esteve em seu estabelecimento. Sustenta que o fato, segundo o Autor, ocorrera por volta das 7:00 horas da manhã, mas só fora procurado horas mais tarde, depois da tardia lavratura de Boletim de Ocorrência.

Cediço que, no caso, incidem as regras do Código de Defesa do Consumidor, dentre elas a inversão do ônus da prova, conforme art. 6º, inciso VIII da Lei nº 8.078/90.

Entretanto, não se justifica a inversão pretendida, vez que não se pode impor ao Réu, sob pena de responsabilizá-lo pelo dano, que demonstre imagens de câmeras de segurança. Não há norma que imponha aos estabelecimentos a gravação e a preservação da filmagem da movimentação em seus estacionamentos.

Cumpria aos Autores comprovar o fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC e desse ônus não se desincumbiram, visto que o Autor Marcel sequer demonstrou que esteve no estabelecimento do Réu. A comunicação do crime aos funcionários do Réu se deu horas depois do crime, quando há muito o Autor havia deixado o estacionamento.

O boletim de ocorrência, isoladamente, não faz prova dos fatos suscitados, antes declaração unilateral, ainda que prestada à Autoridade Policial.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, majorando-se os honorários advocatícios para 15% do valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006106-02.2015.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que são apelantes DIONIZIO JOSE DA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA MADALENA SOUSA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PAMAER INTERMEDIAÇÃO E EMPREENDIMENTO LTDA.

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 2021/35961)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA (Presidente sem voto), LUIS MARIO GALBETTI e MARY GRÜN.

São Paulo, 4 de maio de 2021.

MIGUEL BRANDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: USUCAPIÃO - Improcedência - Insurgência dos coautores - Descabimento - Ausência dos pressupostos legais - Ré que pagou e paga o IPTU do imóvel e que também regularizou o loteamento durante anos, exercendo inequívoco e ostensivo papel de proprietária, tanto que o imóvel tem matrícula própria e em seu nome - Posse direta que não anula a indireta - O lote foi adquirido por terceiros que, sem quitar a dívida, transferiram o bem para os apelantes, não havendo que se falar em apossamento para fins de usucapião - Posse precária - Ré que merece os benefícios da justiça gratuita - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação, tirada contra a sentença de fls. 464/468 que julgou improcedente a ação de usucapião, movida por DIONIZIO JOSÉ DA COSTA e MARIA MADALENA SOUSA em desfavor de PAMAER INTERMEDIAÇÃO E EMPREENDIMENTOS LTDA.

Apelam os coautores (fls. 469/482), pedindo a reforma do julgado. Em suas razões, aduzem que a recorrida não merece os benefícios da justiça gratuita e que sequer está em recuperação judicial.

No mérito, alegam que adquiriram, em 07 de junho de 2006, os direitos possessórios do referido lote de Lourival que os havia adquirido de José que por sua vez os havia adquirido da antecessora da apelada. Afirmam que José só deixou de pagar as prestações do imóvel porque a antecessora da ré pediu, tendo em vista que ela não estava conseguindo cumprir as exigências do município. Dizem que a antecessora da ré era desorganizada e que nunca os comunicou para acertar as parcelas vencidas. Contam que só ficaram sabendo da existência da ré quando foram ao Cartório de Imóveis, ocasião em que também ficaram surpresos com a informação de que o loteamento estava regularizado desde 2015. Destacam que o IPTU está em nome do coautor e dizem que, na verdade, a antecessora apenas mudou a razão social, passando a ter a denominação atual da ré. Ponderam que a ré não apresentou provas de que realizou benfeitorias no imóvel e que foi a prefeitura que realizou os trabalhos. Afirmam que a ré só se manifestou após ser citada. Impugnam os documentos de fls. 121/126. Entendem que preencheram os pressupostos legais para a declaração da usucapião. Anotam que as parcelas vencidas estão prescritas e que as benfeitorias que realizaram no imóvel devem ser aproveitadas.

Acesso ao Sumário

Dada a oportunidade de contrariedade (fls. 484), o recurso foi contrarrazoado (fls. 491/495).

Este processo chegou ao TJ em 24/03/2021, sendo a mim distribuído em 30/03/2021, conclusão na mesma data (fls. 504).

Caso estudado e voto concluído em 08/04/2021.

É o relatório.

Admito o recurso porque tempestivo.

O recurso não prospera.

Quem pagou e paga o IPTU do imóvel é a ré (fls. 26 e 113/116), que também providenciou, durante anos, a regularização do loteamento, e de fato o regularizou (fls. 117), exercendo inequívoca e ostensivamente o papel de proprietária, tanto que o imóvel tem matrícula própria e em seu nome (fls. 125/126).

O lote foi adquirido por terceiros que, sem quitar a dívida, transferiram o bem para os coapelantes que também nada pagaram, apesar de estarem cientes da existência da dívida perante a requerida. Não há, portanto, que se falar em apossamento para fins de usucapião.

O fato de não pagarem prestações há muitos anos e não serem cobrados pela ré não significa que passaram a ter a posse *ad usucapionem* do imóvel, devendo-se recordar que, nos termos do art. 37 da Lei nº 6.766/76, as compras e vendas de lote só podem ser realizadas após a regularização do loteamento. As transações que ocorreram foram celebradas sob risco e sem os cuidados das partes, inclusive dos autores.

A inversão da causa *possessionis* exige atos exteriores e prolongados do possuidor quanto à inequívoca disposição de privar o proprietário da coisa, o que não se tem no processo.

A posse dos coautores é precária. Decorre do abuso de confiança por parte de quem, tendo recebido a coisa com a obrigação de restituí-la, posteriormente se recusou a fazê-lo.

E a posse precária não convalesce, tornando desimportante a falta de organização da antecessora da ré sobre seus negócios.

Nos termos do art. 1.197 do Código Civil, a posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta.

"*O possuidor indireto, embora não tenha poder físico imediato sobre a coisa, sem dominação direta, é também possuidor, porque se comporta como proprietário. As duas posses coexistem em planos diferentes, sem contradição entre si. (...)*

Como acentua Moreira Alves, o possuidor indireto em grau mais elevado tem posição peculiar em relação aos demais, porque não reconhece existência de posse superior à sua. Isso lhe confere o animus domini necessário ao usu-

Acesso ao Sumário

capião, requisito que falta aos demais integrantes da cadeia, em grau inferior, ou ao possuidor direto, que reconhecem a supremacia de direito de terceiro quanto à coisa". (*Código Civil Comentado - Coordenador Ministro Cezar Peluso - 13ª Edição - Manole Jurídico - 13ª Edição - 2019*).

É exatamente o que ocorre no caso.

E assim sendo e a meu sentir, merece o édito singular ser mantido tal qual lançado, uma vez que da reanálise do caso, a interpretação é a mesma da sentença, cujos fundamentos transcrevo, porque os estou adotando, a teor do art. 252 do Regimento desta Corte:

"*A requerida é legítima possuidora e proprietária do imóvel descrito na matrícula 7632 do CRI de Itapevi (fls. 25).*

É possível dizer que a PAMAER é legítima possuidora, pois embora não tenha a posse de fato do imóvel, vem arcando com o imposto e com outras medidas necessárias para a regularização do local.

Ressalva-se que a autora passou sequer consta no cadastro do IPTU (fls. 26).

O loteamento foi devidamente regularizado pela requerida, tanto que o imóvel que a autora pretende usucapir tem matrícula individualizada (fls. 25). Toda a infraestrutura necessária para o loteamento também foi regularizada perante a Prefeitura (fls. 129/130).

Contudo, a requerida adquiriu o imóvel da antiga proprietária (fls. 99 e seguintes), e passou a regularizar toda a área.

A PAMAER sempre figurou como proprietária do imóvel nos carnês de IPTU e é inevitável concluir que a requerente tinha ciência de quem era a efetiva proprietária do bem, enquanto a ré apresenta contratos de compromisso de compra e venda formulados com pessoas que não figuram como proprietária do imóvel.

A requerida PAMAER tinha incontestável posse indireta sobre o bem, eis que se comportava como proprietária. A posse direta exercida pela autora, não anula a indireta exercida pela ré, nos termos do artigo 1197 do Código Civil.

A autora informa que os compromissários anteriores pagaram apenas 16 parcelas e deixaram de pagar as parcelas do imóvel. Ora, sabidamente que os possuidores do terreno estavam inadimplentes, não há como reconhecer-lhe posse justa, eis que ao adquirirem não procuraram a ré para saldar a dívida.

Embora a autora alegue que sua posse é justa e apta a conferir proteção legal, há que se considerar que a requerida, proprietária do bem, não a reconhece.

Neste ponto, Vale destacar que a expressão 'injustamente' a possua, para efeito reivindicatório, tem sentido mais abranger do que para simples efeito possessório. Nos termos do art. 1.200 do CC, anteriormente comentado, posse injusta, para efeito possessório, é a marcada pelos

Acesso ao Sumário

vícios de origem da violência, clandestinidade e precariedade. Já para efeitos reivindicatório, posse injusta é aquela sem causa jurídica a justificá-la, sem um título, uma razão que permita ao possuidor manter consigo a posse de coisa alheia. Em outras palavras, pode a posse não padecer dos vícios da violência, clandestinidade e precariedade e, ainda assim, ser injusta para efeito reivindicatório. Basta que o possuidor não tenha um título para sua posse. É por isso que não cabe a ação reivindicatória, entre outros, contra o locatário, o comodatário, o credor pignoratício, o devedor-fiduciante, o usufrutuário, pois na vigência dos aludidos negócios ou direito reais as posses diretas têm causas jurídicas que as justificam, ou seja, não são injustas nem para efeito possessório, nem para efeito petitório (FRANCISCO LOUREIRO 'in' Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/coordenador Cezar Peluso. 7. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2013 pag. 1.191).

Por outro lado, não se pode dizer que as parcelas do preço da compra e venda prescreveram, consagrando-se a inércia da requerida.

A PAMAER INTERMEDIAÇÃO E EMPREENDIMENTOS LTDA comprou o imóvel da proprietária anterior, J ALVES IMÓVEIS E CONSTRUÇÕES LTDA EM 1999, através de escritura de compra e venda. Contudo, a área adquirida foi a área total, correspondente a Matrícula 467 do Cartório de Registro de Imóveis. A requerida, ciente de que os lotes foram vendidos pela J ALVES sem regularização do loteamento, passou a regulariza-lo.

Não seria lícito impor a PAMAER a formalização dos instrumentos de compra e venda previamente ajustados com a J.ALVES e passar a cobrar o preço, visto que a Lei 6766/76 veda a compra e venda de lotes sem prévia regularização do loteamento: Art. 37. É vedado vender ou prometer vender parcela de loteamento ou desmembramento não registrado.

Em que pese a demora para regularização dos lotes (o processo demorou 15 anos, iniciando-se em setembro de 2000 (fls. 237), e concluindo-se em 2015 (fls. 117), a proprietária agiu de acordo com o ordenamento jurídico, e regularizou o local antes de cobrar as parcelas do preço dos adquirentes.

A autora, por sua vez, se fez inadimplente em relação às parcelas do contrato.

Reconhecer-lhe o direito ao usucapião é praticamente premiar a sua inadimplência.

Por fim, há que se ressalvar, novamente, que a ré também exerce posse sobre o imóvel, pois se comporta como proprietária, ainda que não tenha posse direta. E a posse indireta não anula a direta, pois ambas são reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico.Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida,

Acesso ao Sumário

podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.".

Longe de ser comodismo a adoção/ratificação dos fundamentos da sentença em Segundo Grau. Bem ao contrário, aliás. O artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal, mantido após atualização desta norma à luz do Código de Processo Civil de 2015, permite a simples prática, aceita, inclusive, pelos Tribunais Superiores.

Eu costumo reproduzir os fundamentos que estou adotando para reforçar minha compreensão e explicitá-la, ainda que ela seja marcada pela ratificação.

Referido dispositivo tem larga e irrestrita adoção por este Egrégio Tribunal de Justiça, em observância ao postulado constitucional da razoável duração dos processos, evitando repetições inúteis e procrastinatórias.

A medida possui aceitação pacífica pelo Superior Tribunal de Justiça, que assenta a "*viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*[1]".

Por derradeiro, a justiça gratuita à recorrida deve ser mantida, pois ela é ré em inúmeras execuções fiscais referentes ao loteamento, muitos adquirentes deixaram de pagar as prestações do imóvel e ingressaram com ações de usucapião (fls. 187 e seguintes).

A concessão da recuperação judicial à empresa não é pressuposto para o deferimento do favor legal.

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 pelos coautores em 12% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, observada a justiça gratuita concedida aos coapelantes.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1100973-10.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LENIR ALVES DOS SANTOS, é apelada SOFIA MARIA MELLO MATHIAS DE TARSO.

1 REsp n.º 662.272/RS, 2ª T., Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 04.09.2007; REsp n.º 491.963/ES, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 21.11.2005, entre vários outros.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31575)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente sem voto), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e RUY COPPOLA.

São Paulo, 4 de maio de 2021.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - AÇÃO DE DESPEJO - DENÚNCIA VAZIA - ARTIGOS 56 E 57 DA LEI Nº 8.245/91 - CONTRATO PRORROGADO POR PRAZO INDETERMINADO - LEGITIMIDADE ATIVA - Autora que figura como proprietária do imóvel em razão de transmissão hereditária, sendo detentora dos direitos sobre o imóvel e sucedendo a locadora originária, nos termos do art. 10 da Lei nº 8.245/91 - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **LENIR ALVES DOS SANTOS** contra respeitável sentença de fls. 214/216 que, nos autos da ação de despejo por denúncia vazia que lhe move **SOFIA MARIA MELLO MATHIAS DE TARSO**, julgou procedente o pedido.

Irresignada, **apela a parte ré** (fls. 222/228), sustentando, em síntese, que, ainda que seja reconhecida a revelia, seus efeitos não se operam quando não houver prova do direito. No caso, a autora sequer prova sua condição de locadora do imóvel, pois no contrato acostado aos autos figura terceira pessoa e não foram juntados documentos que comprovam que a autora teria assumido os direitos sobre o bem locado, sendo parte ilegítima para figurar no polo ativo da demanda.

Recurso processado, com contrarrazões (fls. 233/238).

É o relatório, passo ao voto.

Cinge-se o objeto recursal à legitimidade ativa da autora para ajuizar a presente demanda, ausente impugnação quanto ao mérito da pretensão, que tem por objeto a rescisão da locação, prorrogada por prazo indeterminado e precedi-

Acesso ao Sumário

da por notificação extrajudicial concedendo prazo para desocupação voluntária do imóvel, fundada nos artigos 56 e 57 da lei e locações.

Não procede a alegação da ré, de que a autora não teria demonstrado sua condição de sucessora da locadora no contrato de locação e detentora de direitos sobre o imóvel sub judice. No entanto, a autora acostou aos autos decisão proferida nos autos da ação de reintegração de posse anteriormente ajuizada (Autos nº 0036461-40.2015.8.26.0100), na qual se reconhece sua condição de herdeira e coproprietária do imóvel, limitando-se a ré a silenciar a respeito da prova coligida, sem impugnar os fatos afirmados naquela decisão, *verbis*:

> "***Trata-se de ação possessória movida pela condômina de imóvel descrito na matrícula 69.775 do 7º Serviço de Registro de Imóveis da Capital consistente em prédio na R. da Mooca esquina da R. Barão de Jaguara.***
>
> ***Juntada a certidão da matrícula figurando a autora como proprietária, na qualidade de herdeira filha, desde o ano de 1995 (fls.23), em conjunto com inúmeros outros herdeiros por conta dos sucessivos falecimentos, constando inclusive herdeiros netos (fls.15/25)***".

Com a morte da locadora, a locação se transmite aos herdeiros, nos termos do art. 10 da Lei nº 8.245/91.

Conforme anota **Gildo dos Santos**, locador é quem dá o bem em locação, "*quem tem a livre disposição do uso e gozo de uma coisa*"[1], sendo esta a situação jurídica assumida pela autora em razão da transmissão hereditária dos direitos sobre os imóveis, suficientemente demonstrada pela decisão proferida nos autos da reintegração de posse, que faz referência à condição de proprietária da autora inclusive na matrícula do imóvel.

Assim, de rigor a manutenção da sentença.

Ante o não provimento do recurso da ré, majoro os honorários advocatícios do patrono da parte adversa para R$1.500,00, em consideração ao trabalho adicional desenvolvido pelo referido patrono em sede recursal.

Ressalvado, por oportuno, que a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 1.026, §2º, do CPC/2015, porquanto deve a insurgência se realizar pelo meio recursal adequado.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1060806-

1 "*Locação e Despejo*", Ed. RT, 5ª ed., p. 58.

77.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL, é apelada/apelante LUCIANA ABRANTES FARIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento ao apelo adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49139)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente), MORAIS PUCCI e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 6 de maio de 2021.

MELO BUENO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Relação jurídica - Comprovação - Inexistência - Inscrição indevida do nome do consumidor em órgãos restritivos de crédito - Danos morais caracterizados - Proporcionalidade e razoabilidade - Observância - Majoração - Necessidade - Ação parcialmente procedente - Recurso da ré desprovido e provido o apelo adesivo.

VOTO

Recursos interpostos contra a r. sentença de fls. 82/86, que julgou parcialmente procedente ação de inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais, fundada em prestação de serviços educacionais. A ré assevera, em suma, ausência de cancelamento do curso; legitimidade da cobrança; inexistência de danos morais; exercício regular de direito; subsidiariamente, requer a redução da indenização (fls. 91/107). A autora, por sua vez, sustenta que o montante arbitrado a título de danos morais não é suficiente para reparar todo o sofrimento e descaso vivenciados, não surtindo efeito inibitório, devendo ser majorado para R$8.990,00 (fls. 140/155).

Os recursos foram processados, com resposta a fls. 164/175.

É o relatório.

Relata a autora que, em novembro/2016, acessou o site oficial da ré e fez uma inscrição preliminar para o curso de Pós-graduação de 'Ética Corporativa

Acesso ao Sumário

e Compliance', que pretendia cursar no início do ano letivo de 2017. Afirma que pouco tempo depois recebeu ligação da ré comunicando o cancelamento do curso, vez que não houve inscrição de quantidade mínima de alunos.

Ocorre que, a ré passou a efetuar cobranças inoportunas, lhe exigindo que comparecesse a instituição de ensino para cancelar a inscrição do curso que ela havia indisponibilizado por ausência de adesão mínima de alunos. E, não logrando êxito na solução do problema, cujo seu nome foi negativado junto aos órgãos de proteção ao crédito, interpôs a presente ação visando à declaração de inexigibilidade de débito e indenização por danos morais, estimada em R$8.990,00.

Em sua defesa, a apelada argumentou que foi realizada matrícula pela apelante, por meio de 'aceite' em seu site, com o fornecimento de seus dados pessoais, constituindo a relação negocial, sendo legítimo o apontamento lançado em seu nome, ante o inadimplemento.

E, nos termos da r. sentença, a presente ação foi julgada parcialmente procedente, respondendo a ré pelas custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$1.500,00.

Ocorre que, a contratação dos serviços pela autora constitui fato alegado pela ré, de modo que lhe competia produzir prova de sua alegação (CPC, art. 373, II), ônus do qual não se desincumbiu. Isso porque, conforme se depreende do documento de fls. 18, dentre os requisitos exigidos para a concretização da matrícula estavam a entrega de cópia da documentação nele indicada e do contrato assinado, além do pagamento do valor da matrícula, não sendo crível a arguição de que a contratação estaria concretizada mediante mero aceite '*online*'.

A propósito, como bem salientado pelo d. magistrado "**não cumpridas por inteiro as formalidades exigidas pela ré, tem-se que a relação jurídica não foi por ela validada, não se aperfeiçoando, razão pela qual o débito exigido é indevido. Anote-se, por oportuno, o print de fls.39 refere-se a curso diverso do discutido nos autos (Direito) e os contratos de fls.47/49 igualmente são relativos à período diverso (2010/2011)**".

Assim, não sendo possível reconhecer a existência de relação jurídica entre as partes, ante a incontestável ausência de formalização da matrícula, a declaração de inexigibilidade do débito apontado era mesmo medida de rigor.

Os prejuízos morais são manifestos vez que o nome da autora foi indevidamente negativado, circunstância que, por si só, configura dano moral passível de reparação. E, diante da natureza subjetiva, os prejuízos morais devem ser estimados levando-se em consideração a proporcionalidade e razoabilidade, a sua extensão, o caráter preventivo, além das condições financeiras das partes (ofensor e do ofendido). Destarte, a quantia fixada na r. sentença recorrida (R$5.000,00) comporta majoração para R$8.990,00, corrigidos deste a data da

Acesso ao Sumário

r. sentença e acrescidos de juros de mora desde o evento danoso, conforme a Súmula 54, da c. Corte Superior, por se tratar de responsabilidade civil extracontratual.

Deste modo, a r. sentença recorrida comporta parcial modificação, somente para majorar a indenização por danos morais, como acima consignado, cuja manutenção, no mais, pelos seus próprios fundamentos é medida que se impõe. E, por força do art. 85, §11, do CPC, os honorários advocatícios devidos ao(s) advogado(s) da autora são majorados a R$2.000,00 (dois mil reais).

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso da ré e dou provimento ao apelo adesivo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002714-02.2016.8.26.0180, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, em que são apelantes LUCAS FRANCISCO DA SILVA TURATTI, DENIS CESAR OSORIO, ALESSANDRA PEREIRA JANUÁRIO e LUIZ HENRIQUE FERREIRA LONGO, são apelados GUILHERME CERASO NETO e RAPHAEL SIGOLO JUNIOR (REVEL).

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.639)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente sem voto), FORTES BARBOSA e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 28 de abril de 2021.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. SOCIETÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. Cessão de quotas. Vício de consentimento. Dolo no negócio jurídico. Ocorrência. Omissão dolosa de informação relevante. Ocultação de passivo fiscal oriundo do descumprimento de obrigações tributárias. Dissimulação das finanças da empresa mediante sistema contábil paralelo (caixa 2). Identificação das irregularidades em fiscalização fazendária ocorrida após a cessão das quotas. Fatos geradores do

Acesso ao Sumário

passivo ocorridos previamente ao negócio jurídico. Impossibilidade de identificação das condições financeiras da empresa pelos adquirentes. Vício na declaração de vontade. Anulação do negócio jurídico nos termos do art. 145/CC. Restituição do statu quo ante. Invalidação das alterações contratuais efetuadas após a cessão. Restituição do montante desembolsado devidamente atualizado. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 248/252, aclarada às fls. 256/257 que, nos autos da AÇÃO ANULATÓRIA ajuizada por LUIZ HENRIQUE FERREIRA LONGO, LUCAS FRANCISCO DA SILVA TURATTI, ALESSANDRA PEREIRA JANUÁRIO E DENIS CÉSAR OSÓRIO em face RAPHAEL SIGOLO JÚNIOR E GUILHERME CERASO NETO, rejeitou as pretensões autorais.

A r. sentença consignou que não houve vício de consentimento na cessão de quotas firmada pelas partes; no mais, que a ausência de diligência dos compradores não constitui justa causa para invalidação do negócio jurídico.

Em razão da sucumbência, os autores foram condenados, solidariamente, ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários sucumbenciais, arbitrados em 15% do valor atualizado da causa.

2. Irresignados com a r. sentença, os autores recorrem pleiteando a sua reforma.

Em síntese, alegam que a cessão de quotas da empresa Mogiana Armazéns Ltda. deve ser anulada, pois foi celebrada sob dolo.

Narram que os vendedores omitiram milionário passivo fiscal da empresa durante as negociações. Explicam que os fatos geradores das obrigações tributárias inadimplidas ocorreram nos anos de 2012 e 2013; contudo, o débito só foi constituído durante fiscalização no estabelecimento ocorrida em 2016, ocasião em que as quotas já haviam sido adquiridas.

Relatam que durante a fiscalização foi constatado que a empresa possuía dois sistemas de registros contábeis, um oficial e o outro paralelo (caixa dois), sendo este utilizado para fraudar diversas operações financeiras (fl. 72). Ademais, que os antigos sócios da firma emitiam notas fiscais frias, forjando a comercialização de mercadorias. Esclarecem que por meio desses subterfúgios as dívidas fiscais da empresa foram ocultadas dolosamente.

Afirmam não ser justo imputar-lhes a responsabilidade por débitos que

Acesso ao Sumário

não deram causa. Reputam que o negócio jurídico deve ser anulado, devendo ser restituído o *statu quo ante*.

Por essas e pelas demais razões, pugnam pelo provimento do recurso e reforma da decisão, a fim de que seja anulado o negócio jurídico firmado pelas partes, bem como todas as alterações contratuais decorrentes. No mais, que seja determinada a restituição dos valores pagos pelas quotas, com juros e correção monetária.

3. O recurso é tempestivo e o preparo recursal foi recolhido (fl. 279/280 e 308/309).

4. Contrarrazões recursais apresentadas às fls. 282/283.

5. Houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução n.º 772/2017 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça (fl. 303).

É o relatório do necessário.

6. Narra a inicial que, em 14/04/2014 os autores adquiriram dos requeridos as quotas sociais da empresa Mogiana Armazéns Ltda., pelo importe de R$ 10.000,00. No mais, que durante a negociação os alienantes, dolosamente, deixaram de informar que o estabelecimento possuía passivo fiscal da ordem de R$ 10.000.000,00. Por essas razões, requereram a anulação do negócio jurídico, assim como das alterações contratuais decorrentes, cumulada com a restituição dos valores pagos pelas quotas.

A parte contrária, representada por curador especial, ofereceu contestação por negativa geral.

O magistrado sentenciou o feito nos termos já relatados.

7. O cerne da lide consiste na análise da ocorrência de dolo no negócio jurídico celebrado.

No escólio de NESTOR DUARTE:

> "*dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. Consiste em sugestões ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro. O dolo difere do erro porque este é espontâneo, no sentido de que a vítima se engana sozinha, enquanto o dolo é provocado intencionalmente pela outra parte ou por terceiro, fazendo com que aquela também se equivoque. O dolo pode caracterizar-se tanto por comportamento comissivo como omissivo. Nesse caso, em geral, a conduta dolosa se dá por reticência, mas tal só apresenta relevância quando existir o dever de informar; esse comportamento é o esperado e, por isso, segundo Manuel A. Domingues de Andrade, 'o que decide neste capítulo são os ditames da boa-fé na contratação (...)'*."

Acesso ao Sumário

No que diz respeito ao comportamento omissivo nas relações empresariais, destaca PAULA A. FORGIONI:

> "*a prestação de informações à outra parte segue a mesma lógica: dentro dos padrões da boa-fé objetiva (i.e., considerando a legítima expectativa criada pela prática de mercado) deve-se tomar a quantidade e a qualidade de dado normalmente oferecidos em negociações semelhantes. Espera-se que sejam reveladas informações importantes para a contratação, i.e., que podem influenciar a decisão de contratar ou de não contratar, bem assim impactar sua formatação básica, desde que a prestação dessas informações não implique irrazoáveis para a parte. A omissão, por uma empresa, de dado relevante para o negócio do qual tem ciência costuma ser entendida como contrária ao padrão de comportamento esperado do agente econômico.*"

8. Partindo dessas premissas, é evidente que as informações sobre a situação financeira do estabelecimento são de suma importância para o tipo de negócio jurídico celebrado pelas partes. Nesse sentido, os dados contábeis referentes aos ativos e passivos da empresa servem de indicadores do desempenho e da viabilidade do negócio.

A propósito, vale presumir que o motivo determinante de aquisição de participação social é a possibilidade do retorno do investimento. Para tanto, é fundamental conhecer a verdadeira situação econômica do empreendimento.

9. Pois bem. Analisando os autos é possível verificar que os cedentes omitiram informações essenciais sobre as condições e operações da empresa.

A sociedade já possuía, à época da negociação das quotas, diversas obrigações tributárias pendentes, decorrentes de inadimplemento de impostos referentes ao ano de 2012 e 2013 e de sanções por infrações relativas à irregularidade de documentação fiscal (fls. 68/69).

Tal passivo não estava regularmente escriturado nos livros contábeis, sendo constatado durante fiscalização por órgão estadual em 2016 (fls. 70/71), ou seja, dois anos após a venda das quotas, ocorrida em 2014 (fls. 50/57). Vale dizer que o débito tributário referente às obrigações aludidas somente foi constituído, em definitivo, durante esta autuação da empresa pela Fazenda Estadual. Por essa razão, os adquirentes não tinham como ter conhecimento da dívida durante a negociação com os requeridos.

No mais, durante a inspeção, o fisco averiguou que a empresa utilizava sistema paralelo de escrituração (caixa 2), forjava notas fiscais referentes à compra de mercadorias, deixava de contabilizar operações de venda, dentre outras irregularidades que geravam inconsistências nos registros contábeis gerais da sociedade.

Confira-se trecho das declarações do fisco no relatório circunstanciado

Acesso ao Sumário

(fl. 70):

[...] verificamos que o contribuinte contabilizou empréstimos obtidos junto à empresa Becafeex Comércio e Exportação de Café, junto aos Bancos Santander, HSBC e Itaú, e junto aos sócios Guilherme Ceraso Neto e Raphael Sigolo Júnior. Estes lançamentos, por se tratar de empréstimos inexistentes, geraram passivos fictícios, nos termos do art. 509-A, inciso III do RICMS/00. Tais passivos visam suprir, de forma ficta, o Caixa da empresa, que em razão de vendas de mercadorias não acobertadas por documentação fiscal fica impedida de contabilizar as receitas destas operações, deixando a empresa sem recursos oficiais para honrar seus compromissos. Desta forma, a empresa paga suas dívidas com "Caixa 2" (caixa não oficial) e, como a contabilização deixará o Caixa Oficial descoberto (com saldo credor), são necessários lançamentos de recursos inexistentes para impedir que a irregularidade seja visualizada.

Do exposto, percebe-se a incompatibilidade entre a situação real e a situação aparente das finanças da empresa, oriunda dos ardis praticados na gestão anterior à cessão. Os alienantes, na qualidade de administradores da pessoa jurídica, tinham perfeito conhecimento das condições e operações da empresa, mas entenderam por bem omiti-las, impedindo sua descoberta pelos adquirentes mediante exame das escriturações formais.

Nesse contexto, ainda que os adquirentes empregassem toda a diligência esperada para esse tipo de contratação, não teriam condições de superar as inconsistências dos dados para ter ciência da verdadeira situação do negócio, em que pese o entendimento do juízo *a quo*.

10. Perante essas circunstâncias, forçoso reconhecer o vício de consentimento no negócio celebrado.

Reputo que os requerentes não adquiririam as quotas se tivessem ciência do vultoso passivo fiscal pendente, bem como das operações fraudulentas que vinham sendo praticadas pelos antigos sócios, cujos efeitos oneraram o caixa da empresa. Por certo, a atuação dolosa dos requeridos desvirtuou a declaração de livre vontade das partes, influenciando a essência do negócio jurídico.

Identificado o dolo essencial na conduta omissiva dos requeridos, alternativa não há afora a anulação da cessão das quotas, nos termos do art. 145 do Código Civil.

A propósito:

ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO - Dolo em compra e venda de estabelecimento comercial - Cessão de quotas sociais - Cláusula expressa no sentido da inexistência de passivos anteriores à alienação - Deficiente escrituração contábil, a impedir a exata situação da empresa - Posterior constatação da existência de passivos financeiros, a comprometer a expectativa de faturamento - Ação procedente em parte, para anular o

Acesso ao Sumário

negócio jurídico, com efeito ex nunc em relação a terceiros - Devolução da quantia paga devidamente atualizada - Outras perdas e danos não comprovadas - Sentença mantida - Recurso não provido.

11. A anulação do negócio jurídico possui efeitos *ex tunc* implicando a restituição do *statu quo ante*.

Devem, pois, ser invalidadas todas as alterações contratuais promovidas após a cessão de quotas firmada pelos litigantes, devendo a titularidade da empresa Mogiana Armazéns Ltda. – ora denominada Mogianna Comércio, Exportação De Café E Armazéns Gerais Ltda. - retornar aos requeridos. Com efeito, a estes recairá a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações tributárias.

Na mesma toada, os valores pagos a título de aquisição das quotas devem ser restituídos integralmente, com a incidência de juros de mora a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil, e correção monetária desde o desembolso, em conformidade com a Súmula 43 do C. Superior Tribunal de Justiça.

12. Feitas essas considerações, de rigor a reforma da sentença, para impor a anulação do negócio jurídico, bem como das alterações contratuais, e determinar o reembolso dos valores pagos pelas quotas, nos moldes articulados.

13. Em razão do desdobramento recursal, inverte-se o ônus de sucumbência, atribuindo aos réus o dever de arcar com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios da parte contrária, os quais arbitro em 15% do valor da condenação, já considerando a majoração prevista no art. 85, §11 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018356-89.2019.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA., são apelados VANESSA NETREBA FAUCON, JOÃO PEDRO SANTOS e WELLINGTON FERREIRA DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33839)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 3 de maio de 2021.
TASSO DUARTE DE MELO, Relator(a)

Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS. Cruzeiro marítimo. Bagagem dos autores não entregue na cabine, como contratado, obrigando-os a resgatá-la em outro andar do navio. Box do banheiro da cabine sem porta. Vaso sanitário entupido e provocando barulho alto e ininterrupto durante a madrugada. Falha na prestação dos serviços caracterizada. Dano material. Ocorrência. Vício de qualidade do serviço a justificar o abatimento proporcional do preço pago pelo cruzeiro. Art. 20, III, do CDC. Restituição de 30% do valor do contrato. Razoabilidade e proporcionalidade. Dano moral. Ocorrência. Afronta à dignidade e à paz de espírito dos autores, frustrados em sua legítima expectativa de usufruir de uma viagem de lazer, conforto e sossego. Reparação fixada em R$ 10.000,00. Razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por MSC Cruzeiros do Brasil Ltda. (fls. 209/226) contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Praia Grande, Dr. Vítor Gambassi Pereira (fls. 201/206), que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória ajuizada por Vanessa Netreba Faucon e Outros em face da Apelante para condená-la ao ressarcimento de 30% do valor pago pelo cruzeiro marítimo em discussão, correspondente a R$ 1.864,35 (mil oitocentos e sessenta e quatro reais e trinta e cinco centavos), bem como à reparação dos danos morais suportados pelos Apelados, arbitrados em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sustenta a Apelante não ser obrigação contratual a disponibilização de porta no *box* do banheiro da cabine, tratando-se de mera comodidade adicional, "que em nada interfere na experiência de realizar uma viagem a bordo de um navio, sendo que em nenhum meio a MSC informa que todas as cabines contam com esta ferramenta". Alega que, inobstante, teria disponibilizado na conta dos Apelados a quantia de US$ 100,00 (cem dólares americanos) como forma de compensação pela falta de porta no *box*, circunstância que, de todo modo, "não é suficiente para causar qualquer dor ou sofrimento que abale uma viagem a bordo de um navio". Afirma inexistir prova dos alegados problemas

Acesso ao Sumário

enfrentados pelos Apelados com o vaso sanitário. Discorre sobre a excelência das cabines dos seus navios, não havendo que se falar em falha na prestação do serviço, até porque os Apelados teriam usufruído "de todas as atrações, benefícios e luxuosidades do navio". Pugna, subsidiariamente, pela redução do valor da reparação moral fixado em primeiro grau para patamar razoável e proporcional, a fim de evitar o enriquecimento sem causa dos Apelados. Pretende a reforma da r. sentença.

O recurso é tempestivo.

Contrarrazões às fls. 231/241.

Parecer da Doutra Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 251/254).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de reparação de danos decorrentes de falha na prestação dos serviços da ré, ora Apelante, em cruzeiro marítimo contratado pelos Apelados.

Conforme relatado pela r. sentença:

> "Narrou a parte autora, em síntese, que adquiriu junto à Ré um pacote turístico para realizar um cruzeiro em família no valor de R$ 6.214,50. Afirmou que o serviço não foi realizado a contento, passando por dias de stress e aborrecimentos em decorrência dos acontecimentos experimentados a bordo. Entre eles: ausência de porta no box do banheiro, demora de atendimento, atraso na entrega das malas e problemas com o vaso sanitário. Requereu, por isso a condenação da Ré em indenização por danos morais, bem como na restituição do valor pago em R$ 6.214,50 (seis mil, duzentos e quatorze reais e cinquenta centavos)." (fls. 201)

Por se tratar de relação de consumo, a responsabilidade civil da Apelante pelos prejuízos decorrentes de falha na prestação do serviço é objetiva, nos termos do art. 20 do CDC, como bem decidiu a r. sentença, bastando, portanto, para a sua caracterização, a presença de vício no serviço prestado, do dano sofrido pelo consumidor e do nexo de causalidade, independentemente da caracterização de eventual culpa do agente.

Na espécie, respeitadas as razões de defesa, devolvidas em apelo, os vícios na prestação do serviço narrados na petição inicial restaram provados nos autos.

Com efeito, a Apelante não nega que descumpriu a promessa de entregar a bagagem dos Apelados em sua cabine, obrigando-os a buscá-la por conta própria no sexto andar da embarcação, conforme relatado na peça de ingresso, tornando tal fato incontroverso.

Acesso ao Sumário

Sobre a ausência de porta no *box* do banheiro, a Apelante afirma, de forma absolutamente descarada, que "se trata de uma comodidade a mais", a qual não estava obrigada contratualmente a disponibilizar aos Apelados (fls. 215).

Ora, se a Apelante vende a imagem de "excelência" de suas cabines, como exposto em recurso (fls. 219), que dedica ainda um capítulo a relatar os seus prêmios e certificações em razão do "seu alto nível de gerenciamento de qualidade e proteção ambiental" (fls. 214), era de se aguardar, como condição mínima de conforto que se espera de tal imagem publicitária, que os banheiros de suas cabines contassem com tal comodidade básica, caracterizando-se a ausência de porta no *box* do banheiro como inequívoco vício da qualidade do serviço oferecido.

Assim decidiu a r. sentença:

> "Por fim, a despeito das alegações da ré, a porta do box do banheiro não pode ser considerada comodidade extra, até pelo diminuto tamanho do próprio box; é nítido que o acionamento do chuveiro, em um box pequeno e sem porta, faria com que a água tomasse conta do banheiro como um todo, tornando-o não só sujo como perigoso, haja vista a real possibilidade de acidente em piso molhado.
>
> Além disso, é nítido que a furação na parede do box indica que havia, ali, uma porta, que foi retirada sem motivação indicada pela ré. Ora, se a ré alega que a porta é uma comodidade extraordinária, não faz qualquer sentido a existência de furação na parede. É quase irracional pretender que, a cada troca de hóspedes, a gerência do navio decida pela instalação, ou não, das portas a depender dos serviços pagos e disponibilizados.
>
> Claramente a ré tenta livrar-se da responsabilidade pela má prestação dos serviços com alegações laterais que pouco dizem respeito ao mérito da causa." (fls. 203)

Vale também citar as razões do parecer do I. Membro do Ministério Público de primeiro grau:

> "Inicialmente, quanto à ausência de porta no box do banheiro, a ausência de publicidade expressa sobre a sua existência não afasta a necessidade de disponibilização do item (básico) por completo, ao passo que havia o restante do box no banheiro, como se nota pelos vídeos juntados pelos autores." (fls. 195)

No tocante aos problemas enfrentados com o vaso sanitário da cabine, a Apelante simplesmente alega ausência de prova, ignorando os vídeos exibidos pelos Apelados às fls. 188, pelos quais é possível notar que, além de inoperante a descarga, a sua válvula provocou um barulho contínuo e ensurdecedor, que, segundo narrado na petição inicial e não impugnado em defesa, perdurou durante toda a madrugada, acabando com o sono e o sossego esperados de uma viagem

Acesso ao Sumário

de lazer a bordo de um navio transatlântico de cruzeiro.

Conforme bem decidiu a r. sentença:

> "A parte autora, aliás, bem comprovou com as filmagens, cujos links foram disponibilizados a fls. 188/189, que a acomodação na cabine, notadamente o banheiro, não atendia às expectativas mais baixas de um serviço de turismo bem prestado.
>
> Nota-se claramente que não só o vaso sanitário se encontrava entupido, como a descarga não funcionava, situação não só desgastante, mas pouco higiênica. Não bastasse, é possível ouvir o barulho excessivo do vaso sanitário, provavelmente causado pelo enchimento do reservatório de água, situação claramente inaceitável e não condizente com os serviços prestados." (fls. 202)

Tais circunstâncias demonstram de forma indubitável os vícios de qualidade no serviço prestado pela Apelada a autorizar o abatimento proporcional do preço pago pelos Apelados, nos termos do art. 20, III, do CDC, na fração de 30% fixada pela r. sentença, que se afigura razoável, como bem resumiu a D. Procuradoria Geral de Justiça:

> "Os Apelados contrataram os serviços da empresa apelante com o intuito de gozarem de agradável viagem em família pelo litoral do sudeste. Contudo, a falha dos serviços prestados provocou dissabor e deve ser indenizada.
>
> Não se forneceu a estrutura física de acomodação que se espera de viagem marítima a bordo de transatlântico e promovida por prestigiada empresa de viagens.
>
> A inadequação do box do banheiro e inoperância do vaso sanitários são incompatíveis com a qualidade e o mínimo de conforto que se espera de uma viagem de férias com a contratação de empresa renomada. Nesse sentido, o fato da empresa apelante possuir credibilidade do mercado certamente influencia não somente no preço contratado como também cria justa expectativa do fornecimento de serviço adequado.
>
> Além do atraso da disponibilização das malas, os Apelados demonstraram que a estrutura física disponibilizada pela empresa apelante era incompatível com a qualidade que se espera de viagem de cruzeiro marítimo.
>
> O box do banheiro, ao contrário do alegado pela apelante, não é mera comodidade sujeito a sua liberalidade. Depreende-se dos vídeos colacionados pelos apelados, fls. 188/189, que o box estava danificado, demonstrando a falta de manutenção da empresa nas cabines comercializadas.
>
> Em situação semelhante também se encontrava o vaso sanitário, cujos problemas certamente causaram transtornos aos apelados.
>
> Com efeito, comprovada a falha na prestação dos serviços, os da-

Acesso ao Sumário

nos suportados e o nexo de causalidade, resta obrigação de reparar.

De fato, embora os apelados tenham gozado da estadia no navio em que pese os problemas nas acomodações, não se pode ignorar que a experiência da viagem em família restou, mesmo que parcialmente, frustrada, em razão da prestação de serviço deficiente, sem a qualidade e expectativas criadas, sendo de rigor a manutenção dos danos materiais.

Assim, a devolução de 30% do valor pago pelo pacote contratado, como determinada pela r. sentença apelada, é medida que se impõe e está pautada nos critérios de razoabilidade, levando- se em conta o vício na prestação do serviço." (fls. 252/253)

Os danos morais, por sua vez, são evidentes, vez que os Apelados sofreram intenso desgaste emocional e desconforto físico decorrentes dos vícios na prestação do serviço, que frustraram as suas legítimas expectativas - prometidas pela Apelante em seus anúncios publicitários - de usufruir de uma viagem de lazer e sossego, sem preocupações.

Nesse sentido, recorre-se mais uma vez aos fundamentos da bem lançada sentença.

"Não se pode olvidar que os eventos narrados causaram frustração exacerbada e ofenderam direitos da personalidade dos autores, notadamente a honra, a intimidade e a integridade física. Não bastasse, os fatos ultrapassaram em muito os meros dissabores cotidianos, especialmente porque ocorreram durante período de lazer e com serviço voltado, exclusivamente, ao entretenimento em período de folga, o que potencializa as vicissitudes causadas pela má prestação desse serviço." (fls. 205)

Da mesma forma opinou a D. Procuradoria Geral de Justiça:

"Os apelados tiveram frustradas suas justas expectativas de gozar de tranquila viagem em família, com desfrute de todas atividades de lazer sem qualquer incômodo ou contra tempo, sobretudo porque a viagem em cruzeiro não se revela evento comum e rotineiro, dado seu elevado custo." (fls. 254)

Por fim, quanto ao valor da reparação moral, embora a lei não estabeleça parâmetros para a sua fixação, impõe-se ao magistrado observar os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a arbitrar o *quantum* de forma moderada, que não seja irrisório a ponto de não desestimular o ofensor nem excessivo a ponto de configurar instrumento de enriquecimento sem causa.

Na espécie, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, o poder econômico das partes e os transtornos decorrentes da falha dos serviços, o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) arbitrado pela r. sentença revela-se razoável e suficiente para reparar os danos morais sofridos pelos Apelados e inibir a Apelante da prática futura de condutas análogas.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso e, nos termos do

Acesso ao Sumário

art. 85, § 11, do NCPC, majora-se a verba honorária de sucumbência fixada pela r. sentença para 15% do valor atualizado da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020792-77.2018.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante GMR OSASCO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são apelados FELIPE ROGERS GIMENES e MAYARA MARQUES LIMA.

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 22.607)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente) e MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO.

São Paulo, 4 de maio de 2021.

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Empreendimento Imobiliário - Descumprimento da oferta através de material publicitário - Divulgação de vagas de garagem livres, sem qualquer ressalva, e entrega de apenas algumas delas livres e outras presas em sistema de rodízio - Inobservância do dever de informação - Inadimplemento contratual, diante do caráter vinculativo do material publicitário divulgado, e publicidade enganosa passível de indenização - Depreciação do imóvel - Quantum a ser apurado em liquidação de sentença - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos materiais, alegando os autores que firmam Instrumento Particular de Promessa de Venda e Compra de Unidade Autônoma e Outras Avenças com a requerida, para aquisição de uma unidade autônoma do empreendimento Piscine Home Resort, ocorrendo que, após a entrega das chaves, verificaram que as vagas de garagem não são totalmente livres e, em razão da rotatividade do sorteio, em determinados períodos terão

que usufruir de vagas "presas", contrariando a divulgação publicitária, em que constava que as vagas seriam cobertas, demarcadas e livres, assim, requerem seja a requerida condenada ao pagamento de indenização por dano material em valor equivalente a 10% sobre o valor de mercado do imóvel.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação condenando a ré a indenizar aos autores o valor de diminuição de venda do apartamento, adquirido por eles, em razão da vaga de garagem não ser livre, a ser apurado em liquidação por arbitramento ou corresponder ao valor da vaga de garagem comercializada pela ré no empreendimento, arcando, ainda, com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação (fls. 1022/1023).

A requerida apelou sustentando que os autores não foram induzidos em erro na celebração do negócio, tampouco foram alvo de propaganda enganosa sobre as condições das vagas do empreendimento, haja vista que as duas propagandas juntadas aos autos, referentes às condições das vagas, datam de fevereiro de 2016, enquanto a aquisição do imóvel pelos autores se deu seis meses mais tarde, em 12/08/2016, quando as propagandas veiculadas não mencionavam as condições das vagas, não sendo verossímil a alegação de que as publicidades anteriores influenciaram o negócio, sustentado, ademais, que contrato de venda e compra e o memorial de incorporação confirmam a correção na oferta veiculada, mormente porque muitas vagas do empreendimento são, de fato, livres, e, por fim, argumenta que a condição da vaga não impacta de forma direta na precificação do imóvel, e, ainda que assim não fosse, não importaria na depreciação de 10% sobre o valor do bem, pleiteando a improcedência da ação, ou, subsidiariamente, seja minorado o quantum devido a título de indenização (fls. 1025/1042).

Foram apresentadas contrarrazões pugnando-se pela manutenção da sentença (fls. 1047/1056).

É o Relatório.

As partes firmaram Instrumento Particular de Promessa de Venda e Compra de Unidade Autônoma e Outras Avenças (fls. 09/43) referente ao imóvel descrito na inicial, todavia, segundo alegam, as publicidades mencionavam que os apartamentos teriam na garagem "as suas vagas cobertas, demarcadas e 'livres'", inclusive ressaltando "Fuja dos projetos com vagas descobertas e presas", ocorrendo que após a entrega das chaves, constataram que, mesmo que em forma rotativa, estariam sujeitos à vagas de garagem presas, na frente ou atrás de vagas destinadas à outros condôminos, dependendo da manobra de veículo de vizinho, e não livres.

Aplica-se à incorporação, construção e comercialização de unidades habitacionais o Código de Defesa do Consumidor, o qual é expresso no sentido de

Acesso ao Sumário

que a oferta e apresentação de serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, fazendo constar inclusive prazos de validade (art. 31, Lei n. 8.078/90), e toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (art. 30).

Este dispositivo consagra o Princípio da Vinculação. No dizer de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a regra do Código é "prometeu, cumpriu"[1].

O dever de informar, alerta Cláudia Lima Marques[2], representa no CDC, "um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor".

O dever de informação nas relações contratuais é indissociável dos deveres de boa-fé objetiva, cooperação e cuidado.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: "1. O direito à informação, no Código de Defesa do Consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual..." (REsp 1188442/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 05/02/2013).

No caso, do material publicitário apresentado pelos autores às fls. 87/89, consta que as vagas de garagens seriam "cobertas, demarcadas e livres" (fls.89), constando logo abaixo a seguinte frase: "*Fuja dos projetos com vagas descobertas e presas*", inexistindo, por óbvio, qualquer ressalva relacionada ao fato de que apenas parte das vagas o seriam, menos ainda quanto à necessidade de rotatividade entre estas e as vagas duplas.

Diferentemente do que alega a apelante o lapso temporal de seis meses entre a veiculação dos anúncios e a celebração da compra e venda, assim como a existência de outras publicidades nesse intervalo temporal, em que não constam referências às características da vaga, **não** afastam o caráter vinculante da publicidade em questão, que, como dito, obriga a vendedora e integra o contrato. Além disso, a existência de algumas vagas livres não é suficiente para dar

Acesso ao Sumário

1 BENJAMIN, Antônio Herman De Vasconcellos e (et al). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

2 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: RT. 2005, p.771-2.

cumprimento ao conteúdo da publicidade, mormente porque nesta não se fez qualquer ressalva nesse sentido, ao contrário, criticou-se os projetos com "vagas presas".

O fato de os autores serem Engenheiros, como apontado pela apelante, confirma que teve relevância na conclusão do negócio, a publicidade em questão, de seis meses antes, uma vez que tais profissionais normalmente não são consumidores impulsivos e costumam analisar meticulosamente qualquer negócio que realizam, sem pressa, além do mais, apresentaram o material publicitário, sendo irrelevante que outros não reproduziram a oferta, e igualmente, equivocado, não informaram acerca de existência de vagas presas.

O instrumento de compra e venda e o memorial de incorporação se limitam a afirmar a existência das vagas "indeterminadas" e "cobertas" (fls. 1.035), o que não é suficiente ao cumprimento do dever de informação previsto na lei consumerista (art. 6º, III, CDC).

Conforme constou do laudo pericial, o empreendimento é composto por três torres, 880 unidades residenciais, 10 unidades comerciais, 1.218 vagas, sendo 835 livres e 383 presas, 24 vagas para deficientes e 96 vagas destinadas à comercialização pela Incorporadora, esclarecendo que das 383 vagas presas, 261 são destinadas a apartamentos com mais de uma vaga, mas 122 são disponíveis a quem possui apenas uma vaga de estacionamento, sujeito ao sorteio periódico.

É de se considerar, portanto, que a requerida não observou as características que divulgou em suas publicidades acerca do empreendimento, as quais, indubitavelmente, motivaram a celebração do instrumento contratual pelos autores, sobretudo tendo em vista o teor incisivo e expressamente crítico da publicidade quando às "vagas presas", configurando-se o inadimplemento contratual e a hipótese de publicidade enganosa passível de indenização, tendo em vista a quebra da justa expetativa criada.

Por fim, a requerida se insurge contra o valor pleiteado pelos autores a título de indenização, contudo, a r. sentença foi expressa ao determinar que a fixação da quantia se dê por arbitramento, em fase de execução, ou, alternativamente, pelo valor unitário de comercialização das 96 vagas deixadas nestes termos no empreendimento, inexistindo interesse recursal neste aspecto, mas como não é intenção dos autores disporem da vaga, quando se poderia cogitar em adotar-se o valor de comercialização de uma vaga completa, prevalece a primeira hipótese de apuração do valor em liquidação de sentença.

Destarte, deve ser mantida a r. sentença por seus judiciosos fundamentos.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação, majorando-se em 5% os honorários advocatícios devidos pela requerida, consoante o art. 85, § 11, do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010494-74.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante WEDER FARIA, é apelada CYNTHIA RAMOS FRANCISCO (JUSTIÇA GRATUITA).

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 45477)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente), ERICKSON GAVAZZA MARQUES e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 10 de maio de 2021.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator(a)

Ementa: Usucapião Especial Urbana - Elementos que demonstram a *interversio possessionis* - Preenchimento dos requisitos para a usucapião - Precedentes desta E. Corte relativos ao mesmo empreendimento - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de apelação tirada contra a sentença de fls. 2219/2227, que julgou procedente o pedido, para declarar o domínio da autora sobre o imóvel descrito na inicial, impondo ao réu o pagamento das verbas sucumbenciais, fixada a honorária em R$ 10.000,00.

Pretende o requerido a reforma do *decisum* afirmando, em síntese, a ausência dos requisitos para a usucapião especial urbana, tendo em vista que a demandante era locatária, de forma que sua posse nunca foi exercida com ânimo de dono. Ressalta, ainda, não ter havido o abandono do imóvel (fls. 2230/2241).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 2252/2257).

Tempestivamente interposto e presentes os demais requisitos de admissibilidade, fica o apelo recebido em seus regulares efeitos.

É o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Antes de outras considerações, cumpre assinalar que a questão envolvendo o empreendimento no qual localizada a unidade habitada pela autora e por sua antecessora, desde 1997, não é desconhecida desta E. Corte.

Em 2010, foi proposta ação visando ao reconhecimento da usucapião coletiva, com fulcro no artigo 10 da Lei nº 10.257/2001, sobrevindo o desprovi-

Acesso ao Sumário

mento do apelo interposto pelos usucapientes, por maioria de votos, em 21 de junho de 2016 (Autos nº 0029210-16.2010.8.26.0562).

Na oportunidade, o i. Des. Francisco Loureiro, que inaugurou a divergência, expressamente aludiu à possibilidade de reconhecimento da usucapião, desde que comprovada a alteração da qualidade da posse dos demandantes, o que exigiria a anulação da sentença e a devida instrução do feito.

A propósito, cumpre trazer a lume excerto da declaração de voto divergente, a qual, inclusive, pode ser invocada como razão de decidir, neste caso:

> "*[...] A meu ver, o recurso comporta parcial provimento, para o fim de anular a sentença e determinar a realização de prova para aferir a qualidade ad usucapionem da posse.*
>
> *Entendeu a sentença que os autores não tem posse ad usucapionem porque foram locatários, de modo que nunca possuíram a coisa 'como sua' (com animus domini), requisito indispensável para qualquer modalidade de usucapião.*
>
> *Sucede que a longa inicial e as razões de recurso batem na tese de que realmente a posse dos autores teve origem em contratos de locação, que, no entanto, não mais persistem.*
>
> *Afirmam os autores que desde longa data não mais pagam alugueres ao locador, e que inverteram a qualidade da posse.*
>
> *Claro que em qualquer modalidade de usucapião, dois elementos estão sempre presentes: o tempo e a posse. Porém, não basta a posse normal (ad interdicta), exigindo-se posse ad usucapionem, na qual, além da visibilidade do domínio, deve ter o usucapiente uma posse com qualidades especiais, previstas no art. 1.238 do CC para o usucapião extraordinário (prazo de quinze anos, sem interrupção (posse contínua), nem oposição (posse pacífica) e ter como seu o imóvel (animus domini)). Especificamente em relação ao animus domini, controverte a doutrina acerca de seu exato sentido, se consistente na vontade de tornar-se dono, de ter a coisa como sua, de ter a coisa para si - animus rem sibi habendi. A par da divergência, predomina a corrente doutrinária que entende o animus estar essencialmente ligado à causa possessionis, à razão pela qual se possui, não constituindo elemento meramente subjetivo. Assim, possui a coisa como sua quem não reconhece a supremacia do direito de alheio. Ainda que saiba que a coisa pertence a terceiro, o usucapiente se arroga soberano e repele a concorrência ou superioridade do direito de outrem sobre a coisa.*
>
> Óbvio que enquanto foram locatários ou autores tiveram posse direta, mas não posse ad usucapionem, pois reconheciam a supremacia de direito alheio, tanto que pagavam alugueres.
>
> *Sucede que, ao contrário do que afirma a sentença, pode uma posse direta, ainda que precária, se converter em posse ad usucapionem.*
>
> *Para alteração da qualidade da posse, ou se altera a sua causa jurídica,*

Acesso ao Sumário

ou o comportamento objetivo do possuidor. No dizer de Nelson Roselvald, manifestação por 'atos exteriores e prolongados do possuidor da inequívoca disposição de privar o proprietário da coisa' (Direitos Reais, Teoria e Questões, 2ª. Edição Impetus, 2.003p. 246).

Confira-se, no mesmo sentido, o Enunciado 237 da III Jornada de Direito Civil 2004: 'Art. 1.203: É cabível a modificação do título da posse - interversio possessionis - na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do animus domini.'

Aliás, já julgou o Superior Tribunal de Justiça que 'segundo ensinamento de nossa melhor doutrina, nada impede que o caráter originário da posse se modifique, motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força ad usucapionem' (RSTJ 143/370, Rel. Min. Asfor Rocha).

Na lição de Lenine Nequete, há uma inversão da causa da posse, 'mas os fatos de oposição, por seu turno, devem ser tais que não deixem dúvida quanto à vontade do possuidor de transmudar a sua posse precária em posse a título de proprietário e quanto à ciência que dessa inversão tenha tido o proprietário: pois que a mera falta de pagamento de locativos, ou outras circunstâncias semelhantes das quais o proprietário não possa concluir claramente a intenção de se inverter o título, não constituem atos de contradição eficazes' (Da Prescrição Aquisitiva, Ajuris, 3ª Edição, p. 123).

É exatamente isso que devem provar os autores: que foram locatários, como *admitem na inicial, mas inverteram a qualidade da posse e em determinado momento passaram a ter supremacia sobre a coisa possuída.*"

Vale ressaltar que a jurisprudência admite a transformação do caráter originário da posse de não própria para própria (*v.g.* REsp 220.200, Rel. Min. Nancy Andrighi).

Aliás e como assinalado pela eminente Min. Nancy Andrighi, nos autos do recurso especial supra:

"*Todavia, ressalva-se a possibilidade de inicialmente existir a posse não própria, como a do locatário, do comodatário, do usufrutuário, etc, e, em ocasião posterior, modificar-se essa situação, passando a existir a posse com 'intenção de dono', pela chamada interversio possessionis.*

Para que isto se verifique, deve o possuidor praticar atos que demonstrem o querer agir na condição de proprietário, como a realização de benfeitorias, a interrupção no pagamento dos aluguéis, a desobediência às ordens do proprietário."

Acesso ao Sumário

No caso, os elementos coligidos, demonstram a inversão da posse tal qual afirmado pela autora e bem reconhecido pelo e. juízo.

Não há dúvida nenhuma de que a autora e sua antecessora ocupam o imóvel desde 1997 e, inicialmente, como locatárias.

Contudo, asseverou-se ter havido a modificação da qualidade da posse, pela falta de pagamento dos alugueres desde 1998, após encerrado o prazo do contrato de locação (01 ano) e pelo alegado abandono do imóvel pela antiga proprietária que não teria cumprido as determinações de regularização impostas pela Municipalidade, notadamente no tocante à segurança da edificação.

Inconteste, ainda, que a demandante está no imóvel há muitos anos sem sofrer nenhum tipo de oposição, agindo como se dona fosse, pagando as contas de consumo e outras despesas incidentes sobre o bem.

De se ver que o titular dominial, mesmo após a suspensão do pagamento dos locatícios, não tomou nenhuma medida para a retomada do imóvel.

Por outro lado e quando o requerido adquiriu o imóvel em 2016, já haviam sido preenchidos os requisitos para a usucapião especial (área inferior a 250m², posse ininterrupta por mais de 05 anos e ausência de comprovação de que a autora seja proprietária de outro imóvel urbano ou rural).

Nem mesmo a medida cautelar de interdição aforada pela Municipalidade de Santos pode ser considerada como oposição à posse da demandante, já que proposta antes da cessação dos pagamentos dos alugueres e em face da então proprietária registraria, e não contra a ora requerente.

Portanto e como bem pontuado pelo e. juízo, o pedido deve ser acolhido.

Nesse mesmo sentido e relativamente ao mesmo edifício:

Apelação Cível. Ação de usucapião constitucional urbana - Sentença de improcedência da ação em relação aos corréus Weder Faria, Lucineide Aparecida dos Santos e Teresinha Maria de Resende, únicos remanescentes - Recurso de apelação interposto pela autora - Requerente que iniciou a posse sobre o imóvel usucapiendo a partir de contrato de locação e suspendeu o pagamento dos aluguéis a partir de 1997, quando tomou ciência de que o locador não era titular do bem - Inversão do ânimo da posse reconhecida - Permanência na posse do bem sem qualquer tipo de oposição por quase dez anos - Proprietário registrário que somente tomou providências para a retomada da posse do bem em 2006, mediante o ajuizamento de ação de reintegração de posse, quando já decorrido o lapso temporal necessário para a aquisição do bem por usucapião constitucional urbana - Medida cautelar de interdição proposta pela Prefeitura Municipal de Santos contra o proprietário registrário que não pode ser considerada oposição à posse da autora sobre o imóvel - Comprovação, nos autos, do preenchimento dos requisitos da usucapião constitucional urbana - Recurso provido para julgar procedente a ação

Acesso ao Sumário

em relação aos corréus Weder Faria, Lucineide Aparecida dos Santos e Teresinha Maria de Resende, mantido o decreto de extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação aos corréus Josefina Ronzella e Bragil Empreendimentos e Participações Ltda.. Dá-se provimento ao recurso de apelação.

(Apel. 1010480-90.2017.8.26.0562 - Rel. Desª Christine Santini- 1ª Câmara de Direito Privado - j. 17/09/2019)

Reais - Usucapião especial urbano - Ocupação iniciada com locação - Posse precária - Interrupção de pagamento de aluguel - Inércia do proprietário por dez anos - Convalescimento da causa da posse - Usucapião possível - Período de ocupação para fins residenciais demonstrado - Área de móvel aquém de 250 m² - Recurso provido.

(Apel. 1031794-29.2016.8.26.0562 Rel. Des. Luiz Antonio Costa - 7ª Câmara de Direito Privado j. 11/09/2019)

Assim, ponderados os elementos amealhados no curso da relação processual, tem-se como demonstrado o exercício de posse com *animus domini* sobre o imóvel a que se refere a ação e suscetível de induzir a prescrição aquisitiva em relação à autora.

Em razão do ora decidido, deve ser majorada a verba honorária, para R$ 12.000,00, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Essas as razões pelas quais se entende não ser caso de 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 fosse, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, nos termos enunciados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001294-65.2020.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante/apelada AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS, é apelado/apelante CASSIO IGNACIO SETTE CAMARA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Deram provimento em parte ao recurso da Ré. Recurso do Autor prejudicado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.518)**

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

São Paulo, 10 de maio de 2021.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - TRANSPORTE AÉREO - Voo nacional - Extravio temporário de bagagem - Alegação de avarias e subtração de bens - Indenização por danos materiais devida, com relação aos óculos escuros e terno - Pleito desacolhido no tocante aos demais itens (notebook e celular), tendo em vista a natureza dos bens - Hipótese em que tendo em vista o elevado custo, devem acompanhar a bagagem de mão ou possuir declaração prévia de valor - Danos morais devidos em virtude do extravio temporário da bagagem - Manutenção do montante fixado na r. sentença, tendo em vista que a mala foi entregue no dia seguinte - Recurso da Requerida parcialmente provido para afastar da condenação os valores referentes ao notebook e o aparelho celular.

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Transporte aéreo - Voo nacional - Sucumbência parcial - Pretensão à aplicação da Súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça - Manutenção da distribuição da sucumbência, em razão do decidido em fase recursal - Recurso do Autor prejudicado.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 89/96 julgou parcialmente procedente ação de indenização em razão de falha na prestação de serviços em contrato de transporte aéreo para condenar a Requerida ao pagamento do valor de R$ 2.000,00, relativo aos danos morais, com correção monetária a partir da decisão e juros de mora da citação, bem como ao ressarcimento da importância de R$ 6.726,78, referente

aos danos materiais, corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora a partir da citação. Em razão da sucumbência recíproca cada parte foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios da parte adversa, fixados em 10% sobre o valor da condenação para a Ré e, para o Autor, 10% sobre a diferença entre o valor pretendido e o obtido (10% sobre R$ 8.000,00), vedada a compensação.

Embargos de declaração opostos pelo Autor (fls. 98/101), rejeitados à fl. 131.

Apela a Requerida (fl. 105) dissertando, preliminarmente, sobre o impacto no setor aéreo diante da pandemia do Covid-19, salientando que tais fatos devem ser considerados para o arbitramento das indenizações. Aduz que a bagagem do Autor já se encontrava avariada por ocasião do despacho. Diz que o passageiro é orientado a elaborar uma reclamação formal de irregularidade imediatamente após a verificação de extravio, violação ou avaria. Afirma que logo após a reclamação feita pelo Autor, foram iniciadas as buscas e a bagagem foi localizada e entregue. Observa que não houve dano que pudesse ensejar a condenação, mas apenas mero aborrecimento. Entende que o Apelado não comprovou a violação da bagagem, tampouco o extravio dos bens mencionados, razão pela qual não se mostra cabível a indenização por danos materiais. Sustenta que não foram comprovados os danos morais propalados. Pugna pela inversão do julgado ou, em caso de manutenção da decisão, pela redução do montante indenizatório.

Recurso preparado (fl. 127).

Apela o Autor (fl. 134) alegando que deve ser afastada a sucumbência recíproca, nos termos do disposto na Súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso preparado (fl. 141).

Contrarrazões às fls. 144/151 e 155/179.

É o relatório.

CASSIO IGNACIO SETTE CÂMARA ajuizou ação de reparação de danos em face de AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRA S/A, objetivando o recebimento de indenização pelos danos materiais e morais que alega ter sofrido em razão de falha na prestação dos serviços de transporte aéreo.

Narra a inicial que o Autor contratou transporte pela empresa Requerida para o trecho Altamiro(Pará) com destino a Confins(Minas Gerais) e conexão na cidade de Belém, para o dia 12 de janeiro de 2020. Ao chegar ao destino foi surpreendido com a informação de que sua bagagem havia sido extraviada.

Sustenta o Autor que a viagem era profissional e que dentro da mala, além de objetos de uso pessoal, encontravam-se itens para viabilizar seu trabalho. Diz que após reclamação junto à companhia aérea, recebeu a bagagem no dia seguinte, no entanto, a mala estava avariada e faltando alguns pertences.

Acesso ao Sumário

A ação foi julgada parcialmente procedente, nos termos acima consignados, dando ensejo a interposição dos presentes recursos.

Recorre a companhia aérea pretendendo afastar a condenação que lhe foi imposta. O recurso do Autor ateve-se à distribuição da sucumbência.

O extravio temporário da bagagem é fato incontroverso, reconhecido pela Requerida, que não impugnou tal assertiva.

Afirma o Autor que a mala foi danificada e que faltavam alguns objetos pessoais tais como notebook, celular, óculos escuros e um terno.

Convém ressaltar que a responsabilidade do transportador no contrato de transporte é objetiva, aplicando-se a regra prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e independe da verificação de culpa. Reforçando o caráter objetivo dessa responsabilidade, aplica-se o disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Como se sabe, o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens (art. 734, CC), o que evidencia falha no serviço da apelante.

A companhia aérea tinha a faculdade de exigir a declaração do valor da bagagem (art. 734, parágrafo único, CC), afastando a controvérsia em relação aos danos materiais.

Nesse sentido, com exceção do notebook e o celular, os demais itens que o Autor aponta o extravio definitivo (óculos escuros e terno), são compatíveis com a duração e o motivo da viagem.

Além disso, os valores apontados não se mostram extraordinários, nem fogem à média dos preços praticados pelo mercado.

De outra parte, não houve irresignação da Ré quanto a tais importâncias.

Desse modo, os valores referentes aos bens acima mencionados, nos importes de R$ 888,88 e R$ 599,00.

Entretanto, com relação ao notebook e o aparelho celular, elencados na relação dos objetos extraviados, o pleito é de ser repelido.

Isso porque o Autor descumpriu as recomendações da ANAC, amplamente divulgadas nos aeroportos de todo o país, no sentido de que objetos de valor devem ser transportados junto ao passageiro.

Do conjunto probatório não se extrai a comprovação de que os bens acima mencionados tenham sido despachados com a mala extraviada, porquanto, não utilizada a declaração especial de bagagem, ou apresentada documentação que assim atestasse.

De qualquer modo, ainda que houvesse tal declaração, é de conhecimento comum que objetos de valor e aparelhos eletrônicos devem ser carregados dentro da bagagem de mão.

Acesso ao Sumário

O passageiro que optar por colocar dentro da bagagem a ser despachada objeto de valor, deverá requerer e preencher a declaração de conteúdo para que lhe seja assegurada a responsabilidade da empresa aérea por eventual dano ou extravio durante o transporte.

Cumpre destacar que o consumidor que deixa bens de alto valor no interior da bagagem a ser despachada não age com o cuidado necessário, pois, constitui regra de senso comum que tais objetos devem ser transportados como bagagem de mão, permanecendo em sua guarda.

Cumpre transcrever trecho do voto proferido pelo E. Desembargador Itamar Gaino na apelação nº 0913149-58.2012.8.26.0506:

"**...,**É certo que as companhias transportadoras possuem responsabilidade pela segurança da bagagem despachada, mas, por outro lado, o passageiro tem o dever de colaboração, devendo atuar conjuntamente para a redução do risco de danos provenientes de eventual violação de bagagem, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva. Assim sendo, não vinga a alegação de que a ré não solicitou/forneceu o registro das bagagens despachadas. Concorre para o infortúnio o viajante que, ao despachar bem de valor, deixa de observar as orientações contidas no Guia do Passageiro, disponibilizado pela Infraero2, e também da própria companhia aérea..." (j. 19/4/2017).

Nesse sentido:

"**Ação indenizatória - Violação de bagagem - Discussão restrita ao pedido de recebimento de indenização por danos materiais e ao valor da indenização por danos extrapatrimoniais – Danos materiais descabidos, tendo em vista a natureza dos bens alegadamente subtraídos, que em razão do elevado custo devem acompanhar a bagagem de mão ou possuir declaração prévia de valor, com acondicionamento específico - Indevida a majoração do valor dos danos morais - Recurso desprovido, com majoração da verba honorária**" (Ap. 1003828-17.2019.8.26.0100, Rel. Des. Gil Coelho, j. 6 de março de 2021).

"**APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DEFINITIVO DE BAGAGEM EM VOO NACIONAL. Falha do serviço reconhecida. Insurgência recursal adstrita ao valor da indenização por danos materiais e à configuração dos danos morais. DANOS MATERIAIS. Inaplicabilidade do Código Brasileiro da Aeronáutica. Indenização que, a princípio, deve ser pautada no valor alegado pelo consumidor. Inteligência do art. 6º, VIII, do CDC c/c art. 734, do CC. Verossimilhança, contudo, que não se aplica em relação às joias. Bem de elevado valor que, segundo recomendação da ANAC, deve ser transportado junto com o passageiro. Ausência, ademais, de elemen-**

Acesso ao Sumário

tos que corroborem a versão apresentada. DANOS MORAIS. Indenização devida. Valor compatível com os parâmetros deste Tribunal. Recurso parcialmente provido". (Ap. n. 1002517-32.2019.8.26.0248, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 16 de outubro de 2019).

Destarte, não há como deixar de considerar que o Autor descumpriu as recomendações da ANAC, no sentido de que objetos de valor devem ser transportados junto ao passageiro, com a bagagem de mão.

No tocante ao dano moral, o pleito da Requerida não comporta provimento.

Destarte, comprovada a prestação de serviço defeituoso pela Ré, com a provocação de evento danoso causador de lesão ao consumidor.

Dessa forma, imperiosa a indenização pelos danos morais decorrentes das contrariedades suportadas pelos Autores em virtude do extravio da bagagem.

Contudo, consoante se observa, a mala foi entregue o Autor no dia seguinte (fl. 27).

Dessa maneira, levando-se em consideração a intensidade dos danos ocasionados, a condição financeira da vítima e do ofensor e o tempo de extravio da mala, a quantia arbitrada pela MMa. Juíza (R$ 2.000,00) deve ser mantida, pois, condizente com a hipótese dos autos.

Em virtude do acolhimento parcial do recurso da Requerida, fica prejudicado o recurso do Autor quanto ao afastamento da sucumbência recíproca.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso da Requerida a fim de reduzir o montante da indenização por danos materiais para R$ 1.487,88, com correção monetária e juros de mora da citação. Descabida a majoração dos honorários advocatícios em virtude do acolhimento parcial do pleito. Dá-se por prejudicado o recurso do Autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014351-89.2016.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante MARCOS ANTONIO GALANI, é apelado IVANILDO PEREIRA ANDRADE.

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 18.822)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente), CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN e FRANCISCO

Acesso ao Sumário

CARLOS INOUYE SHINTATE.

São Paulo, 11 de maio de 2021.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Locação. Imóvel residencial. Pretensão de indenização por descumprimento de cláusula contratual em que concedida bonificação para realização de reformas tidas por urgentes no imóvel, além do pagamento de débitos em aberto. Inexistência de laudo de vistoria de entrada e de saída, a impossibilitar o confronto entre o estado em que recebido o imóvel pelo locatário e o posterior à devolução. Locador que aceitou o recibo referente às reformas realizadas, sem ressalvas, e manteve o desconto do valor de bonificação durante toda a relação jurídica. Autor que não se desincumbiu do ônus de provar os fatos constitutivos do alegado direito à indenização. Sentença de parcial procedência da demanda principal confirmada. Apelação do autor desprovida.

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 228/233 julgou parcialmente procedente demanda indenizatória ajuizada por locador em face do locatário com fundamento na devolução de imóvel objeto de locação em estado de depreciação, sem a realização, pelo inquilino, dos reparos a que estaria obrigado contratualmente, além da existência de débitos pendentes; considerou o MM. Juiz, para tanto, ter o autor recebido do locatário os valores do aluguel com desconto durante toda a relação locatícia, sem ressalvas, outorgando quitação e com isso gerando legítima expectativa no locatário de que nenhum valor excedente lhe seria exigível a título de contraprestação. No mais, os valores relativos a perdas e danos mencionados na inicial consubstanciariam, nos termos da inicial, encargos moratórios acessórios incidentes sobre a diferença relativa ao desconto, cuja exigibilidade foi afastada, de modo que pela mesma sorte nada seria devido a esse título pelo locatário. Por outro lado, reconheceu a existência de débito pendente no que tange ao aluguel proporcional e contas de água e luz, relegando a definição do montante a cálculos aritméticos a serem realizados em fase de cumprimento de sentença (*sic*). A par disso, julgou parcialmente procedente a demanda reconvencional, aplicando o mesmo raciocínio para rejeitar a restituição de valores dados por cobrados a maior, uma vez tendo sido realizados os pagamentos sem

Acesso ao Sumário

oposição durante a vigência de toda a relação locatícia. Por consequência, condenou o autor-reconvindo tão somente a devolver o valor da caução, atualizado monetariamente, autorizado o abatimento dos valores referentes a aluguel e IPTU, proporcionalmente, além dos débitos de água e luz.

Apela tão somente o autor (fls. 238/247), argumentando que as fotografias da vistoria realizada após a desocupação pelo locatário demonstrariam o estado em que o imóvel foi entregue, apesar dos descontos concedidos para o fim de realização de reformas. Sustenta ter sido impedido pelo locatário de realizar a vistoria no prazo pactuado de 90 dias, além de não terem sido entregues as notas fiscais referentes aos serviços supostamente realizadas. Insiste na aplicação dos princípios da autonomia da vontade, supremacia da ordem pública, obrigatoriedade da convenção e boa-fé objetiva para concluir pela existência de direito, não mera expectativa, de ver o imóvel reparado ou os descontos revertidos, nos termos do contrato, batendo-se, em conclusão, pela desconstituição (*sic*) da sentença e o julgamento de procedência do pedido da inicial.

O recurso, que é tempestivo, foi regularmente processado, com apresentação de contrarrazões pelo réu-apelado (fls. 252/267).

É o relatório.

Não prospera o inconformismo.

Conforme se depreende da inicial, firmaram as partes contrato de locação de imóvel residencial, ajustando-se bônus mensal no valor de R$ 500,00 no valor do aluguel, condicionado todavia à realização de reparos, anteriormente à ocupação, tidos por urgentes. Para tanto, o locatário deveria apresentar as notas fiscais das compras de materiais e os recibos de mão de obra dos serviços realizados, no prazo máximo de 90 dias da assinatura do contrato, sob pena de perda do desconto mensal e retorno do aluguel ao valor regular de R$ 1.100,00.

Ocorre que, ao retomar a posse do imóvel, com o término da relação locatícia, o autor teria constatado persistirem as avarias, concluindo pela ausência dos reparos conforme combinado, pretendendo então a condenação do locatário ao pagamento da diferença correspondente ao valor do bônus mensal.

Pois bem. Ressalte-se inicialmente constar no contrato de locação a indicação e que o imóvel encontrar-se-ia em condições médias de habitalidade, "*necessitando urgentemente de reparos; no telhado, na pintura, na parte elétrica e na parte hidráulica, reparos estes necessários que se façam anteriormente a ocupação de pessoas e coisas.*" Além disso, o locador declarou estar ciente de que tais reparos deveriam ser realizados previamente à ocupação, caso contrário, eventuais acidentes seriam de sua responsabilidade (fl. 10).

Não obstante, nada há nos autos a comprovar a realização de vistoria prévia de entrada, tampouco registro de vistoria das reformas, inexistindo descrição pormenorizada do estado em que entregue o imóvel, a inviabilizar a análise

Acesso ao Sumário

comparativa entre as características iniciais e eventuais reparos supervenientes. É certo que o autor juntou, com a inicial, diversas fotografias do imóvel, entretanto não é possível aduzir em que momento foram realizadas; por outro lado, as fotografias trazidas pelo locatário, como as de fls. 153/155, sugerem a realização de reformas, embora não seja possível confrontá-las em termos comparativos pelo mesmo motivo.

De resto, embora o autor insista não ter recebido as notas fiscais que demonstrariam a realização das reformas, fato é que, nos termos da cláusula contratual, o locatário estaria obrigado a apresentar as notas fiscais dos materiais e os recibos de mão de obra, tendo apresentado então o recibo de fl. 21 em que consta a natureza dos serviços realizados e o preço, o nome e documentos de identificação do prestador do serviço e sua assinatura. E, embora não conste a data em que firmado, foi recebido pela administradora da locação em 20 de maio de 2013, sem qualquer ressalva.

Não se ignora ter o autor, por meio da administradora da locação, notificado o locatário acerca da correção do valor do aluguel (ressaltando, porém, a vigência do desconto contratualmente estabelecido, que não sofreu alterações) e requerendo fossem enviadas as notas fiscais referentes à reforma do imóvel no prazo de 24:00 horas, caso contrário passariam a ser cobrados, a partir do mês seguinte, os valores de aluguel e encargos sem o desconto referido. Todavia, a notificação data de 26 de junho de 2014, mais de um ano após a entrega do recibo das reformas.

E mais: decorrido o prazo de 24:00 horas, a despeito do "aviso" de que a não entrega das notas fiscais ensejaria a cobrança sem a bonificação, não foi isso o que ocorreu, conforme recibos juntados aos autos. O valor do aluguel continuou sendo cobrado com a bonificação durante toda a relação locatícia.

Sendo assim, fica clara a renúncia por parte do autor ao recebimento do aluguel sem a bonificação, dando-os por quitados nos montantes acolhidos pelo locatário, segundo a praxe observada pelas partes.

Inócua, de mais a mais, a alegação do autor-apelante de que teria sido impedido de realizar a vistoria do imóvel no prazo pactuado de 90 dias, ante a não entrega das notas fiscais, inexistente qualquer justificativa plausível para tanto. De resto, ressalta-se que, nos termos do contrato, o recibo referente à mão de obra foi entregue à administradora da locação e aceito sem ressalvas, nada indicando a impossibilidade do autor de realizar qualquer vistoria que entendesse necessária.

Enfim, no que concerne à pretensão de cobrança da diferença relativa à bonificação, aspecto ao qual restrita a controvérsia recursal, não se desincumbiu o autor do ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, pelo que correta a r. sentença, que fica mantida.

Acesso ao Sumário

Em face do desfecho, ficam majorados os honorários advocatícios devidos pelo autor ao patrono do réu, nos termos do art. 85, §11, do CPC, de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007992-44.2017.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado RANDOLFO DE SOUZA COUTO, é apelado/apelante SOCIEDADE DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E SANEAMENTO S/A - SANASA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso do autor, desprovido o apelo da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.646)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente) e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 11 de maio de 2021.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FORNECIMENTO DE ÁGUA. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. 1. Se pelos elementos dos autos, resta evidenciado o estado de necessidade do demandante, deve o juiz conceder o benefício da assistência judiciária. 2. A indevida inscrição do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito ultrapassa o mero dissabor, gerando inconteste abalo moral e justificando a reparação do dano daí decorrente e oriundo do agir indiligente da ré. 3. O valor do dano moral deve ser aferido com razoabilidade, sem excesso, para que não gere enriquecimento, nem com insignificância, que o torne inexpressivo. 4. Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, os juros moratórios devem fluir a partir da data do evento. Inteligência da Súmula 54 do STJ. 5. A atualização

Acesso ao Sumário

monetária da indenização pelos danos morais deve ser computada a partir da data da sua fixação, nos termos da Súmula 362/STJ. Recurso da ré desprovido e provido em parte o apelo do autor para conceder o benefício da justiça gratuita e fixar como termo inicial para a incidência dos juros moratórios a data do primeiro protesto (06/12/2016).

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls. 273/277 que julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inexistência dos débitos impugnados pelo autor, bem como confirmar a liminar (já cumprida) que determinou a retirada do nome do autor dos órgãos de proteção ao crédito e condenar a ré a pagar ao autor indenização por danos morais, no valor de R$ 9.980,00 (nove mil, novecentos e oitenta reais), corrigida monetariamente pela Tabela Prática do TJSP, a partir da data da sentença e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Em razão da sucumbência, deverá a ré arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da indenização pelos danos morais.

Pleiteia o apelante/autor a reforma parcial do julgado alegando, inicialmente, ser pobre na acepção jurídica do termo, conforme restou comprovado através dos documentos que instruíram a inicial. Assim faz jus ao benefício da justiça gratuita. No mérito, pugna pela majoração do valor da indenização pelos danos morais por entender que o montante arbitrado é irrisório e se encontra em desacordo com o entendimento jurisprudencial dominante. Aduz que seu nome foi indevidamente negativado e que a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral possui caráter punitivo, preventivo e compensatório. Assim, o montante da condenação deve ser majorado para o valor pretendido na inicial ou ainda em quantia superior ao fixado na sentença de primeiro grau. Pugna ainda pela fixação do termo inicial para a incidência dos juros de mora a data do evento danoso, uma vez que restou comprovada a inexistência de relação contratual entre as partes, incidindo assim a Súmula 54 do STJ, como também da correção monetária em razão do disposto no artigo 398 do Código Civil.

Doutra parte, apela adesivamente a ré/SANASA pleiteando a reforma do julgado pleiteando o afastamento da condenação pelos danos morais, na medida em que foi enganada pelo falsário e não poderia prever que a assinatura aposta no documento que gerou a negativação era falsa. Entende que agiu em exercício regular do direito pois desconhecia a falsidade do documento de identificação apresentado, sendo que a investigação sobre tal ocorrência cabe à Polícia Civil. Discorre acerca da ausência de culpa pelo ocorrido e que a prova do dano

Acesso ao Sumário

deveria ter sido apresentada pelo autor. Assim, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais deve ser afastada. Alternativamente, pugna pela redução do valor arbitrado para patamar mais condizente com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade a fim de evitar o enriquecimento indevido do apelado.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

Inicialmente, observo que o apelante/autor quando da propositura da presente demanda requereu em primeira instância a concessão do benefício da justiça gratuita, não tendo sido apreciado pelo juízo "*a quo*", motivo pelo qual passo a analisar referido pedido tendo em vista que o pleito de concessão da gratuidade processual pode ser apreciado a qualquer momento.

E a gratuidade processual deve ser deferida ao requerente.

Com efeito, estabelece o art. 5º, LXXIV, da Constituição da República, que "***o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*** ***(grifei)***.

Por sua vez, o artigo 98 do Código de Processo Civil, com claríssima redação, dispõe expressamente que:

> "***Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.***"

Correto afirmar que se não restasse situação fática suficiente a possibilitar a verificação de sinais externos do estado de necessidade, caberia ao nobre magistrado exigir sua comprovação, conforme consta do artigo 99, § 2º, do mesmo diploma legal, *verbis*:

> "§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos ***elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.***" ***(g.n.)***

E de acordo com os documentos juntados pelo apelante/autor às fls. 16/19, verifica-se que o mesmo encontra-se desempregado.

Assim, se pelos elementos dos autos, resta evidenciado o estado de necessidade do requerente, deve o juiz conceder o benefício da assistência judiciária, cabendo à parte contrária, se tiver elementos para tal, impugnar o benefício.

Portanto, o benefício deve ser concedido ao apelante/autor.

Doutra banda, o recurso do autor comporta parcial provimento, devendo ser improvido o apelo da ré.

Da análise dos autos resta clara que os protestos e a negativação do nome

Acesso ao Sumário

do autor mostraram-se abusivos e indevidos, como bem observou o ilustre magistrado sentenciante, nos seguintes termos:

"*O pedido do autor é procedente.*

Com efeito, segundo o laudo apresentado, o documento que gerou a dívida não foi assinado pelo autor, sendo, portanto, fruto de falsificação.

Assim, resta clara a procedência do pedido de inexigibilidade do débito, de outra parte, impõe-se também o acolhimento do pleito de indenização por danos morais, embora em valor abaixo daquele postulado, já que houve falha na prestação do serviço, de forma que incide a regra da responsabilidade objetiva, prevista no art. 14 do CDC, do seguinte teor:

'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.'

Como se sabe, a mencionada negativação em órgãos de proteção ao crédito, quando feita indevidamente, gera o dever indenizar, inclusive o dano moral, cuja existência em tal situação é presumida." *(fls. 274)*

De fato, restou cabalmente comprovado através da perícia grafotécnica que a assinatura aposta no termo de confissão de dívida e parcelamento do débito que gerou os protestos e consequente negativação do nome do autor é falsa, conforme se infere do laudo pericial de fls. 236/256.

E a justificativa apresentada pela apelante/ré de que foi vítima de fraude praticada por terceiro que apresentou documento de identificação falso em nome do autor e, portanto, os protestos e a negativação se deram através do exercício regular do direito já que não possuía meios para detectar a falsidade, não se presta a elidir a responsabilidade pelos infortúnios sofridos pelo demandante, de modo que emerge clara a obrigação de reparar os danos decorrentes do agir indiligente da ré.

Também totalmente descabida a alegação de que a apuração acerca da falsidade do documento é incumbência da Polícia Civil, uma vez que a recorrente/ré é concessionária de serviço público de fornecimento de água e esgoto, de modo que tem o dever de instituir mecanismos para evitar a ação de fraudadores.

Nesse esteio, e atento ao risco supra, inegável que a negativação do nome do autor por dívida que, como se viu, era ilegítima, constitui comportamento que nem por um momento se coaduna com a prudência e a diligência necessárias à irresponsabilidade almejada pela ré, notadamente pelos danos que dele intuitivamente poderiam advir ao consumidor.

Eis a "culpa" negada pela empresa/ré, pois sem qualquer precaução, providenciou a restrição do nome do autor, parecendo mais do que razoável que suporte os riscos de seu agir imprudente.

Acesso ao Sumário

É certo que conforme a doutrina e jurisprudência pacificada, para a caracterização do dano moral, é bastante a indevida inclusão do nome da parte autora no rol dos maus pagadores, fato que maculou seu bom nome e restringiu seu crédito, gerando, inequivocamente, degradação moral.

Nesse sentido, oportuna a lição de Antônio Jeová Santos, ("Dano Moral Indenizável", Ed. RT, 4ª ed., págs. 461/463), que com peculiar percuciência sistematiza a questão, apontando inclusive inúmeros julgados sobre a matéria, nos seguintes termos:

"***... o dano exsurge vistosamente pelo fato de o nome constar erroneamente do cadastro. Nada mais é necessário provar. Houve o lançamento irregular, ilícito e injusto, o dano ocorre in re ipsa.***

Não constitui, assim, requisito para a configuração do dano moral, a 'não obtenção de crédito no comércio em função da inscrição do nome naquele cadastro de maus pagadores.

Esse já seria um dano econômico, de natureza patrimonial, sujeito à demonstração. Não é dessa espécie o dano que os autores pretendem seja reparado. Pretendem, isto sim, a reparação do dano moral, este originado no agravo que produz dor psíquica, abalo do sistema nervoso, depressão, vergonha insônia, e que fere a dignidade da pessoa. É o dano interno que toda pessoa honesta sofre, mas impossível de ser revelado no processo, porque diz com o sentimento da alma' (JTJ-LEX 170/35 e ss., rel. Des. Ruiter Oliva).

O Superior Tribunal de Justiça entende que o banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição.

A exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular (REsp. 51.158, Ac. 21.047, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

A inclusão indevida do nome de alguém em banco de dados, também pode causar dano patrimonial. A pessoa pode ter deixado de efetuar algum negócio, ou ficar impedido de incrementar seu comércio ou indústria.

Se pugna pela indenização do dano patrimonial há de efetuar a prova por todos os meios admitidos no Direito brasileiro. 'O dano material depende de comprovação efetiva da lesão patrimonial. Simples expectativa de mútuo bancário, frustrada por motivo atribuível a negativação equivocada do cliente no SPC, desacompanhada de comprovação cabal da relação causal, não é de molde a sustentar a pretensão indenização' (RT 739/356).

Os postulantes de indenização, por dano causado no abalo de crédito,

Acesso ao Sumário

deverão ficar atentos. Se o pleito é de ressarcimento do dano moral, basta a existência da negativação feita de maneira irregular, sendo despicienda a longa narrativa sobre o aconteceu com o requerente em razão de ter o seu nome colocado nos cadastros.

Ao contrário, se também requerer indenização por lesão patrimonial, terá de mencionar na petição inicial os fatos e fundamentos de pedido e estar preparado para a demonstração do dano.

É, em suma, o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando mencionou que: ‹O injusto ou indevido apontamento no cadastro de maus pagadores do nome de qualquer pessoa que tenha natural sensibilidade aos rumores resultantes de um abalo de crédito, produz, nessa pessoa, uma reação psíquica de profunda amargura e vergonha, que lhe acarreta sofrimento e lhe afeta a dignidade. Essa dor é o dano moral indenizável, e carece de demonstração, pois emerge do agravo de forma latente, sofrendo-a qualquer um que tenha o mínimo de respeito e apreço por sua dignidade e honradez› (JTJ-LEX 170/37, rel. Des. Ruiter Oliva).

O direito à indenização, o injusto suscetível de ressarcimento, nasce do próprio ato, do lançamento do nome da vítima no rol destinado a inadimplentes. Nada de exigir prova acerca da angústia e humilhação que o ofendido nem sempre se submete.

O ilícito está no ato culposo de encaminhamento do nome de alguém a banco de dados que visam à proteção de crédito. E é o bastante para que haja indenização.

Despiciendo se torna ao autor efetuar ginástica intelectual na tentativa de mostrar que sofreu vexação em algum estabelecimento comercial, quando foi efetuar compra e foi glosado porque seu nome apareceu na 'lista negra'. Este fato nem sempre ocorre e nem por isso, o ofensor deixará de ser responsável pela injuridicidade de seu ato.

Reiterado deve ser o fato de que o dano ocorre in re ipsa. Surge ex facto. Para a moderna concepção do direito de danos, quando se trata de indenização por agravos morais, ao julgador basta a verificação da incidência do fato, da lesão, do dano, para que se materialize o direito à indenização. Nenhum prejuízo há de ser demonstrado. Esta tese, sobre a não necessidade de provar dano moral decorrente de fatos similares aos tratados neste capítulo, é sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verifica do seguinte aresto:

'A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna de reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo

Acesso ao Sumário

em concreto. (RSTJ 124/401, rel. Min. César Asfor Rocha)."

Portanto, a indevida inscrição do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito ultrapassa o mero dissabor, gerando inconteste abalo moral e justificando a reparação do dano daí decorrente e oriundo do agir indiligente da ré.

Doutra parte, não comporta guarida o inconformismo do autor para majoração do valor da indenização pelos danos morais e nem tampouco o pleito de redução formulado pela requerida.

É que na fixação da indenização pelo dano moral cabe ao juiz nortear-se pelo princípio da razoabilidade, para não aviltar a pureza essencial do sofrimento que é do espírito, evitando a insignificância que o recrudesce ou o excesso que poderia masoquisá-lo.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento publicado na RSTJ 112/216, com voto condutor do eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, bem ponderou:

> "***Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso***".

É o que afirma, noutras palavras, o eminente Des. Rui Stoco, citando lição do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que a indenização não pode ser "***nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva***" (*in* Responsabilidade Civil, RT, 3ª edição, pag. 524).

Em suma: levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, com as repercussões pessoais e sociais, os inconvenientes naturais suportados pelo autor, seu nível socioeconômico, e, ainda, o porte da empresa requerida, a indenização pelos danos morais fica mantida no valor arbitrado na sentença (R$ 9.980,00), quantia esta que se mostra suficiente para confortar o abalo indevidamente experimentado pelo requerente e, ao mesmo tempo, desestimular a conduta indiligente da ré.

Entretanto, um único reparo merece o julgado de primeiro grau, devendo ser acolhida a pretensão do apelante/autor para a modificação do termo inicial para a incidência dos juros moratórios, devendo os mesmos ser computados a partir da data do primeiro protesto (06/12/2016 - fls. 12), já que se trata de responsabilidade extracontratual, pois não reconhecida a existência de relação contratual entre as partes.

Acesso ao Sumário

Portanto, conforme entendimento consagrado pelos termos da Súmula 54, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação:

"***Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual***".

É que nos exatos termos do art. 398, do Código Civil: "***Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou***".

Quanto ao termo inicial da correção monetária, nenhum reparo merece a sentença de primeiro grau.

Isto porque na atualização referente ao dano moral, observa-se que incidem na espécie os termos da Súmula 362, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, isto é, a atualização monetária da condenação por danos morais terá como termo inicial a data da sua fixação, nos seguintes termos:

"***A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento***".

Assim, nos termos da Súmula 362, do Colendo Superior Tribunal de Justiça o termo inicial de sua contagem deve ser a data da sua fixação pelo juízo de primeira instância, até mesmo porque mantido o valor arbitrado na sentença.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da ré e dou parcial provimento ao apelo do autor para conceder-lhe o benefício da justiça gratuita e fixar a data do primeiro protesto (06/12/2016 - fls.12) como termo inicial para a incidência dos juros moratórios, deixando de majorar o valor dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85 §11 do CPC, tendo em vista que já fixados em percentual máximo permitido.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002354-36.2020.8.26.0533, da Comarca de Olímpia, em que são apelantes EDUARDO TOGNATO FERREIRA e ANDERSON TOGNATO FERREIRA, é apelado WGR CONSTRUTORA E INCORPORADORA SPE 02 OLIMPIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 47.941)**

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

São Paulo, 12 de maio de 2021.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Ação de rescisão contratual cumulada com declaração de nulidade de cláusulas contratuais e devolução de valores - Venda e compra - Bem imóvel - Multipropriedade - Empreendimento hoteleiro - Aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor - Desistência dos compradores - Direito de rescisão - Procedência - Restituição de valores devida - Parcela única.

São aplicáveis ao caso sob exame as normas do Código de Defesa do Consumidor. - É direito do comprador postular a rescisão contratual, por livre motivação, como no caso sob exame, pela impossibilidade de continuar suportando os encargos assumidos. Nesse sentido, a lei consumerista autoriza a resilição do compromisso de compra e venda por vontade do comprador (artigos 6º, V, 51, II, 53 e 54). No mesmo sentido dispõe a Súmula 1, desta Corte e a Súmula nº 543, do STJ. - Não há razão para manutenção de um contrato sem que haja vontade de ambas as partes em mantê-lo, já que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF). - O contrato é de adesão, sem que o consumidor possa discutir suas cláusulas. A retenção de 30% dos valores pagos, além de multa, e "taxa de fruição", é manifestamente exagerada e abusiva. Neste sentido é a norma disposta pelo art. 51, IV, do CDC, que considera nulas de pleno direito as cláusulas que acarretem desvantagem exagerada à parte hipossuficiente. - O pagamento deve se dar em uma única parcela, conforme à previsão da Súmula 2, desta Corte, com incidência de correção monetária desde cada desembolso, e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação (art. 405, do CC).

Apelação provida.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 190/198 julgou improcedente a ação. Em razão da

Acesso ao Sumário

sucumbência, os autores devem arcar com as custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa.

Apelação dos autores a fls. 201/204 arguindo, em síntese, o direito à rescisão contratual; pedem a procedência da ação. Contrarrazões a fls. 211/216 pelo desprovimento do recurso.

Os autos vieram a esta Câmara após determinação de remessa pela Colenda Trigésima Primeira Câmara de Direito Privado, em razão de prevenção pelo julgamento do Agravo de Instrumento nº 2136415-58.2020.8.26.0000.

À fl. 226 os apelantes foram intimados para complementar o preparo recursal. Veio manifestação com juntada de guia de recolhimento e comprovante de pagamento (fls. 228/230).

É o relatório.

Narra os autores que, 09/09/2017, firmaram com a requerida um contrato particular de compra e venda de unidade imobiliária em construção no regime de unidades plenas ou de multipropriedade (fração imobiliária). Relatam que adquiriram a fração da unidade autônoma do apartamento 1418, Ala Leste, pavimento 14, na planta, do empreendimento denominado "Royal Star Thermas Resort", e que já pagaram à requerida a quantia de R$ 40.384,69. Sustentam, contudo, que a promessa de lucros oferecidos não se concretizou, e que tal fato, aliado à crise financeira que assola o país culminou no desinteresse na continuidade do contrato, razão pela qual pretendem sua rescisão. Aduzem que não houve, até o momento, a transferência definitiva da propriedade por meio de escritura, não tendo sido concluído o negócio jurídico.

O contrato firmado entre as partes foi juntado a fls. 13/38. De início, cumpre destacar que o motivo do pedido de rescisão pelos autores não é o atraso da entrega do empreendimento, mas a ausência de retorno financeiro (promessa de lucros oferecido) e a impossibilidade de arcar com as parcelas restantes do contrato ante à crise financeira que enfrentam. O contrato prevê o pagamento de entrada e mais sessenta e duas parcelas, sendo o último vencimento em 05/08/2023 (fl. 14). Os autores afirmam ter efetuado o pagamento, até o ajuizamento da ação, de R$ 40.384,69, sendo que o preço total do contrato é R$ 75.528,00 (fl. 14).

Pois bem.

São aplicáveis ao caso sob exame as normas do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, pois os autores, na condição de compradores de bem imóvel, são vulneráveis na relação contratual estabelecida com a ré, a qual, por outro lado, constitui empresa comercial e incorporadora imobiliária, que atua objetivando lucro, sendo assim, fornecedora de acordo com as normas consumeristas.

É direito do comprador postular a rescisão contratual, por livre motiva-

Acesso ao Sumário

ção, como no caso sob exame, pela impossibilidade de continuar suportando os encargos assumidos. Nesse sentido, a lei consumerista autoriza a resilição do compromisso de compra e venda por vontade do comprador (artigos 6º, V, 51, II, 53 e 54).

No mesmo sentido dispõe a Súmula 1, desta Corte: "*O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem*".

Não há razão para manutenção de um contrato sem que haja vontade de ambas as partes em mantê-lo, já que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF). De rigor, portanto, a procedência da ação.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que "*Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento*" - Súmula nº 543, STJ.

O contrato é de adesão, sem que o consumidor possa discutir suas cláusulas. A cláusula sexta, item 8, prevê a retenção de 10% do valor do contrato "*para cobrir os custos de comercialização, publicidade, tributos e despesas administrativas*", além da quantia equivalente a 20% do valor já integralizado "*a título de prefixação das perdas e danos*", a ser restituído "*na mesma quantidade de parcelas que foram por ele pagas*" (fl. 25). O item 10, por sua vez, prevê ainda a cobrança de "taxa de fruição", e o item 13 a cobrança dos "brindes" de venda, caso não sejam devolvidos, quando há rescisão por vontade do comprador.

Todavia, a hipótese supracitada é manifestamente exagerada e abusiva. Neste sentido é a norma disposta pelo art. 51, IV, do CDC, que considera nulas de pleno direito as cláusulas que acarretem desvantagem exagerada à parte hipossuficiente.

Dito isso, é justa a retenção de 10% dos valores pagos, além de razoável e suficiente para ressarcir a ré pelas despesas que teve e terá com a administração e venda do imóvel, e evita o enriquecimento sem causa das duas partes. Cabe destacar que a perda de arras ou sinal, além da cobrança de multa, "brindes" e "taxa de fruição" são, como já dito, hipóteses abusivas, e que esta decisão está adequada com o que prevê a Súmula 1, desta Corte.

O pagamento deve se dar em uma única parcela, conforme à previsão da Súmula 2, desta Corte, com incidência de correção monetária desde cada desembolso, e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação (art. 405, do CC).

Acesso ao Sumário

Por conseguinte, dou provimento à apelação para declarar rescindido o instrumento particular de compromisso de venda e compra pactuado entre as partes, e condenar a ré à devolução de 90% (noventa por cento) dos valores pagos pelos autores, acrescidos de correção monetária desde o efetivo pagamento, e com incidência de juros de mora de 1% a partir da citação, em parcela única. Em razão da sucumbência, a ré deve arcar com as custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação (art. 85, § 2 º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006893-49.2020.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante J.R.J. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado P.H.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25603)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente sem voto), FLAVIO ABRAMOVICI e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 24 de março de 2021.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Apelação Cível. Ação de cobrança decorrente de prestação de serviços sexuais. Sentença de extinção sem resolução do mérito pelo indeferimento da inicial. Insurgência do autor.

Negócio jurídico que, para ser válido, deve observar a licitude do objeto, não vedado legalmente e nem ofensivo aos bons costumes e à moral.

Atualmente, no mundo pós-moderno, a atividade da prostituição vem se difundido, principalmente nas cidades maiores.

Tradicionalmente, tal atividade, por envolver questões sexuais, sempre foi vista como pecaminosa, contrária aos bons costumes e à moral, não encontrando, por isso, outrora, proteção jurídica.

Acesso ao Sumário

Com a evolução da sociedade contemporânea, em constante transformação de seus valores, a atividade de prestação de serviços sexuais tem se integrado à realidade atual, já inserida na Classificação Uniforme de Ocupações (CIUO) de 2002.

A Constituição da República Federativa Brasileira tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), constituindo como seu objetivo fundamental a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Nesse quadro, não se pode negar proteção jurídica àquele que busca amparo do Estado, cobrando de seu cliente o valor ajustado pelos serviços sexuais prestados.

O Eg. STJ já abordou o tema, no julgamento do HC 211.888/TO, de relatoria do eminente Ministro Rogerio Schietti Cruz, sinalizando que : "Não mais se sustenta, à luz de uma visão secular do Direito Penal, o entendimento do Tribunal de origem, de que a natureza do serviço de natureza sexual não permite caracterizar o exercício arbitrário das próprias razões, ao argumento de que o compromisso assumido pela vítima com a ré - de remunerar-lhe por serviço de natureza sexual - não seria passível de cobrança judicial."

Recurso provido para o prosseguimento da ação.

VOTO

A r. sentença proferida à f. 157/160 destes autos de ação de cobrança, movida por J.R.J. em relação a P.H.S., indeferiu a inicial e julgou a ação extinta, sem apreciação do mérito por falta de interesse processual.

Não houve condenação dos ônus de sucumbência.

Apelou o autor (f. 162/172) alegando, em suma, que: (i) prestou seus serviços sexuais, tendo direito a receber a remuneração pactuada; (ii) a sentença deve ser anulada para que se dê continuidade ao processo; (iii) os benefícios da justiça gratuita lhe devem ser deferidos.

A apelação, não preparada por pleitear o autor os benefícios da justiça gratuita, foi contra-arrazoada, pleiteando, também, o réu, pela justiça gratuita

Acesso ao Sumário

(f. 183/187).

Monocraticamente, concedi a justiça gratuita às partes.

É o relatório.

A sentença foi disponibilizada no DJE em 15 de outubro de 2020, considerando-se publicada no primeiro dia útil subsequente (f.161); a apelação, protocolada em 26 de outubro do mesmo ano, é tempestiva.

O autor ajuizou a presente ação alegando que: (i) não tem condições de arcar com as custas e despesas processuais, fazendo jus aos benefícios da justiça gratuita; (ii) em 22 de agosto de 2020, foi contratado pelo réu para realizar serviços sexuais, firmando contrato verbal de prestação de tais serviços; (iii) lhe prestou tais serviços , mas não recebeu a remuneração ajustada; (iv) O STJ, em votação unânime na 6ª Turma do STJ, cujo Relator foi o Ministro Rogério Schietti Cruz, ao conceder habeas corpus a uma garota de programa acusada de roubar um cordão folheado a ouro de um cliente que não quis pagar, considerou a prostituição um ato lícito; (v) a prostituição em si não é crime e, portanto, o contrato verbal de prestação de serviço também não é ilícito; (vi) a profissão de trabalhador do sexo está amparada no Código de Ocupações Brasileiras. Juntou cópia das conversas via WhatsAp às fls. 17/154.

Pediu: (i) condenação do réu no pagamento de R$15.395,90, correspondente à prestação dos serviços realizados como garoto de programa, que deverá ser acrescido de juros de mora e correção desde o ajuizamento; e (ii) a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Sobreveio, então, a r. sentença, que extinguiu a ação e não apreciou o pedido da justiça gratuita.

O autor alega que foi contratado pelo réu para lhe prestar seus serviços sexuais.

Para o negócio jurídico ser válido, a lei requer: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, CC).

Acesso ao Sumário

Para o Ministro Cezar Peluso, objeto lícito é aquele "não proibido por lei, nem contrário à ordem pública, à moral e aos bons costumes". (Fonte: Código Civil Comentado, Ed. Manole, 2007, página 81).

Para Sílvio de Salvo Venosa:

> "(...) a licitude do objeto é regulada pela forma negativa: atingimos a compreensão do negócio do objeto lícito pelo conceito de ilicitude. A lei impõe limitações ao objeto do negócio. O objeto do ato não gozará de proteção legal quando for contrário às leis de ordem pública, ou aos bons costumes. (...)
>
> Da mesma forma é diluído o conceito de bons costumes, não encontrável na lei. Embora não sejam exclusivamente preenchidos pela Moral, os

> bons costumes são integrados por ela. Existe moral costumeira variável no tempo e no espaço. (...) Sabe-se que a Moral é mais ampla que o direito. Como é difusa, sua conceituação apenas toscamente pode ser dada como noção teórica. Em princípio, nos anos passados, contrariava a moral um contrato de convivência conjugal entre companheiros, salvo (...)" (Código Civil interpretado, Ed. Atlas, ano 2013, página 156).

Diante disso, embora inexista vedação legal à prostituição no Brasil, a questão apresentada nos autos consiste em saber se tal atividade ofende a moral e os bons costumes, o que invalidaria o negócio jurídico em caso afirmativo.

Para Humberto Theodoro Junior:

> Não é só o que contraria o texto da lei que se considera ilícito. Tem-se também como negócio de objeto ilícito o que é contrário à moral e aos bons costumes (...)
>
> A contrariedade à moral está incluída na contrariedade do direito. Mas para que se tenha um ato como contrário à moral é preciso que a contradição se dê com a opinião mais generalizada da sociedade. Não basta, para configuração da nulidade, que o negócio atrite a moral de determinada religião, ou com a sensibilidade das pessoas de requintada exigência ética; nem cabe exigir-se que a moral seja apenas a de determinado grupo de pessoas. (Comentários ao Novo Código Civil, Editora Forense, Vol. III, 3ª Ed., Rio de Janeiro, ano 2006, páginas 441/442).

A prostituição é uma ocupação que remonta à Antiguidade Oriental, nas civilizações mais antigas no vale da Mesopotâmia, por volta de 1700 a.C.

Desde então, ela esteve presente, como, por exemplo, na época Romana e Idade Média; ora sendo criticada, ora sendo abertamente aceita e institucionalizada, como no reinado de Luis XV, na França, quando teve seu auge. (Fonte: "Prostituição, Lenocídio e Tráfico de Pessoas – Aspectos Constitucionais e Penais", Guilherme de Souza Nucci, Ed. Forense).

Aqui no Brasil, também há registros de prostituição desde a época das sociedades indígenas e do Período Colonial (Fonte: História das Mulheres no Brasil, Mary Del Priori, ano 2004, Ed. Contexto).

Atualmente, no mundo pós-moderno, a atividade da prostituição, em que se oferece serviços sexuais em troca de vantagem econômica, vem se difundido nas cidades maiores.

Tradicionalmente, tal atividade, por envolver questões sexuais, sempre foi vista como pecaminosa, ofensiva aos "bons costumes" e à moral, então mais conservadora, religiosa e rígida, não encontrando, por isso, proteção jurídica.

O tema, entretanto, é controvertido.

Atualmente, com a evolução da sociedade contemporânea, que está em constante transformação de seus valores, a atividade de prestação de serviços sexuais tem se integrado à realidade atual.

Acesso ao Sumário

Quanto à evolução da mentalidade dominante e o conceito de "bons costumes", o saudoso Orlando Gomes esclarece:

> Não vale, porém, os negócios de conteúdo ilícito ou imoral. A locução 'negócio ilícito' não expressa todo negócio em que há violação de regra de caráter imperativo, mas se reserva para designar o negócio cujo conteúdo é, em conjunto, proibido pela lei. Por isso, há quem prefira dominá-lo 'negócio proibido'. Esta conceituação afasta qualquer dificuldade quanto à sanção aplicável. Todo negócio proibido é nulo de pleno direito.
>
> Mas difícil é o conceito de negócio imoral, porque os preceitos morais não estão formulados concretamente. Englobam-se na expressão bons costumes, a que falta rigidez, e precisão. Mas, se, por um lado, a definição de negócio imoral não pode ser formulada em termos gerais, porque vago o conceito de bons costumes, pelo outro, não oferece grande dificuldade sua aplicação prática, uma vez que se reconheça a existência de alguns princípios comuns a todos os povos civilizados, admitidos e observados pelos homens de bem. Esses princípios, no entanto, sofrem variações conforme a mentalidade dominante em cada época e em cada povo. (Orlando Gomes, Introdução ao Direito Civil, 5ª Ed., ano 1977, Ed. Forense, página 437/438)

A propósito, em 2002, com base na Classificação Uniforme de Ocupações (CIUO), (regulamentado pela Portaria do Ministério do Trabalho n. 397, de 9 de outubro de 2002), o Ministério do Trabalho e Emprego decidiu reconhecer e identificar todas as ocupações do mercado de trabalho do país. (endereço eletrônico constante no texto original).

Nessa listagem - Classificação Brasileira de Ocupações CBO -, os profissionais do sexo aparecem no item nº 5198 como uma categoria profissional, que, embora ainda não esteja regulamentada, já reflete uma mudança na mentalidade dominante.

A Justiça, que não deve fechar os olhos à evolução da sociedade, precisa estar atenta a suas transformações.

A Constituição da República Federativa Brasileira tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), constituindo como seu objetivo fundamental a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Permitir o acesso à Justiça é respeitar a dignidade sexual, a soberania sobre o próprio corpo e a livre autonomia no ato de contratar.

Diante dessa constante evolução dos costumes e da proteção garantida pela Carta Magna, não se pode negar tutela jurídica àquele que busca amparo do Estado, cobrando o valor ajustado de quem se aproveitou de seus serviços de

Acesso ao Sumário

cunho sexual, livremente contratados.

A respeito, Guilherme de Souza Nucci, em sua obra "Prostituição, Lenocídio e Tráfico de Pessoas - Aspectos Constitucionais e Penais", bem leciona que:

> (...) compreender a liberdade do ser humano, como indivíduo, sem lhe impor critérios morais estratificados e questionáveis quanto à sua vigência, é um dos maiores problemas da sociedade contemporânea. (...)
>
> Cremos que é perfeitamente viável que um trabalhador sexual, não tendo recebido pelos serviços sexuais combinados com o cliente, possa se valer da Justiça para exigir o pagamento. (...)
>
> A prostituição individual é somente uma prática laborativa como outra qualquer, reconhecida pelo Poder Executivo como profissão. (...) enfim, há direitos individuais em jogo que precisam ser tutelados e respeitados, independentemente de idiossincrasias alheias. (Editora Forense, ano 2015, 2ª Edição. f. 174 e 190/191).

O Eg. STJ já se debruçou sobre essa questão, ao afastar a caracterização do crime de roubo, qualificando a conduta da prestadora de serviço sexual, que se apoderou de colar de um cliente para garantir o pagamento da remuneração avençada, como exercício arbitrário das próprias razões.

Assim se posicionou o E. STJ, no julgamento desse caso, de relatoria do eminente Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado, por unanimidade, pela 6ª Turma em 2016:

> HABEAS CORPUS. ROUBO IMPRÓPRIO. NULIDADE DA SENTENÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. PRETENSÃO LEGÍTIMA E PASSÍVEL DE DISCUSSÃO JUDICIAL. REGRA. MORAL E DIREITO. SEPARAÇÃO. MUTAÇÃO DOS COSTUMES. SERVIÇO DE NATUREZA SEXUAL EM TROCA DE REMUNERAÇÃO. ACORDO VERBAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. USO DA FORÇA COM O FIM DE SATISFAZER PRETENSÃO LEGÍTIMA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 345 DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. A matéria atinente à nulidade da sentença não foi submetida à análise pelo colegiado do Tribunal estadual, circunstância que impede seu conhecimento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
>
> 2. Não mais se sustenta, à luz de uma visão secular do Direito Penal, o entendimento do Tribunal de origem, de que a natureza do serviço de natureza sexual não permite caracterizar o exercício arbitrário das próprias razões, ao argumento de que o compromisso assumido pela vítima com a ré - de remunerar-lhe por serviço de natureza sexual - não seria passível de cobrança judicial.

Acesso ao Sumário

3. A figura típica em apreço relaciona-se com uma atividade que padece de inegável componente moral relacionado aos “bons costumes”, o que já reclama uma releitura do tema, mercê da mutação desses costumes na sociedade hodierna e da necessária separação entre a Moral e o Direito.

4. Não se pode negar proteção jurídica àquelas (e àqueles) que oferecem serviços de cunho sexual em troca de remuneração, desde que, evidentemente, essa troca de interesses não envolva incapazes, menores de 18 anos e pessoas de algum modo vulneráveis e desde que o ato sexual seja decorrente de livre disposição da vontade dos participantes e não implique violência (não consentida) ou grave ameaça.

5. Acertada a solução dada pelo Juiz sentenciante, ao afastar o crime de roubo - cujo elemento subjetivo não se compatibiliza com a situação versada nos autos - e entender presente o crime de exercício arbitrário das próprias razões, ante o descumprimento do acordo verbal de pagamento, pelo cliente, dos préstimos sexuais da paciente.

6. O restabelecimento da sentença, mercê do afastamento da reforma promovida pelo acórdão impugnado, importa em reconhecer-se a prescrição da pretensão punitiva, dado o lapso temporal já transcorrido, em face da pena fixada.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença de primeiro grau, que desclassificou a conduta imputada à paciente para o art. 345 do Código Penal e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade do crime em questão.

(HC 211.888/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 07/06/2016)

A propósito, extraio trechos do voto do culto Relator, que cita lições de André Estefam, em sua tese de Doutorado, e de Guilherme Nucci:

> O tipo penal em apreço relaciona-se, na espécie, com uma atividade que, a despeito de não ser ilícita, padece de inegável componente moral relacionado aos “bons costumes”, o que já reclama uma releitura do tema, à luz da mutação desses costumes na sociedade pós-moderna. Não é despiciendo lembrar que o Direito Penal hodiernamente concebido e praticado nas democracias ocidentais passou por uma “longa encubação no pensamento jusnaturalista da época iluminista”, resultando na “separação entre legitimação interna e legitimação externa ou entre direito e moral” (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. Trad. Zomer et el.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 172).
>
> (...)
>
> Em verdade, “a história dos crimes sexuais é, em última análise, a história da secularização dos costumes e práticas sexuais.” (Paulo Queiroz, in (endereço eletrônico constante no texto original)).
>
> Sob essa mesma perspectiva, não vejo como se possa negar pro-

Acesso ao Sumário

teção jurídica àquelas (e àqueles) que oferecem seus serviços de natureza sexual em troca de remuneração, sempre com a ressalva, evidentemente, de que essa troca de interesses não envolva incapazes, menores de 18 anos e pessoas de algum modo vulneráveis, desde que o ato sexual seja decorrente de livre disposição da vontade dos participantes e não implique violência (não consentida) ou grave ameaça.

Conforme leciona Nucci,

'Na órbita do Direito Civil, a prostituição deve ser reconhecida como um negócio como outro qualquer [...] O comércio sexual entre adultos envolve agentes capazes. Como já se deixou claro, reconhecida a atividade no rol das profissões do Ministério do Trabalho, o objeto é perfeitamente lícito, pois é um contato sexual, mediante remuneração, entre agentes capazes. Seria o equivalente a um contrato de massagem, mediante remuneração, embora sem sexo. Não há forma prescrita em lei para tal negócio, que pode ser verbal (NUCCI, Guilherme de Souza. Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 190).'

(...)

Bem observa André Estefam, em tese de Doutoramento sobre o tema, que:

De acordo com o Código Civil (art. 104 e 166, a contrario sensu), é válido o negócio jurídico que envolver agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. A prostituição, quando realizada entre maiores e capazes, tem por objeto uma prestação lícita, possível e determinada, inexistindo, conforme é cediço, expressa proibição legal. (...) Nota-se, ademais, que o Texto assegura a liberdade de contratar, devendo ser exercida em razão e nos limites da "função social do contrato" (art. 421). Pode-se tê-la [a prostituição], nesta ordem de ideias, como um contrato de prestação de serviços, regido pelos arts. 593 e 594 do Código Civil, proclamando o último que toda "a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição". (ESTEFAM, André. Dignidade sexual como fruto da dignidade da pessoa humana: homossexualidade, prostituição e estupro. Tese de Doutorado em Direito. PUC. São Paulo, 2015, p. 170).

Vale acrescentar, como noticiado no referido trabalho acadêmico, que a Corte de Justiça da União Europeia **já reconheceu a legalidade da prostituição, declarando-a uma atividade econômica lícita, quando independente e voluntária, "isto é, se exercida por conta própria e tendo como contrapartida uma remuneração paga integral e diretamente ao profissional, sem subordinação a terceiros quanto à sua escolha, às condições de prestação do trabalho e à remuneração"** (ESTEFAM, André, op. cit.).

Dessas considerações - que, por óbvio, não implicam apologia

Acesso ao Sumário

ao comércio sexual do próprio corpo, mas apenas o reconhecimento, com seus naturais consectários legais, da secularização dos costumes sexuais e a separação, inerente à própria concepção do Direito Penal pós-iluminista, entre Moral e Direito (...)'.

Forçoso concluir, portanto, com base em tais lições doutrinárias e jurisprudencial, que o negócio celebrado pelo autor, prestação onerosa de seus serviços sexuais, é válido e passível de proteção jurídica.

Por tais motivos, dou provimento ao recurso para afastar a r. sentença, devendo o processo prosseguir com a designação de audiência de conciliação ou de mediação, ou, se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição amigável, com a intimação do réu, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta à ação em quinze dias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001267-60.2018.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante P.C.V. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado A.A.S.J.

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 30.688)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente) e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 5 de maio de 2021.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - Autor que era namorado da mãe do menor - Acompanhou o período gestacional e os três primeiros anos de vida da criança - Relacionamento com a genitora deste que terminou em julho/2017 - Autor que ingressou com esta demanda em fevereiro/2018 - Possibilidade do pedido - Paternidade socioafetiva que pode se reconhecida sem excluir a paternidade biológica - Multiparentalidade - Tese nº 622 do Egrégio STF - Contudo, no caso dos autos o vínculo socioafetivo não se mostra consolida-

do - Autor e menor que nunca residiram na mesma casa - Conquanto tenha o autor presenciado momentos importantes da criança, o relacionamento perdurou por apenas três anos - Reconhecimento que exige a existência de vínculo ininterrupto e habitual - Decurso do tempo que demonstrará a permanência dos laços ou não - Intenso convívio atual da criança com o genitor biológico e sua nova família - Reconhecimento da existência do vínculo socioafetivo, de forma prematura, que não se mostra salutar para nenhuma das partes, mormente para a criança - Improcedência mantida - Recurso desprovido.

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 204/207, acrescento que a sentença julgou improcedente ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva cumulada com visitas formulada por P.C.V. contra A.A.S.J., pai biológico do menor H.S.S.D. Foi o autor condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de R$ 1.000,00, observando-se o artigo 98, §3º, do CPC.

Volta-se o requerente contra a decisão, deduzindo em suas razões recursais de fls. 208/214, em resumo, que ingressou com esta demanda almejando a inclusão de um de seus sobrenomes ao registro de nascimento do menor H.S.S.D., sem exclusão da paternidade do pai biológico A.A., com fixação da visitação. Narra que houve pedido de tutela de urgência para garantir o direito de visitas à criança, uma vez que seu relacionamento com a genitora da criança terminou, o qual restou indeferido, sendo que após interposição de agravo de instrumento houve composição entre as partes, tendo o recurso restado prejudicado. Cita que a representante do menor concordou, em audiência, com o pedido inicial, deixou de ofertar contestação e o laudo psicológico foi favorável ao reconhecimento da dupla paternidade, diante do benefício à criança. Contestou o feito o pai biológico, reconhecendo a relação de afeto existente entre o apelante e o menor, alegando, contudo, que tal não se configura uma relação paternal ou socioafetiva, demonstrando preocupação em relação a eventual futuro arrependimento do autor e as consequências ao menor, não se opondo às visitas desde que ajustada entre as partes e sem pernoite, enfatizando o requerente que o Ministério Público foi favorável à procedência do pedido. Aponta que a Jurisprudência admite a possibilidade da coexistência da paternidade socioafetiva com a paternidade biológica, entendendo que uma não exclui a outra, podendo a criança contar com dois pais, inclusive em seu assento de nascimento. Menciona julgado da Corte Superior destacando que o conceito de pluriparentalidade não é novidade e as leis é que necessitam se adaptar às necessidades das pessoas, ressaltando que o

Acesso ao Sumário

julgado se encontra na contramão desse entendimento e que se mostra benéfico à criança receber carinho de ambos os pais. Insiste que não cabe ao Magistrado fazer juízo de valor acerca dos sentimentos das partes, dos laços afetivos, posto que para tanto, atuou a psicóloga judiciária. Afirma que, se prevalecer o entendimento do Magistrado, o reconhecimento do vínculo socioafetivo somente seria possível enquanto o casal estivesse junto, dependendo para sua manutenção, da existência da relação conjugal entre a genitora e seu companheiro. Pugna pela reforma do julgado, com a procedência do pedido inicial.

Recurso regularmente processado, com contrarrazões às fls. 220/224. A D. Procuradoria manifestou-se pelo desprovimento do reclamo (fls. 234/237).

2. Pretende o recorrente, declarar sua paternidade socioafetiva em relação ao menor H.S.C.S.D., alterando o seu registro de nascimento, mantendo-se a paternidade biológica, com fixação de regime de visitas à criança.

Narra que iniciou relacionamento com a genitora do infante em 12/06/2014, quando esta já se encontrava grávida do réu, participando de todo período gestacional e dos primeiros meses de vida da criança, assumindo o verdadeiro papel paterno, participando, inclusive, de seu parto.

Por sua vez, o pai biológico não se fazia presente e somente passou a contribuir financeiramente após um acordo perante a Defensoria.

Discorre que, conquanto não tenham residido sob o mesmo teto, dormiram um na casa do outro, possuindo contato frequente com a criança, sendo que o autor passou a arcar com diversas despesas do menor, criando e estreitando os laços afetivos que o levaram a considerá-lo como sendo seu filho, observando que os genitores do autor consideram aquele como seu neto.

Houve durante esses anos o estabelecimento de uma verdadeira relação pai-filho, na qual o autor criou e educou o menor, partilhando momentos juntos e com familiares, contribuindo para o sustento do petiz.

Afirma que após o término do relacionamento com a genitora do menor (em 2017) esta vem criando dificuldades para o contato entre ambos, necessitando o apelante ingressar com esta demanda para ver reconhecida a paternidade socioafetiva entre ambos, incluindo o nome do autor no registro de nascimento da criança e consequentemente ver regulamentado seu direito de visitas.

Indeferido pedido liminar para realização das visitas (fls. 37/38), houve desistência do agravo de instrumento interposto (fls. 40/45 e 122), diante do acordo entabulado entre a genitora do menor e o autor para realização da visitação (fl. 81).

Em audiência a representante de H. disse não se opor ao pedido inicial (fl. 81).

Entretanto, o pai registral contestou o feito, admitindo a convivência do autor com o menor, mormente por conta do seu relacionamento com a genitora

Acesso ao Sumário

deste, justificando que se mostra natural o aumento do vínculo diante da maior convivência.

Alega, contudo, que sempre esteve presente na vida do filho e afirma que não se trata de um vínculo socioafetivo - aquele existente entre o autor e o petiz -, em que pese as boas intenções do requerente.

Aponta que o tema envolve inúmeras questões na vida da criança sendo que em lides que envolvem o direito de filiação devem os processos serem tratados com extremo zelo e cuidado para que um infante não seja lesado por atitudes inconsequentes e imaturas que podem, posteriormente, trazer arrependimentos.

Admite que o ordenamento traz a possibilidade de reconhecimento do pedido do autor, contudo, além dos direitos há que se atentar aos deveres que serão consequência deste reconhecimento, tais como dever de sustento e hereditários.

Concorda com o contato entre ambos, discordando apenas das pernoites, se opondo à alteração do registro visando o melhor interesse da criança (fls. 143/149).

In casu, nenhum reparo comporta o julgado.

De início, importante consignar que a pretensão do autor vem autorizada em especial na tese nº 622 do Egrégio Tribunal Federal estabelecendo que "*A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*".

Há ainda enunciados que respaldam a tese acima, tais como o Enunciado 256 do CJF, da III Jornada de Direito Civil dispondo que: "*A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil*" e o Enunciado 519 do CJF, da V Jornada de Direito Civil: "*O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais*".

Também o artigo 1.593 do Código Civil em perfeita consonância com a Constituição Federal dispõe que "*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem*".

Diante disso, considerando que, em tese, é possível o reconhecimento de diversos conceitos de família, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e da prioridade dos interesses da criança, mostra-se indispensável analisar se, no caso em comento, estão presentes as circunstâncias e pressupostos exigidos para a configuração da paternidade socioafetiva, bem como se este atende aos interesses do menor.

Acerca do tema, julgados desta Egrégia Corte de Justiça: "*FAMÍLIA - Multiparentalidade - Pretensão de reconhecimento de maternidade socioafetiva, sem exclusão de registro dos pais biológicos - Viabilidade reconhecida em*

Acesso ao Sumário

teoria na doutrina, tese de repercussão geral do E. STF e enunciados do CJF - Possibilidade, em abstrato, que permite, no caso, maior dilação probatória para examinar a veracidade dos fatos alegados e o interesse da menor, cuja proteção é prioritária constitucional e legalmente - Sentença anulada, determinando-se a realização da devida instrução processual - Recurso parcialmente provido" (2ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº1013943-51.2020.8.26.0007 - Relator Desembargador Álvaro Passos; Órgão Julgador - Data do Julgamento: 22/02/2021).

E ainda: "*INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. MULTIPARENTALIDADE. Ação ajuizada pelo pai biológico para reconhecimento da paternidade da ré. Sentença declaratória de paternidade biológica, com fundamento em exame de DNA positivo. Insurgência do pai biológico, para exclusão do nome do pai registral do assento de nascimento da menor. Impossibilidade. Situação típica de multiparentalidade, confirmada por laudo da equipe multidisciplinar. Paternidade biológica do requerente que não exclui a paternidade socioafetiva do requerido. Precedente normativo proferido em sede de Recurso Extraordinário com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. Pedido que atende aos interesses e é formulado por todos os envolvidos. Sentença mantida. Recurso improvido*" (1ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº 0021813-63.2012.8.26.0002 - Relator Desembargador Francisco Loureiro - Data do Julgamento: 23/11/2020).

Acerca do tema, vale a pena transcrever trecho deste último aresto: "*O termo outra origem, usado pelo legislador, admite como fontes do parentesco os casos de reprodução artificial e as relações socioafetivas, sem vínculo biológico ou de adoção. Na lição de Edson Luiz Fachin, a verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética (Comentários ao Novo Código Civil, Forense, V. XVIII, p. 25; ver, também, Eduardo Oliveira Leite, Temas de Direito de Família, RT, 1.994, p. 121, entre outros)... Importante ressaltar que o reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva deve ocorrer quando, mesmo não havendo a ligação biológica entre pais e filhos, há laços tão fortes de amor, cuidado, dedicação e respeito entre eles, que denotam a existência de relação filial, ainda que desbiologizada... Sobre a necessidade de se buscar um novo parâmetro para o reconhecimento do estado de filiação, explica Caio Mário da Silva Pereira: 'neste contexto, há que se abandonar a maior ênfase atribuída ao biologismo da paternidade, tão comum nos países latinos, e considerá-la no âmbito da proteção e carinho dedicados a alguém que, por opção, acolheu uma certa pessoa como filho' (Instituições de direito Civil, vol. V, 14ª. Edição Forense, p. 313). Essa também a lição de Paulo Lobo, para quem, na sociedade contemporânea, as relações de afeto devem prevalecer sobre o vínculo biológico: 'Fazer coincidir a filiação com a origem genética*

Acesso ao Sumário

é transformar aquela, de fato cultural e social em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a pior solução. A origem biológica era indispensável à família patriarcal e exclusivamente matrimonializada para cumprir suas funções tradicionais e para separar filhos legítimos dos filhos ilegítimos. A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo (...) A chamada verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, especialmente quando esta já tiver sido constituída na convivência duradoura com pais socioafetivos (posse de estado) ou quando derivar da adoção' (Direito de Família e das Sucessões Temas Atuais, A nova principiologia do direito de família e suas repercussões, Método, 2009, pp. 13/14)... A fim de conciliar os interesses em jogo, a jurisprudência tem admitido que a paternidade socioafetiva não é incompatível com a simultânea paternidade biológica... Trata-se, em suma de reconhecer a multiparentalidade fundada em origens distintas, biológica e socioafetiva, em favor do melhor interesse da criança".

Ultrapassada essa questão, enfatizando-se que a sentença não fundamentou a improcedência da pretensão inicial por entender não ser possível a existência de ambos os vínculos (biológico e socioafetivo), mas sim, por não vislumbrar a concretização da alegada socioafetividade, de rigor analisar a força do vínculo existente entre o autor e a criança H. e decidir a questão posta.

No caso dos autos, com efeito, em que pese o intenso relacionamento entre o apelante e o menor H., parece que se mostra necessário maior intervalo de tempo a fim de que se possa reconhecer a existência desse vínculo.

É que, do conjunto probatório extrai-se que a genitora da criança e o apelante mantiveram relacionamento de 12/06/2014 a 30/07/2017, tendo H. nascido em 08/07/2014 (fl. 83).

Ocorre que em 21/02/2018 ingressou o apelante com esta demanda almejando a consolidação do vínculo socioafetivo.

Contudo, de fato, para esse reconhecimento imperioso o transcurso de tempo maior a fim de se aquilatar a propalada socioafetividade, e, em que pese não se mostrar essencial, não se pode descartar o fato do autor nunca ter residido com a criança.

Essa questão deve ser ponderada nos autos, na medida em que é preciso que o relacionamento tenha habitualidade e ocorra de forma ininterrupta.

Nessa linha de raciocínio, como bem ponderou o Douto Magistrado: "*Não obstante a forma afetiva com que H.S.D.S.D. interagiu com o autor, como constatado pela psicóloga judiciária em entrevista conjunta realizada, resta claro que atualmente o papel de pai é exercido de forma efetiva por A. Aliás, a criança identificou o autor como 'papai P.', mas consignou, 'de maneira natu-*

Acesso ao Sumário

ral e espontânea, que também tem o 'papai J.'" (fls. 137). Infere-se, portanto, que o menor reconhece A. (J.) como seu pai, apesar de possuir com o autor uma relação afetiva, como teria, por exemplo, com um 'tio', padrinho ou outro parente próximo. Saliente-se que o menor e o autor não chegaram a residir juntos, como informado na inicial, e o lapso temporal entre seu nascimento e o rompimento do namoro mantido pelo requerente e a genitora do infante (03 anos) não se revela suficiente para formação de laços afetivos irreversíveis, especialmente na criança. Outrossim, para o reconhecimento da paternidade socioafetiva imprescindível a demonstração do estado de posse de filho, não bastando apenas manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança, nem mesmo mero auxílio econômico, moral constatado em diversos casos, é natural e esperado, sob pena de se inviabilizar a própria união. O estado de posse de filho, contudo, exige mais. Imprescindível que haja laços tão fortes de amor, cuidado, dedicação e respeito entre os envolvidos que denotem verdadeira relação filial, requisitos ainda ausentes no caso em apreço" (fls. 206/207).

Além disso, como bem pontuado no parecer ministerial de fls. 234/237: "*Segundo José Bernardo Ramos Boeira, 'a posse do estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação diante de terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai. (...) ensina Orlando Gomes que a posse do estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que cria e educa, devendo ter os seguintes requisitos: a) sempre ter levado o nome dos presumidos genitores; b) ter recebido continuamente o tratamento de filho legítimo; c) ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho legítimo. Pontes de Miranda entende que a posse do estado de filho legítimo consiste no gozo do estado, da qualidade de filho legítimo e das prerrogativas dele derivadas, e que concisamente, pode ser resumida em três palavras: 1) Nomen: que o indivíduo use o nome da pessoa a que atribui a paternidade; 2) Tractatus: que os pais o tratassem como filho, e nessa qualidade lhe tivessem dado educação, meios de subsistência etc.; 3) Fama; que o público o tivesse sempre como tal. Há autores que entendem ser dispensável o requisito 'nome', bastando a comprovação dos requisitos tratamento e fama, já que os filhos são reconhecidos, na maioria das vezes, por seu prenome. (BOEIRA, 1999, p.60 apud CASSETTARI, 2014, p. 35-36, grifo nosso) 'o vínculo socioafetivo poderá ocorrer de forma registral, quando o pai, mesmo sabendo não ser seu filho, o registra e o trata como tal durante sua vida ou ainda por afinidade, quando o pai, mesmo não tendo vínculo consanguíneo, nem registrado o filho, cria, ama e o tem como filho por sua vida'. (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Obrigação alimentar decorrente de paternidade socioafetiva? Posição contrária. Carta Forense, SP, p. B24-B24. Jan. 2013). No caso duas são as premissas*

Acesso ao Sumário

que dificultam a decisão. A primeira é que hoje há um relacionamento afetivo entre a criança de três anos e o apelante o que, em tese, justificaria a medida. Isso foi fundamentado no laudo técnico (fls. 135/38). É um dado importante, mas o curto período de convivência não pode ser tachado de absoluto e irreversível. Mas, a outra premissa apresenta-se mais controversa. O apelante já se separou da mãe do garoto H. e, com isso, os contatos serão menos frequentes com o passar do tempo e as relações tendem a se dissipar" (fls. 234/237).

E, conquanto o autor tenha presenciado fatos importantes do menor H., como seu nascimento, primeiros passos, entre outros, certo é que isso ocorreu por questões circunstanciais diante do relacionamento com a genitora da criança.

Em palavras diversas, para que seja avaliada a questão da socioafetividade é preciso que este vínculo afetivo perdure por mais um significativo período em que pese a separação do casal e que os laços de afetividade entre os envolvidos perdurem e se mostrem intensos apesar do distanciamento natural que ocorrerá, não se mostrando proveitoso para nenhuma das partes, preponderantemente para a criança, o estabelecimento desse vínculo nesse momento e, no futuro inexistir convivência com o pai socioafetivo em razão do seu afastamento até por eventual constituição de novo núcleo familiar.

Outrossim, diante do saudável relacionamento existente entre a criança e o autor "*recomenda-se que a manutenção desses vínculos de afeto seja estimulada pelos genitores, ainda que de forma espontânea e voluntária como vem sendo realizada, na busca da preservação do melhor interesse de seu filho e do pleno cumprimento de seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária*" (fl. 207).

Sendo assim, de rigor manter integralmente o julgado, com a improcedência da pretensão inicial.

Para os fins do artigo 85, § 11º, do novo Código de Processo Civil, arbitro honorários advocatícios em favor do patrono do apelado em mais R$ 1.000,00, observada a gratuidade deferida ao requerente (fls. 37/38).

3. Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002204-46.2019.8.26.0030, da Comarca de Apiaí, em que são apelantes CÉSAR DE ALMEIDA e OZIEL DE ALMEIDA, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.010)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCOS GOZZO (Presidente sem voto), JOSÉ MARCOS MARRONE e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

TAVARES DE ALMEIDA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - AUTORES - ACORDO EM AÇÃO EXECUTIVA PROPOSTA PELO RÉU - DÍVIDA - PAGAMENTO - FEITO - EXTINÇÃO - SENTENÇA - TRÂNSITO EM JULGADO - RÉU (EXEQUENTE) - INGRESSO NAQUELES APÓS MAIS DE DOZE ANOS - PLEITO - RECEBIMENTO DA DÍVIDA JÁ SOLVIDA - REQUERIMENTO - BLOQUEIO DE VALORES E PENHORA DE BENS - JUÍZO - DEFERIMENTO - PARCIAL ÊXITO NA CONSTRIÇÃO DA QUANTIA - COAUTOR - INTERPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - JUÍZO - RECONHECIMENTO DO EQUÍVOCO - LIBERAÇÃO DO NUMERÁRIO - CONDENAÇÃO DO EXEQUENTE/RÉU PELA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AUTORES - PRETENSÃO NESTA AÇÃO - DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO QUE COBRADO - POSSIBILIDADE - RÉU - CONDUTA - AUSÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL - APLICAÇÃO DO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.078/90 E ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL - CONDUTA CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA - ENTENDIMENTO DO STJ - PEDIDO - PROCEDÊNCIA - SENTENÇA - REFORMA. APELO DOS AUTORES PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de ação indenizatória, cujo relatório da sentença se adota, julgada nos seguintes termos: "*... Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta: A) Reconheço a falta de interesse processual em relação ao pedido de declaração da inexigibilidade dos valores cobrados nos autos nº 0001640-17.2001.8.26.0030*

e como consequência julgo extinto o feito com fundamento no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil. A) JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados por CESAR DE ALMEIDA E OZIEL DE ALMEIDA, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Sucumbentes, condeno os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes últimos que fixo em 10% do valor da causa, nos termos do art. 85, §2º, do Novo Código de Processo Civil." (fls. 597/602).

Os autores apelaram. Sustentam que a pretensão se ampara nos arts. 940 do Código Civil e 42, parágrafo único, do CDC. Colacionam precedentes. Ressaltam o entendimento sobre a desnecessidade de novo pagamento para permitir a devolução em dobro em razão da cobrança de dívida já adimplida. Observam que diante da conduta, o réu foi condenado por litigância de má-fé na execução. A sentença padece de fundamentação e não enfrentou na integralidade a tese inaugural. Asseveram na imputação das verbas sucumbenciais deve ser observado o princípio da causalidade. Pretendem a reforma da sentença (fls. 605/621).

Não há contrarrazões (fls. 642).

É O RELATÓRIO.

Os autores sofreram execução movida pelo réu (Autos nº 0001640-17.2001.8.26.0030). Em petição datada de 6.1.2005, requereu a extinção do feito diante do pagamento (fls. 220). Sobreveio a sentença (fls. 221), transitada em julgado em 10.3.2005 (fls. 224).

Em 6.12.2017, o réu postulou a penhora *online* no sistema Bacenjud e pesquisas nos sistemas Renajud e Infojud (fls. 309). Apresentou planilha atualizada da dívida (fls. 316/321). O juízo deferiu a medida (fls. 324). Houve respostas do Renajud (fls. 326/327). Já pelo Bacenjud buscou o bloqueio de R$ 165.795,43, com efetiva constrição de R$ 2.595,71 (fls. 328/330). Houve também resposta do Infojud (fls. 331/341).

Naqueles autos o coautor César de Almeida apresentou exceção de pré-executividade em que alega a cobrança indevida, já quitada anteriormente (fls. 351/358). O réu insistiu no prosseguimento das medidas executórias (fls. 367/368), culminando na reiteração do pleito pelo autor (fls. 369/379).

O juízo da ação executiva reconheceu o equívoco e determinou o desbloqueio do valor (fls. 386), inclusive condenando a instituição financeira pela litigância de má-fé, ressalvando que o pedido de devolução em dobro dos valores demandaria o ajuizamento de ação própria, o que motivou a propositura da presente lide (fls. 405/407).

Incontroverso que o réu retomou o andamento do processo executivo, já extinto pelo pagamento, visando o recebimento de R$ 165.795,43 (saldo atualizado em 7.6.2018 - fls. 320). Ocorre que o feito havia transitado em julgado em 10.3.2005.

Acesso ao Sumário

Ainda que o bloqueio não atingisse o total do que indevidamente pretendido, a cobrança foi temerária, com o que se reconheceu, naqueles autos, que litigou de má-fé. Assim, passível a repetição em dobro do que exigido, à luz do art. 42, parágrafo único, da Lei 8.078/90 e art. 940 do Código Civil:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Vale observar a desnecessidade da prova de má-fé, porquanto, no caso específico, não se trata de engano justificável, e inclusive porque já reconhecida naqueles autos. Sobre o tema, lição de Claudia Lima Marques:

"*Prevista como uma sanção pedagógica e preventiva, a evitar que o fornecedor se 'descuidasse' e cobrasse a mais dos consumidores por 'engano', que preferisse a inclusão e aplicação de cláusulas, ou que o fornecedor usasse de métodos abusivos na cobrança correta do valor, a devolução em dobro acabou sendo vista pela jurisprudência, não como uma punição razoável ao fornecedor negligente ou que abusou de seu 'poder' na cobrança, mas como uma fonte de enriquecimento 'sem causa' do consumidor. Quase que somente em caso de má-fé subjetiva do fornecedor, há devolução em dobro, quando o CDC, ao contrário, menciona a expressão 'engano justificável' como a única exceção. Mister rever esta posição jurisprudencial. A devolução simples do cobrado indevidamente é para casos de erros escusáveis dos contratos entre iguais, dois civis ou dois empresários, e está prevista no CC/2002. No sistema do CDC, todo o engano na cobrança de consumo é, em princípio injustificável, mesmo o baseado em cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão, ex vi o disposto no parágrafo único do art. 42. Cabe ao fornecedor provar que seu engano na cobrança, no caso concreto, foi justificado*." (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor/Claudia Lima Marques/Antônio Herman V. Benjamin/ Bruno Miragem. - 3ª edição; Editora Revista dos Tribunais, 2010 - p. 805)

Acesso ao Sumário

Em recente posicionamento o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a prescindibilidade do caráter volitivo da conduta desde que a cobrança contrarie a boa-fé objetiva:

"*Com essas considerações, conhece-se dos Embargos de Divergência*

para, no mérito, fixar-se a seguinte tese:

A REPETIÇÃO EM DOBRO, PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC, É CABÍVEL QUANDO A COBRANÇA INDEVIDA CONSUBSTANCIAR CONDUTA CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA, OU SEJA, DEVE OCORRER INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DO ELEMENTO VOLITIVO." (EAREsp 664.888/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2020, DJe 30/03/2021).

Pontue-se que a medida também se respalda na regra do art. 940 do Código Civil:

Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo para condenar o réu Banco do Brasil ao pagamento em dobro do valor indevidamente cobrado na Ação Executiva nº 0001640-17.2001.8.26.0030, extinta desde março de 2005 diante da satisfação da dívida. O valor será atualizado a partir do ajuizamento (R$ 331.590,86 - fls. 10), com juros de mora de 1% a partir da citação. Condeno-o ainda ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da condenação (art. 85, § 2º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001319-15.2017.8.26.0414, da Comarca de Palmeira D'Oeste, em que é apelante/apelado PAULO SANTARELLI MIRANDA, são apelados/apelantes RENATO JOSÉ DE OLIVEIRA LOPES, HEITOR MANOEL DE OLIVEIRA LOPES (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e ÉRICA CRISTIANE DE OLIVEIRA ARAÚJO (FALECIDO) e Apelada BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram o recurso do réu e deram provimento parcial ao recurso dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.527)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), CRISTINA ZUCCHI e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 12 de maio de 2021.
GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Acidente de trânsito. Ação de reparação de danos materiais e morais. Vítima fatal.

Mantido o indeferimento da gratuidade da justiça ao réu, foi concedido o prazo de 5 dias para que comprovasse o recolhimento do preparo recursal. Ausente a comprovação do recolhimento, evidente a deserção. Recurso não conhecido.

Conforme entendimento consolidado do C. STJ, tratando-se de família de baixa renda, hipótese dos autos, é cabível a fixação de pensão mensal em favor do genitor do falecido, em 2/3 do salário- mínimo, a partir da data em que a vítima completaria 14 anos de idade até a data em que atingisse 25 anos, e a partir daí a pensão será de 1/3 do salário-mínimo, até a data em que o falecido alcançasse 65 anos, ou até a data da morte do beneficiário (genitor), o que ocorrer primeiro, sendo necessária a constituição de capital para garantir o pagamento da pensão, conforme determina o art. 533 do CPC e a Súmula nº 313 do C. STJ. As pensões já vencidas deverão ser acrescidas de atualização monetária pela Tabela Prática desta E. Corte e de juros de mora de 1% ao mês, desde os respectivos vencimentos, e pagas de uma só vez.

Não havendo documentos que comprovem os gastos com o funeral da vítima, incabível a condenação do réu ao pagamento de valores a esse título.

O valor da indenização por danos morais, a saber, R$100.000,00 para cada autor, afigurou-se adequado e não comporta a majoração pretendida.

Recurso do réu não conhecido, parcialmente provido o recurso dos autores.

VOTO

A r. sentença de fls. 864/868, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação principal e a denunciação da lide para o fim de condenar solidariamente o réu e a seguradora litisdenunciada, esta última nos limites da apóli-

ce, a pagar aos autores indenização por danos morais no valor de R$100.000,00, para cada um, a ser acrescido de atualização monetária pela Tabela Prática desta E. Corte desde o arbitramento (Súmula nº 362/STJ) e de juros moratórios de 1% ao mês desde o evento danoso (CC, art. 398 e Súmula nº 54/STJ). Diante da sucumbência em maior extensão na lide principal, condenou o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da sua condenação. Na lide secundária, condenou a litisdenunciada ao pagamento das custas e despesas processuais relativas à denunciação e dos honorários advocatícios do patrono do denunciante, fixados em 10% do valor de sua condenação.

Apela o réu (fls. 874/879). Preliminarmente, reitera o pedido de concessão da gratuidade da justiça. Acrescenta que é parte ilegítima para responder aos termos da presente demanda. Afirma que não assumiu o risco da ocorrência do resultado morte e que jamais imaginou que ele pudesse ocorrer. Assevera que o indeferimento da oitiva dos avós paternos da vítima fatal, para esclarecer se havia vínculo afetivo entre ela e seus pais, caracterizou cerceamento de defesa. Assinala que a autora Érica faleceu no curso da demanda, fato não comunicado em juízo. Alega que, como não houve a sucessão processual da autora, a ação deve ser extinta, sem resolução do mérito, com relação a ela. No mérito, argumenta que a vítima era criada pelos avós e não tinha vínculo afetivo com seus pais, motivo pelo qual inexiste dano moral a indenizar. Sob tais fundamentos, requer a reforma da r. sentença.

Apelam os autores (fls. 880/895). Sustentam que a indenização por danos morais foi subestimada e deve ser majorada para 500 salários-mínimos. Aduzem que, de acordo com a jurisprudência do C. STJ, é devido o pensionamento aos pais, pela morte de filho, nos casos de família de baixa renda, hipótese dos autos. Assinalam que a pensão mensal deverá ser fixada em 2/3 do salário-mínimo, desde os 14 até os 25 anos de idade da vítima e, a partir daí, reduzido para 1/3 até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima que, na data do óbito era de 75 anos e 6 meses. Asseveram que deve ser constituído capital para o respectivo pagamento, com fundamento na Súmula nº 313 do C. STJ. Anotam que a vítima era irmão gêmeo do autor Heitor. Ressaltam que o réu deverá ser condenado ao pagamento das despesas com o funeral da vítima. Sob tais fundamentos, requerem a reforma da r. sentença.

Recursos contrariados (fls. 938/943 e 944/951).

Parecer da i. Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso do réu e pelo parcial provimento do recurso dos autores (fls. 958/961).

É o relatório.

Cuida-se de ação por meio da qual os autores pretendem a reparação dos danos causados pelo acidente de trânsito ocorrido em 27.12.2016, que ceifou

Acesso ao Sumário

a vida de Hentony Mateus de Oliveira Lopes, filho menor dos autores Érica e Renato e irmão do autor Heitor.

Em seu apelo, o réu reiterou o pedido de concessão da gratuidade da justiça, cujo indeferimento foi mantido inclusive com fundamento no que foi decidido por esta C. Câmara quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2226749-12.2018.8.26.0000 (fls. 842/849 e 963).

Diante disso, foi concedido ao réu o prazo de 5 dias para comprovar o recolhimento do preparo, sob pena de deserção (fl. 963). Tal decisão foi disponibilizada no DJE de 24.04.2020, sendo certo que em 12.05.2020 foi certificado o decurso do prazo sem qualquer manifestação do réu (fls. 964/965).

Apenas em 20.05.2020, o réu peticionou novamente, insistindo na concessão da benesse, já reiteradamente denegada (fls. 967/968 e 969/978).

Está evidente, portanto, a deserção, razão pela qual o recurso não pode ser conhecido.

A habilitação dos herdeiros da autora Érica, falecida no curso da demanda, deverá ser feita na fase de cumprimento de sentença (fl. 952).

O recurso dos autores comporta parcial provimento.

É firme a jurisprudência do C. STJ no sentido de que "é devida pensão por morte aos pais de família de baixa renda, em decorrência da morte de filho menor, e não é exigida prova material para comprovação da dependência econômica do filho, para fins de obtenção do referido benefício", hipótese dos autos. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1346126/GO, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, j. 11/12/2018; AgInt no AREsp 1.047.018/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 20/06/2017; AgRg no AREsp 346.483/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 07/11/2013; AgRg no Ag 1.252.268/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, j. 09/03/2010.

Assim, deve ser fixada pensão mensal em favor do genitor do falecido, em 2/3 do salário-mínimo, a partir da data em que a vítima completaria 14 anos de idade até a data em que atingisse 25 anos, e a partir daí a pensão será de 1/3 do salário-mínimo, até a data em que o falecido alcançasse 65 anos, ou até a data da morte do beneficiário (genitor), o que ocorrer primeiro, sendo necessária a constituição de capital para garantir o pagamento da pensão, conforme determina o art. 533 do CPC e a Súmula nº 313 do C. STJ.

Acesso ao Sumário

As pensões já vencidas deverão ser acrescidas de atualização monetária pela Tabela Prática desta E. Corte e de juros de mora de 1% ao mês, desde os respectivos vencimentos, e pagas de uma só vez.

A autora faleceu antes da data em que seu filho completaria 14 anos de idade, não havendo que se falar em pensão em favor dela.

Não havendo documentos que comprovem os gastos com o funeral da

vítima, incabível a condenação do réu ao pagamento de valores a esse título.

Por fim, o valor da indenização por danos morais, a saber, R$100.000,00 para cada autor, afigurou-se adequado e não comporta a majoração pretendida.

Ante o exposto, não conheço do recurso do réu, em razão da deserção, e dou parcial provimento ao recurso dos autores para condenar o réu ao pagamento de pensão mensal em favor do genitor do falecido, em 2/3 do salário-mínimo, a partir da data em que a vítima completaria 14 anos de idade até a data em que atingisse 25 anos, e a partir daí a pensão será de 1/3 do salário-mínimo, até que o falecido alcançasse 65 anos, ou até a morte do beneficiário, o que ocorrer primeiro, sendo necessária a constituição de capital. As pensões já vencidas deverão ser acrescidas de atualização monetária pela Tabela Prática desta E. Corte e de juros de mora de 1% ao mês, desde os respectivos vencimentos, e pagas de uma só vez.

Com fundamento no §11, do art. 85, do CPC, majoro os honorários advocatícios de sucumbência devidos pelo réu para 15% do valor atualizado da condenação.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000803-80.2020.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante J.Y.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada R.O.G.

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 37.892)**

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

São Paulo, 3 de maio de 2021.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. Reconhecimento post mortem. Impossibilidade. Inexistência de prova de convivência contínua, pública e duradoura até o falecimento do filho da requerida. Declaração de óbito com menção à existência de união estável feita pela requerida e exercício de profissão de eletricista no en-

Acesso ao Sumário

dereço da autora. Fatores isolados, que, por si só, são insuficientes a configurar a união estável, ante à ausência de mínima prova de convivência more uxorio, com comunhão de vida e gestão doméstica comum. Quadro probatório a caracterizar simples namoro qualificado. Jurisprudência do STJ. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 65/68, que julgou improcedente a ação de reconhecimento *post mortem* de união estável ajuizada por J.Y.S. em face de R.O.G., condenando a autora aos encargos de sucumbência.

Fê-lo a r. Sentença, basicamente, porque a autora não comprovou a união estável. com o falecido filho da ré, C.A.O.F., por aproximadamente dois anos de junho de 2017 até julho de 2019.

Aduziu que os caracteres da união estável não podem ser aferidos das provas apresentadas, consistentes em certidão de óbito, na qual a própria requerida declara a união (fl. 10), alvará para funcionamento de estabelecimento comercial em nome do falecido (fl. 12), declarações com firma reconhecida em cartório (fls. 13/14) e cinco fotografias do casal (fls. 15/16).

Esclareceu que não há indícios de *affectio maritalis*, continuidade da relação ou estabilidade capazes de demonstrar a união estável.

Aduziu que a união seria mais bem comprovada por documentos como comprovantes de endereço comum, correspondência em nome da autora e endereçada à residência do autor, conta bancária conjunta, plano de saúde, inclusão em rol de beneficiários de seguro de vida ou como dependente previdenciário.

Acrescentou que desacompanhadas de tais provas, as declarações configuram prova testemunhal reduzida a termo, porquanto a autora arrolou as declarantes para confirmar as declarações em juízo, fator insuficiente para comprovar a união estável.

Por fim, afirmou que o alvará municipal não ajuda a elucidar a união estável, pois não há ligação entre a requerente e o estabelecimento comercial mantido pelo "de cujus"; e as fotografias também carecem de valor probatório, pois provam não determinam a natureza da relação entre o casal.

Sustenta a autora apelante, em síntese, que: i) não apresentou provas de contas bancárias ou de créditos em lojas porque se trata de pessoas simples, sem essas relações jurídicas; ii) o falecido era eletricista e a autora, balconista, de modo que não havia certeza dos rendimentos do casal; iii) as mesmas razões impediam que houvessem celebrado contrato de plano de saúde e seguro de

Acesso ao Sumário

vida, ou inscrição como dependente previdenciário; iv) na certidão de óbito a declarante foi a própria requerida, reconhecendo a união estável; v) também as declarações de terceiros comprovam a união estável mantida como o *de cujus*, filho da Apelada, no período de Junho/2017 à data do falecimento, ou seja, até 19/07/2019 (fls.13/14).

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 70/73, pede o provimento do recurso.

O apelo foi contrariado às fls. 76/84.

É o relatório.

1. O recurso não comporta provimento.

Cuida-se de ação declaratória de união estável *post mortem* entre a requerente e C.A.O.F., por cerca de dois anos entre junho de 2017 e o falecimento do varão, em 19 de julho de 2019.

Sabido que a união estável tem a estatura constitucional de entidade familiar, de tal modo que para sua caracterização se exigem certos requisitos, bem delineados pela doutrina e legislação vigente.

O novo Código Civil, especificamente em seu artigo 1.723, reclama, para configuração da união estável, convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Deve haver posse de estado de casado, consistente de relacionamento público, notório, duradouro, que configure um núcleo familiar.

Deve haver vida em comum, *more uxório*, não necessariamente sob o mesmo teto, mas com sinais claros e induvidosos de que aquele relacionamento é uma família, cercada de afeto e de uso comum do patrimônio.

Na lição de **Simão Isaac Benjó**, a união estável se aproxima de fato do casamento, de modo que a companheira "*deve ter o trato, o nome e a fama de esposa*" (**União Estável e seus Efeitos Econômicos em face da Constituição Federal, *in* Revista Brasileira de Direito Comparado, 1.991, v. II, os. 59 e seguintes**).

2. No caso dos autos, a pobre prova documental apresentada pela autora é insuficiente a demonstrar a união estável, entidade familiar com diversos requisitos cumulativos e incompatível com a dubiedade.

Incontroverso que a requerente manteve um relacionamento afetivo com o falecido, fato confirmado pelas fotografias apresentadas no processo (fls. 15/16).

De acordo com as declarações de terceiros apresentadas pela autora, o casal chegou a conviver no mesmo endereço. Além disso, o falecido estabeleceu na residência da autora à rua (...) sua atividade de eletricista, conforme alvará municipal (fl. 12).

Acesso ao Sumário

Essas circunstâncias, entretanto, são absolutamente insuficientes a caracterizar a convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Da simples residência em comum, quiçá intermitente, não se pode deduzir a configuração de verdadeiro núcleo familiar durável, duradouro, notório e público.

Não há nos autos a mais tênue prova de convivência *more uxorio*, com apresentação pública do casal na qualidade de conviventes.

Também não se apresentou uma única prova de gestão comum da economia doméstica, mediante extratos de conta bancária conjunta, pagamento de faturas de energia elétrica e água feitos pelo *de cujus* ou aquisição conjunta de utilidades domésticas, por exemplo.

Inconsistente a escusa da recorrente, segundo a qual não apresentaram prova de conta bancária conjunta porque o casal era extremamente pobre.

Se o falecido atuava formalmente como autônomo conforme o alvará municipal de Microempreendedor Individual (fl. 12), com mais razão será titular de conta corrente, providência disseminada mesmo entre trabalhadores informais.

Diante da inexistência de provas de gestão familiar das receitas e despesas do casal - um dos fatores mais elementares da intenção de constituir família -, fragilizam-se as duas declarações genéricas reduzidas a termo por testemunhas (fls. 13/14).

Trata-se de declarações vagas e sem o condão de qualificar juridicamente a relação estabelecida entre o casal como "união estável", como consta dos documentos.

Também apresenta reduzido valor a menção da requerida na certidão de óbito do *de cujus*, segundo a qual o falecido "*era solteiro e segundo a declarante vivia em união estável com a senhora J.Y.S.*" (fl. 10).

Embora indiciária, semelhante declaração não dispensa a efetiva comprovação dos caracteres da união estável, que consiste em situação de fato caracterizada por um complexo de comportamentos e situações jurídicas entre os companheiros.

Lembro que as declarações de circunstancias acidentais apostas em assento de óbito não atribuem nem tiram direito de alguém.

No mais das vezes, tais declarações são colhidas em momento traumático e inseridas na verificação de óbito por servidor do serviço funerário.

É pouco para atestar a existência de união estável.

3. Da instrução probatória resulta que relacionamento entre os dois aproxima-se, se muito, ao conceito de namoro qualificado.

A figura consiste em "*mais do que namoro, e menos do que casamento*

Acesso ao Sumário

ou união estável, sem se revestir das características do noivado; relação amorosa adulta, madura, consciente, em que o par opta por não assumir nenhum compromisso com o outro, apesar da publicidade da relação, e mesmo da continuidade" (**Maria Aracy Menezes da Costa, Namoro qualificado: a autonomia da vontade nas relações amorosas, *in* Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade, IBDFAM, p. 169**).

O falecido se relacionava com a autora de modo contínuo, quiçá com residência comum durante certo período, mas sem chegar à gestão comum da economia doméstica, a ter filhos, à apresentação social como marido e mulher, enfim, à comunhão de vidas e esforços que caracteriza a unidade familiar.

A Jurisprudência do STJ chega a rejeitar a configuração de união estável até mesmo em casos de convivência sob o mesmo teto e com prole comum, caracterizados como fatores insuficientes *per se* a demonstrar os caracteres próprios da união estável. Confira-se:

> *RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. TRANSAÇÃO DE DIREITOS DISPONÍVEIS. DESNECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO. PRODUÇÃO DE EFEITOS A PARTIR DE SUA CONCLUSÃO. ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO. ARREPENDIMENTO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. As relações afetivas são inquestionavelmente complexas e, da mesma forma, o respectivo enquadramento no ordenamento, principalmente, no que respeita à definição dos efeitos jurídicos que delas irradiam. 3. A união estável, por se tratar de estado de fato, demanda, para sua conformação e verificação, a reiteração do comportamento do casal, que revele, a um só tempo e de parte a parte, a comunhão integral e irrestrita de vidas e esforços, de modo público e por lapso significativo. 4. Não é qualquer relação amorosa que caracteriza a união estável. Mesmo que pública e duradoura e celebrada em contrato escrito, com relações sexuais, com prole, e, até mesmo, com certo compartilhamento de teto, pode não estar presente o elemento subjetivo fundamental consistente no desejo de constituir família. 5. Nesse passo, afastada a configuração da formação de união estável, no caso concreto, reconhece-se como transação particular de direitos disponíveis o acordo firmado entre as partes e apresentado a Juízo para homologação...* (**REsp. nº 1.558.015/PR, 4ª Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, j. 12/09/2017**).

As circunstâncias dos autos, em particular a ausência de publicidade, de economia doméstica comum e, subsidiariamente, a brevidade do relacionamento e a tenra idade da autora e do falecido - sugerem tratar-se de um simples namoro qualificado.

Não há dúvida de que ambos mantinham relacionamento amoroso com certa consistência, a ponto de o requerente adotar o endereço da autora para fins

de cadastro como Microempreendedor Individual (fl. 12).

Em outros casos análogos ao presente, já se decidiu que o "namoro qualificado" não deve ser confundido com a entidade familiar. Nesse sentido, confira-se Acórdão do STJ em que se reconhece simples namoro qualificado em hipótese semelhante à dos autos:

> *RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. 2. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. NAMORO QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. 1. O conteúdo normativo constante dos arts. 332 e 333, II, da lei adjetiva civil, não foi objeto de discussão ou deliberação pela instância precedente, circunstância que enseja o não conhecimento da matéria, ante a ausência do correlato e indispensável prequestionamento. 2. Não se denota, a partir dos fundamentos adotados, ao final, pelo Tribunal de origem (por ocasião do julgamento dos embargos infringentes), qualquer elemento que evidencie, no período anterior ao casamento, a constituição de uma família, na acepção jurídica da palavra, em que há, necessariamente, o compartilhamento de vidas e de esforços, com integral e irrestrito apoio moral e material entre os conviventes. A só projeção da formação de uma família, os relatos das expectativas da vida no exterior com o namorado, a coabitação, ocasionada, ressalta-se, pela contingência e interesses particulares de cada qual, tal como esboçado pelas instâncias ordinárias, afiguram-se insuficientes à verificação da affectio maritalis e, por conseguinte, da configuração da união estável. 2.1 O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para*

Acesso ao Sumário

o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. 2.2. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social. 3. Da análise acurada dos autos, tem-se que as partes litigantes, no período imediatamente anterior à celebração de seu matrimônio (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), não vivenciaram uma união estável, mas sim um namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento projetaram para o futuro - e não para o presente -, o propósito de constituir uma entidade familiar, desiderato que, posteriormente, veio a ser concretizado com o casamento. 4. Afigura-se relevante anotar que as partes, embora *pudessem,* não se valeram, tal como sugere a demandante, em sua petição inicial, do instituto da conversão da união estável em casamento, previsto no art. 1.726 do Código Civil. Não se trata de renúncia como, impropriamente, entendeu o voto condutor que julgou o recurso de apelação na origem. Cuida-se, na verdade, de clara manifestação de vontade das partes de, a partir do casamento, e não antes, constituir a sua própria família. A celebração do casamento, com a eleição do regime de comunhão parcial de bens, na hipótese dos autos, bem explicita o termo a partir do qual *os então namorados/noivos, maduros que eram, entenderam por bem consolidar, consciente e voluntariamente, a relação amorosa vivenciada para constituir, efetivamente, um núcleo familiar, bem como comunicar o patrimônio haurido. A cronologia do relacionamento pode ser assim resumida: namoro, noivado e casamento. E, como é de sabença, não há repercussão patrimonial decorrente das duas primeiras espécies de relacionamento. 4.1 No contexto dos autos, inviável o reconhecimento da união estável compreendida, basicamente, nos dois anos anteriores ao casamento, para o único fim de comunicar o bem então adquirido exclusivamente pelo requerido. Aliás, a aquisição de apartamento, ainda que tenha se destinado à residência dos então namorados, integrou, inequivocamente, o projeto do casal de, num futuro próximo, constituir efetivamente a família por meio do casamento. Daí, entretanto, não advém à namorada/noiva direito à meação do referido bem. 5. Recurso especial provido, na parte conhecida. Recurso especial adesivo prejudicado* (**REsp. 1.454.643/RJ, 3ª Turma, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 03/03/2015**).

Acesso ao Sumário

A união estável é entidade familiar de estatura constitucional, que exige para sua tipificação diversos requisitos previstos no art. 1.723 do Código Civil.

Situações dúbias são incompatíveis com a publicidade, notoriedade e longevidade de situação de posse de estado de casado.

4. Pelo exposto, por qualquer ângulo que se analise a insurgência da autora, inviável seu acolhimento.

Apenas em observância ao art. 85, §§2º e 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios para 15% do valor da causa, ressalvada a gratuidade (fls. 18/19).

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000937-97.2020.8.26.0646, da Comarca de Urânia, em que é apelante VERA LUCIA GOMES SARTORE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CIA. DE SEGUROS PREVIDÊNCIA DO SUL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34194)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 18 de maio de 2021.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: CONTRATO DE SEGURO. AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZATÓRIA. ELEMENTOS DOS AUTOS INDICANDO QUE A CONTRATAÇÃO DO SEGURO OCORREU DE FORMA IRREGULAR, DESCUMPRINDO A SEGURADORA SEU DEVER PERANTE A SEGURADA-CONSUMIDORA. DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES DEBITADOS NA CONTA BANCÁRIA DA AUTORA A TÍTULO DE PRÊMIO. NECESSIDADE. DEVOLUÇÃO DE FORMA SIMPLES MANTIDA.

DANO MORAL CONFIGURADO EM RAZÃO DA PERDA DO TEMPO ÚTIL DE VIDA, POR PARTE DA CONSUMIDORA, A QUAL, NA TENTATIVA DE RESOLVER O PROBLEMA, FOI OBRIGADA A ALTERAR SUA ROTINA DIÁRIA, AUMENTANDO SUAS PREOCUPAÇÕES E DISSABORES. PRECEDENTES DESTA E. 34ª CÂMARA. FIXAÇÃO DA CONDENAÇÃO EM R$ 2.000,00. VERIFICAÇÃO DE QUE, CONFORME SÚMULA 326 DO E. STJ, A CONDENAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO POSTULADO NA INICIAL NÃO IMPLICA EM SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, DEVENDO, POIS, A SEGURADORA RESPONDER, POR INTEIRO, PELO PAGAMENTO DAS DESPESAS E HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS, NOS TERMOS DO ART. 86, § ÚNICO, DO CPC. INAPLICABILIDADE DA TABELA DA OAB, EM CASO DE FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA POR APRECIAÇÃO EQUITATIVA, POSTO QUE NÃO SE TRATA DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS, MAS SIM SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. Recurso de apelação parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 174/188, sem preparo em razão da justiça gratuita - fls. 89) interposta contra a r. sentença de fls. 158/170 (da lavra da MMª. Juíza Marcela Corrêa Dias de Souza), cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte ação declaratória c.c. repetição de indébito e indenizatória para "*1) DECLARAR inexistente a relação jurídica entre as partes que resultou nos descontos a título de seguro na conta corrente da parte autora; e 2) CONDENAR a parte ré a devolver à parte autora, de forma simples, os valores cobrados indevidamente da conta corrente da parte autora, nos meses de junho/2018 a outubro de 2020 (fls. 32/86), no valor de R$ 576,15 (quinhentos e setenta e seis reais e quinze centavos), bem como os valores debitados no curso da presente demanda, a serem apurados em cumprimento de sentença. Tais valores deverão ser atualizados pela Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, desde a data de cada um dos descontos indevidos. Os juros de mora de 1% ao mês incidirão a partir da citação. Considerando a sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios da parte contrária, ora fixados, por equidade, em R$ 800,00 (oitocentos reais), nos moldes do artigo 85, parágrafo 8º,*

Acesso ao Sumário

do Código de Processo Civil. Fica ressaltado que, com relação à parte autora, a execução de tais verbas sucumbenciais ficará sobrestada enquanto perdurar sua condição de beneficiário da justiça gratuita, conforme artigo 98, §3º, do Código de Processo Civil.".

Alega a autora-apelante, em síntese, que, apesar de requerido, não obteve a cópia da apólice, que despendeu tempo injustificado para solucionar o problema, que faz jus à indenização por danos morais, sugerindo o valor de R$ 10.000,00, que houve desrespeito às regras consumeristas e que a seguradora se aproveitou da idade avançada e simplicidade da autora para oferecer um seguro de vida, induzindo-a em erro e forçando-a a contratar. Aduz que a restituição dos valores indevidamente cobrados deverá ser em dobro, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC. Bate-se pela majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, em conformidade com a tabela da OAB. Requer a reforma de parte da r. sentença.

O recurso é tempestivo (fls. 173/174) e preenche suas condições de admissibilidade.

Contrarrazões às fls. 192/200, pugnando pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Conforme constou da r. sentença, a seguradora-apelada trouxe aos autos um áudio no qual há confirmação da contratação do seguro por parte da autora. No entanto, constou dos seus fundamentos haver elementos indicando que a seguradora se aproveitou da vulnerabilidade da autora para lhe "vender" o produto, consignando não haver (fls. 164) "*... como afirmar que a contratação se deu pela vontade livre emitida pela parte autora, livre de qualquer tipo de vício, diante da falta de clareza e precisão na contratação dos serviços oferecidos por telefone.*", evidenciando, assim, que não foi observado o direito do consumidor à informação, clara e adequada, sobre o produto ou serviço adquirido, deixando de se observar o disposto no art. 6º, III, do CDC.

A r. sentença também indicou que a seguradora deixou de observar o que dispõe o art. 9º da Resolução 294/2013 da SUSEP, o qual descreve os requisitos obrigatórios para a contratação de seguro por meio de telefone sem emissão de instrumento contratual, deixando a seguradora de comprovar o envio de documento do contrato à autora-apelante.

Assim, tendo em vista o descumprimento das regras consumeristas, bem como das regras estabelecidas pela SUSEP, decidiu-se que (fls. 167) "*... os valores debitados na conta corrente da parte autora, correspondente ao seguro, foram indevidos e deverão ser restituídos, por ausência de assentimento válido.*".

Portanto, restou incontroverso que a contratação do seguro ocorreu de forma irregular, descumprindo a seguradora seu dever perante a segurada-consumidora.

Acesso ao Sumário

A r. sentença entendeu que a cobrança indevida, por si só, não pode ser considerada agressão exacerbada, capaz de gerar abalo moral à consumidora, não se tratando de caso em que há falsidade de assinatura.

O caso concreto, contudo, demonstra que a autora é pessoa simples e que não detinha plenas condições de discernimento daquilo que estava contratando, conforme constou dos fundamentos da r. sentença, com base no áudio trazido pela seguradora (*link* indicado às fls. 102).

No referido áudio, além das questões muito bem tratadas na r. sentença, verifica-se que a interlocutora detinha em mãos todos os dados pessoais da autora-apelada, não tendo a seguradora demonstrado nos autos como teriam sido obtidos dados tão detalhados.

Isso revela uma forma "agressiva" de abordagem comercial, quando do oferecimento de produtos, por parte de pessoas autorizadas pela seguradora na intermediação da contratação de seguro.

Os documentos de fls. 25/31 demonstram que a autora requereu à seguradora o envio da apólice de seguro, pois lhe havia sido enviado somente o certificado individual do seguro, e comprovação da contratação contendo sua assinatura. Frise-se que não houve qualquer reclamação da autora sobre pedido, não atendido, de cancelamento do seguro.

Portanto, a rigor, bastaria à seguradora enviar a cópia da apólice e o *link* da conversa, por meio da qual ocorreu a contratação do seguro via telefone, assim que requerido, o que evitaria transtornos e perda de tempo útil em relação a tais questões.

Assim, aliado ao fato de que a contratação do seguro foi entendida como realizada de maneira irregular, com descumprimento até de regras da SUSEP, como acima destacado, entendo que restou configurado o dano moral.

Respeitado o convencimento da ilustre Juíza *a quo* e entendimentos em contrário, o caso concreto indica que não estamos tratando de meros dissabores, nem de singelo descumprimento contratual, mas de inexplicável desinteresse por parte da seguradora em resolver o problema exposto pela consumidora-autora.

Não se pode olvidar o evidente transtorno em decorrência do tempo despendido indevidamente pela autora na tentativa de receber simples documentos relativos ao seguro, tendo que se valer do Poder Judiciário para tal finalidade.

Ou seja, a indenização por dano moral é devida em razão da perda do tempo útil de vida, por parte da autora-consumidora, que foi obrigada a alterar sua rotina diária, efetuando várias reclamações junto aos serviços de atendimento ao consumidor.

Prevalece nesta E. 34ª Câmara o entendimento de que o tempo desperdiçado pelo consumidor na tentativa de solucionar problemas gerados pelo pró-

Acesso ao Sumário

prio fornecedor constitui dano indenizável:

> **"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Sentença de parcial procedência - Irresignação da autora quanto ao indeferimento do pedido de danos morais - Aplicável, no caso, a chamada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor - Indenização devida em razão da perda do tempo livre para tentar solucionar problema a que a parte não deu causa - "Quantum" fixado em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), em observância de critérios de significância, razoabilidade e proporcionalidade, sem deixar de lado o grau de culpa da autora em razão dos fatos narrados - Ônus de sucumbência atribuído exclusivamente à ré (art. 86, parágrafo único, do CPC) - Recurso provido."[1]**
>
> **"Apelação. Prestação de serviços de telefonia. Ação obrigação de fazer c./c. reparação moral. Sentença de parcial procedência. Alteração do plano de telefonia sem a anuência do consumidor por duas vezes em menos de doze meses. Apelo da autora para fixação de danos morais. Ausência de comunicação prévia e pessoal a consumidora sobre a alteração ou extinção de plano de telefonia (art. 52 da Resolução 632/2014 da Anatel). Falha na prestação de serviços pela forma insuficiente e ineficiente de comunicação com os consumidores sobre a alteração dos pacotes de telefonia. Relação de consumo. Perda do tempo útil. Desvio produtivo do consumidor. Danos morais reconhecidos (R$ 2.000,00). Sentença parcialmente reformada. Sucumbência alterada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."[2]**

Muito embora a teoria do tempo útil perdido seja relativamente recente, não se pode deixar de lado o fato de que, em determinadas situações concretas, como a dos autos, a perda de tempo gera desgaste emocional excessivo e consequente abalo emocional.

Assim sendo, respeitado o convencimento da ilustre Juíza *a quo*, mostra-se configurado, no caso concreto, o dano moral.

Como cediço, não há critérios objetivos para a fixação do valor da indenização a título de danos morais, ponderando a doutrina não haver "caminhos exatos" para se chegar à quantificação do dano extrapatrimonial, devendo o arbitramento levar em conta o grau de culpa, a gravidade do fato e as peculiaridades do caso concreto.

Desse modo, arbitro a indenização por danos morais no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Tal quantia mostra-se adequada, sendo que referido montante atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como à dupla finalidade

1 Apelação 1005493-45.2020.8.26.0161 - TJSP 34ª Câm. Dir. Privado - Rel. Desª. Lígia Araújo Bisogni - j. em 23/04/2021.

2 Apelação 1000233-10.2020.8.26.0024 - TJSP 34ª Câm. Dir. Privado - Rel. Des. L.G. Costa Wagner - j. em 30/09/2020.

Acesso ao Sumário

de punição pela conduta culposa e de desestímulo à prática dos mesmos atos, e leva em consideração o caso concreto, as condições pessoais da autora e a capacidade econômica das partes.

Assim, configurado o dano extrapatrimonial, o montante da condenação (R$ 2.000,00) deverá ser corrigido a partir da publicação da presente decisão, nos termos da Súmula nº 362 do E. STJ. Quanto aos juros legais de mora, tratando-se de responsabilidade contratual, a incidência deverá ocorrer a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil.

No que se refere à determinação de restituição dos valores do prêmio do seguro, debitados em conta bancária, não há reparos a se fazer na r. sentença, segundo a qual não restou comprovada (fls. 168) "*... a má-fé da parte ré, já que, embora não tenha sido observado o dever de informação previsto no Código de Defesa do Consumidor, a parte autora não contestou a autenticidade da gravação acostada aos autos.*".

Não se aplica à questão o disposto no art. 42, parágrafo único, do CDC, uma vez que, apesar de ter sido verificada a cobrança indevida, ante o descumprimento do dever de informação mais clara ao consumidor, não se está tratando de cobrança em excesso.

Quanto à verba honorária, não é o caso de observância da tabela da OAB, quando do arbitramento por apreciação equitativa, até porque não se está tratando de honorários contratuais, mas de honorários advocatícios sucumbenciais, devendo ser considerado, para tanto, o disposto no art. 85, § 8º, do CPC.

Tendo sido reconhecido o direito à indenização por danos morais, muito embora o valor fixado seja inferior ao pretendido, vale destacar que, nos termos da Súmula 326 do E. STJ, "*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*".

Destarte, verifica-se que a autora-apelante sucumbiu de parte mínima dos pedidos, devendo a ré-apelada responder, por inteiro, pelo pagamento das despesas e honorários, conforme disposto no art. 86, parágrafo único, do CPC.

Assim sendo, fixo os honorários advocatícios sucumbenciais, por apreciação equitativa, em R$ 1.500,00, com fundamento no art. 85, §§ 8º e 2º, do CPC.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011170-95.2018.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDUARDO BELLONI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41977)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI (Presidente sem voto), MARIO A. SILVEIRA e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 20 de maio de 2021.

LUIZ EURICO, Relator

Ementa: ACIDENTE DE VEÍCULO - PAGAMENTO POR SEGURADORA - AÇÃO REGRESSIVA CONTRA TERCEIRO CAUSADOR DO DANO - PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO - COLISÃO TRASEIRA - RESPONSABILIDADE DO RÉU EM RESSARCIR OS DANOS - PREVALÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR - VALOR DOS REPAROS COMPROVADOS - DESNECESSÁRIA, NO CASO, A REALIZAÇÃO DE TRÊS ORÇAMENTOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO

VOTO

Ação de ressarcimento de danos em razão de acidente de trânsito proposta pela seguradora após pagamento de indenização ao segurado, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 120/123, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais no importe de R$ 7.956,00, acrescido de juros moratórios de um por cento ao mês e de atualização monetária pela Tabela Prática do TJSP a partir da data do pagamento da indenização ao segurado pela autora, cujo relatório fica aqui incorporado.

Inconformado com a solução adotada, apela *Eduardo Belloni* a esta Corte (fls. 130/136).

Sustenta não ser devida a indenização no valor postulado, alegando, em suma, que os condutores dos outros veículos acordaram verbalmente que cada um assumiria as despesas dos reparos dos seus veículos, diante da dificuldade de se saber quem foi o culpado pelo acidente. Impugna o orçamento trazido

Acesso ao Sumário

aos autos, aduzindo que outros três orçamentos deveriam ter sido colacionados. Afirma que não foi comprovada a sua culpa ou o nexo causal entre os supostos prejuízos e o acidente mencionado. Assevera a impossibilidade de ressarcimento dos danos. Pede, assim, a reforma do julgado.

O recurso foi regularmente processado, com contrariedade (fls. 139/151).

É o relatório.

Cuida-se de ação regressiva de reparação de danos ajuizada pela ora Apelada Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais em face de Eduardo Belloni. Sustentou que firmou contrato de seguro com Marisol Guirado Parvo, a qual se envolveu com seu veículo em acidente de trânsito causado exclusivamente pelo réu, ora Apelante.

As razões ofertadas pelo Recorrente não se apresentam revestidas do caráter de contraposição à versão celular da demanda, restando consubstanciadas em meras ilações desprovidas de assertiva que possa deslocar o desfecho dos fatos diferentemente do que restou adotado pela sentença.

Ficou comprovada a ocorrência do acidente e o pagamento da indenização pela seguradora, que se sub-rogou nos direitos do proprietário do veículo segurado.

O réu confessou ter colidido na traseira do veículo segurado e não trouxe elementos a afastar a presunção legal de culpa do condutor do veículo traseiro em acidentes de trânsito desta natureza (art. 29, II da Lei nº 9.503/97).

Outrossim, não comprovou que a culpa pela ocorrência do evento não foi sua, mas sim da existência de veículos parados na esquina do local do acidente ou da imprudência do condutor do veículo segurado.

Desse modo, não há embaraço probatório com o condão de elidir a obrigação reparatória do réu.

Tratando-se de responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, configurado o dano e existindo nexo de causalidade, impõe-se o dever de reparar.

No mais, inexiste exigência legal prévia de apresentação de diversos orçamentos para os reparos do veículo, até porque não há contra-argumento concreto a elidir a expressão dos dispêndios, senão mero inconformismo genérico do Recorrente.

Quanto ao valor apresentado pela autora, limitou-se o réu a impugnar genericamente, sem, entretanto, esclarecer o montante que entende correto.

Por outro lado, o desembolso da quantia pretendida está demonstrado pelos documentos que acompanham a inicial.

Portanto, é inegável a ausência de substrato do reclamo recursal, prevalecendo integralmente a motivação adotada pelo juízo, fundada em todos os elementos de prova coligidos no bojo dos autos.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, nego provimento ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos, majorando os honorários advocatícios, fixados em R$ 2.000,00 para R$2.500,00, pelo trabalho em grau recursal, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, observada a condição suspensiva em razão da gratuidade da Justiça (art. 98, §3º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009335-16.2019.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que são apelantes T.W.S. (JUSTIÇA GRATUITA) e R.E.M.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado E.M.S. (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

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 12.338)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE MARCONDES (Presidente) e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 20 de maio de 2021.

COSTA NETTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO COM PARTILHA DE BENS, C/C GUARDA DE MENOR E PEDIDO LIMINAR DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. Sentença de parcial procedência. Insurgência da Requerente quanto à base de cálculo do pensionamento fixado para a filha menor. Pleito para que o pensionamento incida sobre o FGTS, a multa a ele relacionada e as verbas rescisórias. Não cabimento. A verba alimentar não deve incidir sobre as verbas indenizatórias. Precedentes. Pleito para que seja fixada pensão alimentícia em favor da ex-mulher. Sentença de improcedência. Inconformismo insubsistente. Encargo alimentar que decorre do princípio da solidariedade familiar (art. 1.694 do Código Civil) e possui caráter transitório e excepcional. Dever de assistência mútua (art. 1.704 do Código Civil) que pressupõe que esteja configurado o binômio necessidade/

Acesso ao Sumário

possibilidade. Não demonstrada a inviabilidade da requerente de prover a sua própria subsistência. Postulante que é jovem (32 anos) e trabalhou em alguns períodos em que permaneceu casada. Ônus da prova que competia à demandante (art. 373, I, do CPC). Comprovação de dependência econômica ausente. Pretensão afastada. Sentença mantida. Honorários majorados. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por R.E.M.S. e T.W.S. em face da sentença de fls. 184/202, da lavra do MM. Juízo da 2ª Vara da Família e Sucessões do Foro da Comarca de São Carlos, proferida nos autos da ação de divórcio litigioso com partilha de bens, c/c guarda de menor e pedido liminar de fixação de alimentos ajuizada contra E.M.S.

A sentença julgou a ação parcialmente procedente condenando cada uma das partes no pagamento 50% (cinquenta por cento), das custas e despesas processuais mais honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais), observada a gratuidade.

As apelantes se insurgem contra a decisão acima relatada requerendo a sua reforma a fim de o pensionamento em favor da menor, "*tenha incidência sobre o FGTS, multa a ele relacionada e verbas rescisórias*", pleiteando, ainda, que seja também fixada obrigação alimentar no valor de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais) em favor da ex-esposa, alegando que "*a Recorrente necessita dos alimentos pelo período de três anos, aptos a permitir a readequação da sua vida, tendo em vista que o requerido nunca a deixou exercer atividade laborativa*".

O apelado apresentou contrarrazões pugnando pelo desprovimento do recurso, pleiteando a manutenção da decisão de primeiro grau.

Manifestação do Douto Procurador de Justiça às fls. 249/251, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Em que pesem as alegações das apelantes, deve o recurso ser desprovido.

É cediço que, no conceito de "rendimentos líquidos", deve ser considerado o valor bruto recebido, excluídos, apenas, os descontos legais.

Em se tratando de pensão alimentícia, é pacífico o entendimento de que o pensionamento deve ser calculado sobre toda a verba de caráter remuneratório, excluindo-se as verbas de caráter indenizatório, como é o caso do FGTS, da multa a ele relacionada, bem como das verbas rescisórias.

Acesso ao Sumário

Como bem observado pelo ilustre representante do Ministério Público: "*(...)as verbas de natureza rescisória e indenizatória devem ser excluídas do cálculo da pensão alimentícia, que somente deverá incidir sobre verbas de caráter remuneratório*".

O tema não é novo e, em situações similares, assim já decidiu esta Câmara:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - REVISIONAL DE ALIMENTOS - BASE DE CÁLCULO DOS ALIMENTOS DEVIDOS EM CASO DE EMPREGO. 1. Trata-se de embargos de declaração opostos em face do v. acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo embargante para reduzir liminarmente os alimentos devidos aos filhos menores, ora embargados. 2. Embargante que havia pleiteado a modificação da base de cálculo dos alimentos devidos em caso de emprego, excluindo-se horas extras, adicionais, PLR, prêmios, remunerações não habituais e FGTS. 3. Omissão existente. **Não devem integrar a base de cálculo as verbas de natureza indenizatória, como verbas rescisórias, PLR e FGTS.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS com efeitos modificativos do julgado. (TJ-SP - EMBDECCV: 22511166620198260000 SP 2251116-66.2019.8.26.0000, Relator: Rodolfo Pellizari, Data de Julgamento: 26/03/2020, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/03/2020) (**destacamos**)
>
> DIVÓRCIO C.C GUARDA E ALIMENTOS. Sentença de parcial procedência, fixando os alimentos para as duas filhas menores do casal em 30% dos rendimentos líquidos do réu, no caso de emprego formal, e em 1/2 salário mínimo na hipótese de desemprego ou vínculo informal. Inconformismo das autoras, que visam a majoração dos alimentos para 2 salários mínimos para o caso de desemprego e, na hipótese de trabalho com vínculo, que os descontos incidam, também, sobre as verbas rescisórias e FGTS. Réu que se manifestou nos autos, porém não apresentou contestação, consequentemente, não comprovou a sua impossibilidade em arcar com os alimentos. Ônus que lhe incumbia. Alimentante que se qualificou como comerciante. Filhas menores cujas necessidades são presumidas. Majoração para 1 salário mínimo, para a hipótese de desemprego ou vínculo informal, que é o patamar mais seguro a atender o binômio necessidade-possibilidade. Base de cálculo dos alimentos. **Incidência sobre verbas rescisórias, como PLR, FGTS que devem ser afastadas, pois configuram rendimentos de natureza eventual e esporádica.** Honorários que merecem reparo, para que sejam fixados em 12% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. Sentença reformada para majorar os alimentos para 1 salário mínimo na hipótese de desemprego ou trabalho informal, mantendo-se o patamar de 30% dos rendimentos líquidos do réu como estipulado em sentença, e para fixar os honorários em 12% sobre o valor da condenação. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível

Acesso ao Sumário

1000645-48.2017.8.26.0281; Relator (a): Ana Maria Baldy; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itatiba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/01/2020; Data de Registro: 10/01/2020) (**destacamos**)

No mesmo sentido é a jurisprudência pacífica deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Ação de alimentos - Pretensão do filho em face do genitor - Sentença de procedência - Insurgência do requerido - Pensão alimentícia que deve observar o binômio representado pelas necessidades do alimentado e pela possibilidade financeira do alimentante - Necessidades do filho presumidas - Alimentos fixados no importe de 25% sobre os rendimentos líquidos do genitor na hipótese de trabalho com vínculo empregatício - **Base de cálculo das verbas alimentícias - Não incidência da verba alimentar sobre a participação nos lucros, verbas rescisórias, FGTS, prêmios, bônus, bem como as verbas de caráter indenizatório** - Incidência do encargo sobre as verbas de caráter remuneratório - Inclusão das verbas derivadas de horas extras e adicionais na base de cálculo do encargo - Mantidos os alimentos no importe de 1/3 do salário mínimo, para a hipótese de desemprego, ou trabalho sem vínculo empregatício - Recurso provido em parte. Dá-se provimento em parte ao recurso. (TJSP; Apelação Cível 1001806-51.2019.8.26.0434; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pedregulho - Vara Única; Data do Julgamento: 14/04/2021; Data de Registro: 14/04/2021) (**destacamos**)

Assim, os alimentos devem incidir sobre a remuneração do trabalhador, excluídas verbas de caráter indenizatório, como as verbas rescisórias, FGTS, adicionais eventuais, férias indenizadas, participação nos lucros e resultados, e prêmios, uma vez que, tratando-se de verbas esporádicas, não integram o salário e, portanto, não podem servir como base para o cômputo dos alimentos.

Com relação aos alimentos pleiteados pela autora, ex-esposa, ora Apelante, o apelo também não comporta provimento.

Saliente-se que o dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges, por ocasião do divórcio, decorre do princípio da solidariedade familiar, expressamente previsto no artigo 1.694 do Código Civil[1].

Como se sabe, a pensão alimentícia entre cônjuges ou companheiros deve ser fixada em caráter excepcional e temporário, apenas quando configurada a dependência ou a carência de assistência.

Nesse sentido, dispõe o artigo 1.695 do Código Civil que: "*São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento*".

1 Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Outrossim, cessado o vínculo conjugal ou de convivência, remanesce o dever de mútua assistência (art. 1.704 do Código Civil[2]), o qual impõe o pagamento de alimentos quando comprovada a real necessidade daquele que os reclama.

O resgate de pensão alimentícia em relação a ex-cônjuges, deve estar apoiado em fatos capazes de justificar a impossibilidade de se prover a própria subsistência.

No caso dos autos, a apelante, ex-esposa, não comprovou sua necessidade alimentar, como era de rigor (art. 373, I, do CPC[3]).

Trata-se de pessoa jovem, atualmente com 32 (trinta e dois) anos de idade (fls. 02), que não demonstrou qualquer doença ou incapacidade física/intelectual que a impeça de trabalhar e assim prover seu próprio sustento.

Também nada há no sentido de que a postulante foi, por razões alusivas à vida conjugal pretérita, impedida de trabalhar, na medida em que, conforme fls. 137/138, trabalhou em pelo menos duas empresas distintas, como bem observado pelo ilustre MM. Juiz de primeiro grau: "*A autora, nascida em 1989, com 31 anos de idade, saudável, apta para o trabalho, casou-se com o réu em 2007. No mesmo sentido, a autora, durante o casamento, trabalhou em ao menos duas empresas distintas, fls. 137/138, o que ser apta ao trabalho e não depender da solidariedade de terceiro, que nem parente é, para a sobrevivência. De tal sorte, a autora não necessita, rompido o vínculo com o autor, da solidariedade deste para sua subsistência, pois não se encontra em situação de miserabilidade, pelo contrário. Os alimentos entre ex-cônjuges são, como exposto, baseados no dever de solidariedade, não representando tal dever em verdadeira obrigação perpétua àquele que, depois da opção pelo casamento, veio a se decidir pelo divórcio*".

Em situação similar assim já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> DIVÓRCIO CUMULADO COM PARTILHA - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Prova oral que não se mostra necessária - Insurgência da autora somente quanto à partilha e aos alimentos - Casamento celebrado sob o regime da comunhão universal de bens - Casal que lavrou pacto antenupcial consignando expressamente que os bens anteriores do casal pertencem a ambos - Divisão dos dois imóveis, em nome da cada um dos cônjuges, adquiridos antes do casamento - Admissibilidade - Ressalva à apelante quanto a possibilidade de comprovar a transferência do bem a terceiro, em sede de liquidação de sentença, não objeto

Acesso ao Sumário

2 Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

3 Art. 373. "O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;"

de inconformismo pelo recorrido - **Alimentos - Ex-mulher - Afastamento - Apelante jovem e saudável, que exerceu atividade remunerada até 2019 e realiza curso de aperfeiçoamento - Plena capacidade de retornar ao mercado de trabalho** - Acolhimento parcial do apelo apenas para inclusão expressa na partilha do bem adquirido em nome do ex-marido - Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1009606-17.2019.8.26.0019; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Americana - Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 18/03/2021; Data de Registro: 18/03/2021) - (**destacamos**)

Neste contexto, a sentença deve ser mantida nos moldes em que lançada, vez que conferiu, dentro daquilo que era possível, satisfatória resolução à lide.

Por fim, em razão do trabalho adicional desempenhado pelo patrono da parte recorrida, impõe-se ao recorrente a majoração na condenação do pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil[4], para R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), ressalvada a gratuidade da justiça concedida à parte autora (fls. 73).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1052824-83.2018.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOTA CENOGRAFIA EIRELI EPP, é apelado ETNA IMAIS9 EVENTOS, PROMOÇÕES E PUBLICIDADE LTDA.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.951)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente sem voto), ALVES BRAGA JUNIOR e FRANCISCO CARLOS INOUYE SHINTATE.

São Paulo, 20 de maio de 2021.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

4 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 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.

Acesso ao Sumário

Ementa: LOCAÇÃO - Material cenográfico - Contrato escrito, sem assinaturas - Inadimplemento da locatária - Ação monitória proposta pela locadora - Sentença de procedência dos embargos - Apelo da autora - Inexistência de controvérsia acerca da celebração do contrato e da posterior transação - Crédito exigível - Irrelevância de o termo de transação extrajudicial e quitação não estar assinado pelas partes - Pagamento parcial no curso do processo - Dedução - Apelação provida em parte.

VOTO

A sentença de fls. 122/123, cujo relatório é adotado, complementada pela decisão de fl. 129 proferida em sede de embargos de declaração, acolheu os embargos e julgou improcedente a ação monitória, condenando a autora "*ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil*".

Apela a autora (fls. 131/140) alegando, em síntese, que "*A r. sentença a quo permaneceu omissa quanto às alegações da autora sobre os e-mails colacionados aos autos que comprovam a existência da dívida, deixando de apreciar também e-mail, comprovante de pagamento e confissão da própria devedora em sede de embargos confessando a dívida e inadimplemento das três parcelas restantes, as quais originaram o ajuizamento da presente demanda, conforme devidamente comprovado em sede exordial. Desta feita, omissa a sentença quanto aos pontos acima aduzidos deverá ser reconhecida sua nulidade e determinado retorno dos autos à vara de origem para novo julgamento do feito*". Sustenta ainda que "*, o embargante, ora apelado, confessa em sua peça de embargos ser devedor reconhecendo os valores em aberto e corroborando com os documentos juntados pela apelante, a fim de constituir em título executivo*" e que "*A documentação acostada às fls. 30/41; 42/43 e 99 corroboram com a tese exordial. O sócio da embargante foi quem encaminhou o e-mail confessando as três parcelas finais em aberto, as quais originaram o ajuizamento da demanda. A ficha da JUCESP comprova que o remetente do e-mail é sócio da embargante, bem como o contrato social e procuração juntados pela própria devedora nos autos às fls. 93/96 e 101. Não menos importante, a apelada impugnou o valor pretendido juntando aso autos um comprovante de depósito, o qual quer ver abatido do débito. A negativa da prestação jurisdicional se deu quanto o d. juízo a quo somente quis considerar o aduzido pela embargada, deixando de apreciar todos os fatos e provas nos autos, entre eles, os e-mails colacionados, comprovante de pagamento, após o ajuizamento da demanda. Para que haja a entrega da prestação jurisdicional, a fim de dar a cada parte o que é seu, imprescindível a observância de todas as*

Acesso ao Sumário

provas do processo, incluindo-se pontos específicos que auxiliam na solução da demanda. No presente caso, há nos autos e-mails trocados entre as partes capazes de comprovar o débito confessado PELO PRÓPRIO SÓCIO DA APELADA". Afirma que "*equivoca-se o douto juízo a quo ao basear sua decisão em termo de confissão de dívida sem assinatura. Veja-se, os e-mails comprovam que o serviço foi prestado e não houve o adimplemento do valor devido pela apelada. Valores esses CONFESSADOS, conforme os e-mails trocados com o sócio quando realizou o acordo do valor em aberto das três últimas parcelas (fls. 30/41)*", que "*não há dúvidas quanto ao cabimento da pretensão do crédito por meio de monitória, nos termos do artigo 700 do CPC, tendo em vista os e-mails confessos (fls. 30/41), corroboram com as alegações da inicial. O fato é existiu a relação comercial entre estas, bem como a inadimplência da apelada. Em que pese a assinatura ou não do termo de confissão de dívida, os e-mails posteriormente trocados com o sócio da apelada, Sr. Wilson, coadunam com os fatos narrados, a fim de se reconhecer o título executivo, aliás, se assim não o fosse e constasse as assinaturas, por óbvio que se promoveria a ação de Execução de Título Extrajudicial e não pela presente demanda*" e que "*a própria embargante juntou às fls. 98/99 um comprovante de pagamento de parcela de acordo, bem como e-mail encaminhado à Embargada informando do mesmo. Ressalta-se, tal pagamento se deu posteriormente à propositura da demanda, ou seja, tal fato já coloca uma pá de cal de que não há prova hábil para constituir em título judicial os documentos colacionados aos autos*". Requer a procedência da ação e a condenação da ré por litigância de má-fé.

O recurso foi regularmente processado e respondido (fls. 145/156).

É o relatório.

Consta da inicial que "*1 - As partes firmaram contrato de prestação de serviços, tendo sido emitidas as seguintes 04 Notas Fiscais: a) 10/2016, no valor de R$ 7.800,00; b) 13/2016, no valor de R$ 45.170,00; c) 16/2016, no valor de R$ 30.160,00; d) 3.980,00, totalizando a quantia de R$ 87.110,00, todas elas oriundas dos serviços contratados e prestados pela requerente. 2 - Contudo, a Ré deixou de realizar o pagamento dos valores supracitados, tornando-se inadimplente da quantia de R$ 78.505,90. 3 - Desta feita, as partes em 13/02/2017 compuseram-se, por meio de um Termo de Transação Extrajudicial e Quitação (documento anexo), estipulando o pagamento da quantia de R$ 78.505,90 em 12 parcelas iguais, mensais e sucessivas no valor de R$ 6.542,15, cada, com vencimento da primeira parcela em 13/04/2017 e a última em 30/03/2018. 4 - Ocorre que mais uma vez a ré descumpriu a obrigação assumida, restando as três últimas parcelas do acordo impagas e vencidas nas datas de 30/01/2018, 28/02/2018 e 30/03/2018, nos valores de R$ 6.542,15 cada, conforme demonstram os e-mails juntados à presente. 5 - Desta feita, tendo em vista as inúmeras tentativas de recebimento do valor de forma extrajudicial, não restou alternativa à autora senão propor a presente demanda*".

Requer a autora "*a expedição do mandado de pagamento para o endereço da ré acima qualificada, a fim de que em 15 dias efetue o pagamento do*

Acesso ao Sumário

valor de R$ 22.836,93, devidamente atualizada até a data do efetivo pagamento, bem como deverá ser acrescido a este valor os honorários advocatícios no percentual de 5% nos termos do artigo 701 do Código de processo Civil".

Opostos embargos monitórios e apresentada réplica, a autora requereu o julgamento antecipado da lide e a ré a designação de audiência de conciliação, sobrevindo a sentença recorrida ao fundamento de que "*O caso é mesmo de se acolher os embargos apresentados. Denota-se, compulsando os autos, que os documentos que embasam o pedido autoral, anexados às fls. 42/43, não possuem qualquer assinatura das partes, de produção unilateral pela autora. Sendo assim, de rigor o reconhecimento da inexistência de prova hábil para sustentar a pretensão monitória*".

Preservado o entendimento do MM. Juiz de primeiro grau, o apelo comporta acolhimento.

Não se desconhece que a ação monitória, após a oposição de embargos, assume todos os aspectos do procedimento comum, sendo aplicável a regra do Código de Processo Civil que estabelece que compete ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do referido direito.

A prova de que se dispõe autoriza concluir que as partes celebraram acordo para pagamento do débito em 12 parcelas no valor de R$ 6.542,15 cada e que a ré ficou inadimplente com relação às três últimas, conforme admitido nos embargos (fl. 90) e comprovado pelas mensagens eletrônicas trocadas pelas partes (fl. 34) cuja autenticidade não foi questionada pela ré.

Os documentos acostados à petição inicial (mensagens eletrônicas trocadas entre as partes - fls. 30/41), aliados à confirmação da ré nos embargos monitórios (fls. 82/92), comprovam a existência do alegado débito em desfavor desta, tornando irrelevante o questionamento acerca da falta de assinatura no termo de transação extrajudicial.

Induvidosa a existência de prova escrita apta a embasar o pedido monitório, até porque da simples análise da mensagem de fl. 34 é possível verificar a condição da ré de devedora e responsável pela satisfação do crédito da autora.

Induvidosa, pois, também a validade da transação extrajudicial de fls. 42/43, ainda que não contenha a assinatura das partes.

Quanto ao valor devido, impugna a ré o cálculo apresentado pela autora, afirmando que deve ser descontada a quantia de R$ 6.542,15 referente ao pagamento de uma das parcelas em 4 de dezembro de 2018, conforme comprovante de fl. 98.

Razão assiste à ré nessa parte, pois o pagamento de uma das parcelas ocorreu em 10 de outubro de 2018, no curso do processo, com o que concorda a autora em réplica (fls. 105/113).

Acesso ao Sumário

No entanto, há divergência entre as partes com relação ao valor devido, e, quanto a isso, novamente assiste razão à ré, pois os valores deverão ser atualizados somente até dezembro de 2018 para que haja o abatimento da prestação paga nesse mesmo mês, e não como pretende a autora, incluindo atualização até dezembro de 2019 (fl. 118).

Assim sendo, o valor informado pela ré a fl. 90 está correto e deve ser acolhido.

Portanto, o recurso comporta parcial provimento para se acolher em partes os embargos e para, nos termos do artigo 701, § 2º, do Código de Processo Civil, declarar constituído, de pleno direito, o título executivo judicial no valor de R$ 15.709,91, para dezembro de 2018, devendo incidir, a partir dessa data, correção monetária pela tabela prática deste Egrégio Tribunal e juros de mora de 1% ao mês.

Em razão da sucumbência, arcará a ré com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Por fim, não caracterizada a litigância de má-fé da ré, já que não configurada a prática de nenhuma das condutas previstas no artigo 80 do Código de Processo Civil, rejeita-se o pedido de imposição de sanção de tal natureza formulado pela apelante.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se dar parcial provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020073-93.2020.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante TAMIRES FREIRE VIEIRA CESARE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO 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 parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15059)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente sem voto), LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO e BENEDITO ANTONIO OKUNO.

São Paulo, 24 de maio de 2021.

Acesso ao Sumário

PENNA MACHADO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação Revisional de Contrato de Financiamento. Sentença de Improcedência. Acolhimento em parte. Juros remuneratórios. Em Contratos Bancários, nos quais figura como contratada Instituição Financeira integrante do Sistema Financeiro Nacional, não é abusiva a pactuação de juros à taxa superior a 12% (doze por cento) ao ano, por não lhes aplicarem as Disposições do Decreto nº 22.626/33, de acordo com o teor da Súmula nº. 596 do STF. Capitalização de Juros. Abusividade. Não ocorrência. Inteligência das Súmulas nº 539 e 541, editadas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Tarifa de registro de Contrato. Cobrança legítima. Julgamento em conformidade com Recurso Especial Repetitivo: Tema 958/STJ.

Tarifa de avaliação de Bens. Ausência de comprovação efetiva de prestação do serviço. Cobrança indevida. Seguro. Consoante tese firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.639.259/SP, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a Instituição Financeira ou com Seguradora por ela indicada. Abusividade configurada. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, para determinar a restituição do montante de R$ 1.391,77 (um mil, trezentos e noventa e um reais e setenta e sete centavos) referente ao seguro, bem como a quantia a título de tarifa de "avaliação de Bem" (R$ 180,00), ambas de forma singela e não em dobro, corrigidas monetariamente a partir da data dos desembolsos e acrescidas de juros de mora contados da citação, mantendo-se no mais a r. sentença de Primeiro Grau.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto em face da respeitável sentença de fls. 221/225, que nos Autos da Ação Revisional de Contrato, julgou improcedente a Demanda, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ante a sucumbência, condenou a Parte Autora ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, observando-se a gratuidade processual concedida nos Autos.

Inconformada, apela a Autora (fls. 230/241), alegando, em síntese, que o princípio da boa-fé contratual foi deixado de lado pela Instituição Financeira Apelada, uma vez que estão sendo cobradas tarifas não contratadas e esclarecidas à Apelante quando da assinatura do Contrato (tarifa de avaliação de Bens, registro de Contrato), onerando de forma excessiva as parcelas devidas. Aduz que houve cobrança de seguro no financiamento de modo a configurar-se venda casada, além disso, o Contrato celebrado entre as Partes é típico Contrato de Adesão.

Assevera que no caso em tela, os juros foram aplicados de forma composta, ficando claro que durante todo o período do Contrato, lhes foram cobrados juros sobre um saldo acumulado imediatamente precedente, sobre o qual já foram incorporados juros de períodos anteriores.

Por fim, requer a reforma da r. sentença de Primeira Instância.

Recurso processado regularmente, com apresentação das Contrarrazões (fls. 245/281).

É o breve Relatório.

Respeitado profundamente entendimento diverso, o Recurso comporta parcial provimento.

Cuida-se de Ação Revisional de Contrato proposta por "TAMIRES FREIRE VIEIRA CESARE" em face de "AYMORÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A", objetivando, em suma, a adequação das cobranças e a devolução dos valores pagos indevidamente.

De início, o fato de se tratar de Contrato de Adesão não retira, por si só, a validade do teor de suas cláusulas, uma vez que os termos e condições contratuais, livremente pactuados, não afetam de forma unilateral e leonina a Avença, não havendo que se falar em ofensa ao artigo 54, e tampouco ao artigo 6º, inciso III, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Em relação à taxa de juros, a matéria já se encontra pacificada no sentido de que as Instituições Financeiras não sofrem as limitações do Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura) e Súmula 596 do STF.

Desta forma, a taxa de juros remuneratórios não se encontra limitada a 12% (doze por cento) ao ano.

Ora, a Autora teve a opção de escolher, dentre as diversas Instituições Financeiras existentes, aquela cujas taxas atendiam seu interesse.

Na hipótese dos Autos, a capitalização restou expressamente pactuada

Acesso ao Sumário

no Contrato consolidado entre as Partes, eis que a Requerente tinha ciência das taxas cobradas (**1,95% mensal e 26,10% anual** - fls. 44).

Nesta esteira, não há que se cogitar do elemento "surpresa" quanto aos valores fixos e inalteráveis, das 48 (quarenta e oito) parcelas mensais que livremente assumiu.

Neste sentido, confira-se recente Entendimento consagrado nas Súmulas nº 539 e 541, editadas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que receberam os seguintes Enunciados, respectivamente:

> *"*É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em Contratos celebrados com Instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada*".*
>
> *"A previsão no Contrato Bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada".*

No que tange a tarifa de avaliação de Bens prevista no Contrato (fls. 44), nota-se que cobrou a Instituição Financeira Ré o valor de R$ 180,00 (cento e oitenta reais).

Contudo, na espécie, não restou comprovada a prestação efetiva do referido serviço.

Por outro lado, quanto à cobrança de "tarifa de registro", tal assunto foi afetado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (Tema 958), que fixou tese no sentido de que tal cobrança, em tese, não conflita com a regulação bancária.

Por outro lado, o Eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no Recurso Especial nº 1.578.553/SP, fez ressalvas sob a ótica do consumidor, como a hipótese de abuso na cobrança por serviço não prestado.

No caso em tela, nota-se que restou demonstrada a efetiva prestação do referido serviço, conforme se depreende da cópia do documento do veículo com o registro de alienação junto ao Órgão de Trânsito competente (colacionado aos Autos pela própria Apelante às fl.42), devendo ser considerada legítima tal cobrança.

Acesso ao Sumário

Por fim, acerca da cobrança de seguro de proteção financeira nos Contratos Bancários, foi pacificado pelo C. Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.578.553 SP:

"*Nos Contratos Bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a Instituição Financeira ou com Seguradora por ela indicada*".

Na hipótese, no Contrato firmado entre as Partes, ficou claro que a consumidora foi compelida a contratar o seguro com a Seguradora indicada pela

Instituição Financeira Ré (Zurich Santander Brasil Seguros - fls. 44), vale dizer, houve contratação sem oportunizar a escolha da Seguradora pela Recorrente, conforme se verifica da Proposta de Adesão às fl. 174.

Neste sentido, é oportuno transcrever o trecho do voto condutor do RESP nº 1.639.259/SP,

"*(...)* ***Apesar dessa liberdade de contratar, inicialmente assegurada, a referida cláusula contratual não assegura liberdade na escolha do outro contratante (a seguradora)****. Ou seja, uma vez optando o consumidor pela contratação do seguro, a cláusula contratual já condiciona a contratação da Seguradora integrante do mesmo grupo econômico da Instituição Financeira, não havendo ressalva quanto à possibilidade de contratação de outra Seguradora, à escolha do consumidor*".

Neste sentido, oportuno colacionar o seguinte Julgado desta C. Câmara de Direito Privado:

> "*APELAÇÃO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO C.C. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - Parcial procedência - Insurgência da Parte Autora. TARIFAS BANCÁRIAS - Tarifa de cadastro -Julgamento de Recurso Repetitivo - REsp n. 1.251.331-RS - Considerada válida referida tarifa expressamente tipificada em ato normativo padronizador da Autoridade Monetária - Contrato firmado posteriormente à vigência da Resolução CMN 2.303/96 (30.04.2008) - Cobrança válida. TARIFA BANCÁRIA - Título de capitalização - Cap. Parc. Premiável - Exigência abusiva - Objeto do Contrato de Financiamento que não mantém relação com a cobrança praticada -* ***Seguro Proteção Financeira - Entendimento do STJ exarado em Julgamento do Recurso Repetitivo nº 1.639.320-SP - Tema 972 - Ausência de comprovação de que ao Autor foi dada oportunidade de contratar ou não o seguro ou escolher Seguradora de sua preferência - Abusividade reconhecida*** *- Valores excluídos - Sentença reformada nesse ponto - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO*". (Apelação Cível nº 1026056-52.2020.8.26.0002; Relator: Des. Lavínio Donizetti Paschoalão; Data do Julgamento: 14/05/2021)

Assim, de rigor a reforma parcial da r. sentença de Primeiro Grau para se afastar a cobrança da tarifa de "avaliação de Bem" e o valor pago a título de seguro (R$ 1.391,77), tendo em vista que restou configurada abusividade nas respectivas cobranças.

Diante do decaimento mínimo da Instituição Financeira Ré, arcará a Autora com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios já fixados na respeitável sentença, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, observando-se, porém, a gratuidade pro-

Acesso ao Sumário

cessual concedida à Requerente.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Pelo exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso, para se determinar a restituição à Apelante do montante de R$ 1.391,77 (um mil, trezentos e noventa e um reais e setenta e sete centavos) referente ao seguro, bem como a quantia a título de tarifa de "avaliação de Bem" (R$ 180,00), ambas de forma singela e não em dobro, corrigidas monetariamente a partir da data dos desembolsos e acrescida de juros de mora contados da citação, mantendo-se no mais a r. sentença, inclusive no tocante aos ônus inerentes à sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1080559-20.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ, é apelado AXA SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.969)**

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

São Paulo, 26 de maio de 2021.

L. G. COSTA WAGNER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Civil e Consumidor. Prestação de serviço. Fornecimento de energia elétrica. Ação regressiva de ressarcimento de danos proposta pela seguradora em face da concessionária de serviço público. Sentença de procedência. Ocorrência de danos em aparelhos eletrônicos de segurado em razão de oscilações e sobretensão na rede de energia elétrica. Finalismo aprofundado. Incidência do CDC. Relação entre o segurado e a prestadora de serviços que é de

consumo. Sub-rogação da seguradora. Entendimento no sentido de que para legitimar a propositura da demanda de ressarcimento, cabe à Seguradora oportunizar à Concessionária a possibilidade de inspecionar os equipamentos danificados, ou, alternativamente, proceder a guarda dos equipamentos, ou apenas da peça defeituosa, para tornar possível a realização de perícia técnica judicialmente. Ausência in casu de apresentação dos bens para a realização de laudo pericial. Óbice ao contraditório que impede a Concessionária de demonstrar eventual inexistência de nexo causal. Ônus que não pode ser suportado pela Empresa prestadora de serviços. Precedentes desta 34ª. Câmara de Direito Privado. Sentença reformada. Sucumbência alterada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

I - Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 246/250, que julgou procedente a ação regressiva de ressarcimento de danos promovida pela AXA SEGUROS S.A. em face da COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ, condenando a Apelante "*ao pagamento do valor de R$ 28.381.74 (vinte e oito mil trezentos e oitenta e um reais e setenta e quatro centavos), a ser corrigido monetariamente pela tabela prática do TJSP desde a data do desembolso, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a data da citação*".

Restou, ainda, a Apelante condenada a arcar com a integralidade das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

A Apelante pleiteia a reforma da sentença (fls. 253/293).

A Apelada, por sua vez, pede a manutenção integral da sentença (fls. 300/331).

É a síntese do necessário.

II - Fundamentação

O recurso comporta provimento.

Adoto o relatório da sentença:

"*AXA SEGUROS S.A. moveu a presente ação regressiva, em face de COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, alegando, em síntese, que, na qualidade de seguradora, pagou indenização à companhia segurada terceira, em razão de dano causado pela empresa ré, tornan-*

Acesso ao Sumário

do-se a autora, portanto, credora do importe de R$ 28.381.74 (vinte e oito mil trezentos e oitenta e um reais e setenta e quatro centavos). Daí a presente ação regressiva, donde a autora pretende ver pago o valor que lhe é devido (fls. 01/11).

Juntou documentos às fls. 12/126.

Citada, a ré apresentou contestação às fls. 132/154, alegando, preliminarmente, inépcia da inicial, falta de interesse de agir, ilegitimidade passiva e incompetência do juízo, bem como pugnando pela total improcedência da ação.

Houve réplica às fls. 232/245.

É O RELATÓRIO".

É cediço estar a seguradora Apelada sub-rogada nos direitos e ações que competem aos segurados contra o autor do dano, nos exatos termos do artigo 786 do Código Civil.

Destarte, além de encontrar-se totalmente amparada pelo referido dispositivo legal, também lhe beneficia o artigo 349 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

O tema não é novo e já tivemos a oportunidade de relatar decisão nesse sentido:

Apelação. Civil e Consumidor. Prestação de serviço. Fornecimento de energia elétrica. Ação regressiva de ressarcimento de danos proposta pela seguradora em face da concessionária de serviço público. Ocorrência de danos em aparelhos eletrônicos do condomínio segurado em razão de oscilações e sobretensão na rede de energia elétrica. Incidência do CDC. Relação entre o segurado e prestadora de serviços que é de consumo. **Sub-rogação da seguradora**. Prescrição quinquenal (art. 27 do CDC). Entendimento no sentido de que para legitimar a propositura da demanda de ressarcimento, cabe à Seguradora oportunizar à Concessionária a possibilidade de inspecionar os equipamentos danificados, ou, alternativamente, proceder a guarda dos equipamentos, ou apenas da peça defeituosa, para tornar possível a realização de perícia técnica judicialmente. Ausência in casu de apresentação dos bens para a realização de laudo pericial. Óbice ao contraditório que impede a Concessionária de demonstrar eventual inexistência de nexo causal. Ônus que não pode ser suportado pela Empresa prestadora de serviços. Precedentes desta 34ª. Câmara de direito privado. Sentença reformada. Sucumbência alterada. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1001201-26.2019.8.26.0428; Relator (a): L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Paulínia - 2ª Vara; Data do Julgamento: 30/01/2020; Data de Registro: 30/01/2020).

Acesso ao Sumário

Restou demonstrado nos autos que o dano coberto pela seguradora ocorreu em relação a bens do segurado, sendo patente que a relação originária entre eles era de consumo, razão pela qual, aplicável o Código de Defesa do Consumidor não só em favor do usuário do serviço, mas, obviamente, também, em favor da Apelada, que se sub-rogou nos direitos de seu segurado ao efetuar o pagamento da indenização, nos termos da Súmula 188 do STF[1].

Aplica-se, ao caso em tela, a teoria do finalismo aprofundado para reconhecer que a relação originária entre a empresa segurada e a fornecedora de energia elétrica era uma relação de consumo, razão pela qual, aplicável o Código de Defesa do Consumidor em favor do usuário do serviço e, consequentemente, em favor da Apelada.

Neste sentido é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o *consumo intermediário*, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando *finalismo aprofundado*, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de

1 O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro.

Acesso ao Sumário

consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

[...]

Com efeito, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade técnica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda assim ser vulnerável pela dependência do produto, pela natureza adesiva do contrato imposto, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável, pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, entre outros fatores.

Em síntese, numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva consignou que: "*A pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora (art. 29 do CDC), por ostentar, frente ao fornecedor, alguma vulnerabilidade que, frise-se, é o princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I, do CDC). Aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, processo denominando pela doutrina como finalismo aprofundado. [...] Consignada no acórdão a hipossuficiência e a desproporção de forças entre as partes, fica evidenciada a existência de relação de consumo*".[2]

Assim sendo, a seguradora Apelada esta sub-rogada como consumidora, exercendo os mesmos direitos, privilégios e garantias dos seus segurados/consumidores nos seguros residenciais, condominiais e empresarial constante dos

Acesso ao Sumário

2 AgRg no AREsp 735.249/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 04/02/2016.

autos.

Como é cediço, a responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos é objetiva, conforme preconiza o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não restando dúvidas, também, de que a elas se aplica o Código de Defesa do Consumidor, de modo que a referida responsabilidade objetiva da Apelante decorre, também, da falha na prestação do serviço público ao qual se comprometeu, conforme preconiza o artigo 14 do referido diploma legal.

Nos termos da lei consumerista, artigo 14, §3º, I e II, a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços somente poderá ser elidida quando este provar que, prestado o serviço, o defeito inexiste ou que se cuida de culpa exclusiva do consumidor ou terceiros.

Além disso, conforme preconiza o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, trata-se de responsabilidade civil pelo risco administrativo, que dispensa a verificação de eventual comportamento culposo ou doloso da concessionária para fixação de indenização, bastando a presença do fato, do dano e do nexo causal entre eles.

A responsabilidade objetiva, no entanto, não significa responsabilidade integral, podendo o dever de indenizar ser afastado no caso de ocorrência de alguma causa excludente do nexo de causalidade, como força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou a culpa exclusiva de terceiros. Porém, o ônus para comprovação nesse caso, cabe à Apelante, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil.

Na mesma toada, conforme preconiza o parágrafo único, inciso I, do artigo 210 da Resolução nº 414/10 da ANEEL, a responsabilidade objetiva da concessionária de energia elétrica só pode ser elidida se a mesma comprovar a inexistência de nexo causal.

Dessa forma, além da autorização para a defesa se fundar em culpa exclusiva da vítima, é relevante que seja possibilitado, durante a instrução processual, que a Concessionária, em querendo, tenha a oportunidade de realizar a impugnação da relação causal entre a questionada descarga elétrica e os danos discriminados nos aparelhos.

No mais, desnecessária a observância, pelo consumidor, do disposto na Resolução 414/10 da ANEEL, sendo legítimo o acionamento da Companhia de Seguros, a qual passa a arcar com tal ônus.

Atenta às circunstâncias acima, esta 34ª Câmara de Direito Privado fixou entendimento no sentido de que, para legitimar a propositura da demanda de ressarcimento, cabe à Seguradora oportunizar à Concessionária a possibilidade de inspecionar os equipamentos danificados, ou, alternativamente, proceder a guarda dos equipamentos, ou apenas da peça defeituosa, para tornar possível a realização de perícia técnica judicialmente.

Acesso ao Sumário

Tal medida possibilitaria à Apelante a faculdade de produzir provas da ausência de nexo causal entre o fornecimento de energia e o defeito, sendo certo que, caso restasse comprovado que o perecimento se deu por razão de oscilação elétrica, a responsabilidade objetiva que recai sobre a Concessionária ensejaria o ressarcimento independente de dolo ou culpa.

Dessa forma, revela-se imprescindível a realização de prova pericial quando solicitada nos casos em que não houver a apresentação dos bens à Concessionária administrativamente, visto que a apresentação de laudos técnicos, apesar de aptas a ensejar o pedido administrativo e para regular o sinistro entre o segurado e a seguradora, não pode obstar a oportunidade da Apelante de comprovar a ausência de nexo causal por meio de perícia técnica judicial sobre os bens totalmente perdidos e sobre as peças substituídas dos bens já reparados.

Anote-se que a Apelante, desde sua contestação, já pleiteava a produção de prova pericial, justificando, de forma detalhada, a importância, para sua linha de defesa, de se periciar os bens apontados como danificados (fls. 152/153).

A Apelada, por sua vez, sustenta tese no sentido da "*impossibilidade de perícia sobre os equipamentos devido ao lapso temporal transcorrido entre o requerimento e a data dos fatos.*" (fls. 304), invocando argumentos que, data máxima vênia, não procedem.

Impedir a realização da perícia nos equipamentos avariados é óbice ao contraditório e a ampla defesa que não pode ser tolerado. Esse o atual posicionamento desta Colenda 34ª Câmara de Direito Privado, consoante demonstram os julgados abaixo:

> Prestação de serviços. Fornecimento de energia elétrica. Ação regressiva da seguradora. Alegação de que descargas elétricas resultaram em avarias a equipamentos dos segurados, que precisaram ser reparados ou substituídos. Prescrição inocorrente. Sedimentou-se no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça a orientação de que, ao indenizar o segurado, a seguradora se sub-roga em todos os direitos, prerrogativas e garantias relativos à relação jurídica originária. Desta forma, no caso vertente, é de cinco anos o prazo prescricional para o exercício da pretensão da seguradora à reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço (art. 27 do CDC), no que se inclui buscar o ressarcimento do que despendeu com a indenização securitária. **Havendo controvérsia sobre a causa dos danos e não tendo a autora viabilizado a produção de prova técnica, não há como impor à concessionária o dever de indenizar. Hipótese em que a ausência de prévio pedido administrativo, conquanto não importe ausência de interesse de agir, impediu a ré de inspecionar os aparelhos e produzir prova para contrapor ao parecer unilateral da autora**. A responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, afasta tão somente a pertinência de se apurar o elemento subjetivo da responsabilidade civil,

Acesso ao Sumário

mas não elimina a necessidade de que sejam demonstrados a conduta comissiva ou omissiva do agente, os danos alegados pela vítima e o nexo de causalidade entre eles. Ainda que o Código de Defesa do Consumidor seja aplicável ao caso vertente, a inversão do ônus da prova não se opera automaticamente, tendo lugar quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor ou for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência, pressupostos que não estão presentes no caso dos autos. Apelação da ré provida, rejeitada a alegação de prescrição. Prejudicado o recurso adesivo da autora. (TJSP; Apelação 1007517-25.2016.8.26.0084; Relator (a): Gomes Varjão; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional de Vila Mimosa - 3ª Vara; Data do Julgamento: 07/02/2018; Data de Registro: 09/02/2018).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REGRESSIVA, FUNDADA EM CONTRATO DE SEGURO, JULGADA IMPROCEDENTE. NECESSIDADE. **AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVEM O NEXO CAUSAL, POSTO QUE A SEGURADORA TROUXE AOS AUTOS SOMENTE SINGELOS "LAUDOS" UNILATERAIS, AFIRMANDO EM JUÍZO NÃO SABER DO PARADEIRO DOS APARELHOS SINISTRADOS, INVIABILIZANDO POR COMPLETO A PRODUÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA REQUERIDA PELA RÉ, A QUAL SE MOSTRA NECESSÁRIA À COMPROVAÇÃO DO NEXO ENTRE OS DANOS INDICADOS E OS SERVIÇOS PRESTADOS PELA CONCESSIONÁRIA**. SENTENÇA MANTIDA. Recurso de apelação improvido, com determinação. (TJSP; Apelação n. 1096274-10.2017.8.26.0100, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. 07/06/2018).

Apelação. Civil e Consumidor. Prestação de serviço. Fornecimento de energia elétrica. Ação regressiva de ressarcimento de danos proposta pela seguradora em face da concessionária de serviço público. Apelação da ré. Ocorrência de danos em aparelhos eletrônicos do segurado em razão de descarga elétrica e oscilações na rede de energia elétrica. Seguro residencial e empresarial. Finalismo aprofundado. Incidência do CDC. Sub-rogação da seguradora. Prescrição quinquenal (art. 27 do CDC). **Entendimento no sentido de que para legitimar a propositura da demanda de ressarcimento, cabe à Seguradora oportunizar à Concessionária a possibilidade de inspecionar os equipamentos danificados, ou, alternativamente, proceder a guarda dos equipamentos, ou apenas da peça defeituosa, para tornar possível a realização de perícia técnica judicialmente**. Ausência in casu de apresentação dos bens para a realização de laudo pericial. Óbice ao contraditório que impede a Concessionária de demonstrar eventual inexistência de nexo causal. Ônus que não pode ser suportado pela Empresa prestadora de serviços. Recentes precedentes desta 34ª. Câmara de direito privado. Sentença reformada. Sucumbência invertida. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1005637-27.2018.8.26.0084; Relator (a): L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Re-

Acesso ao Sumário

gional de Vila Mimosa - 4ª Vara; Data do Julgamento: 31/10/2019; Data de Registro: 31/10/2019).

Em resumo, a ausência da apresentação dos aparelhos ou peças danificadas para a realização da perícia cria um óbice ao contraditório que não pode ser suportado pela Concessionária, levando ao provimento do recurso para que a ação seja julgada improcedente.

III - Conclusão

Diante do exposto, conheço e **dou provimento** ao recurso, nos termos constantes do voto.

Em razão da alteração do julgado, inverto a sucumbência, restando a Apelada condenada no reembolso de custas e despesas processuais e no pagamento de verba honorária, em favor do patrono da Apelante, no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004762-49.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante EDUARDO SERRA (ESPÓLIO), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 159.133)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente sem voto), SOUZA LOPES e IRINEU FAVA.

São Paulo, 27 de maio de 2021.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - Interposição de apelação - Descabimento - Decisão que resolve a liquidação, a qual, na espécie, seria recorrível mediante agravo de instrumento - Inteligência do par. ún., do art. 1.015, do Código de Processo Civil. Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a decisão que julgou parcialmente

procedente a liquidação.

Insurge-se o executado, pugnando pela reforma do r. *decisum*. Em suas razões recursais, argumenta, preliminarmente, ilegitimidade de parte, por não estarem os autores abrangidos pelo título judicial; ilegitimidade passiva; incompetência do juízo; prescrição. No mérito, sustenta que os juros remuneratórios não estão abrangidos no título; os juros moratórios incidem a contar da citação realizada nestes autos; correção monetária pelos índices de poupança; e descabimento da condenação em honorários.

É O RELATÓRIO.

O recorrente interpôs recurso de apelação contra a decisão que acolheu a habilitação e liquidação, o que é inadmissível.

Ora, uma vez que a decisão impugnada não colocou fim ao processo, sua natureza jurídica não é de sentença, mas de decisão interlocutória, e, por ser assim, deveria contra aludida decisão ter o recorrente apresentado agravo de instrumento, e não apelação.

Nem se argumente com eventual aplicação do princípio da fungibilidade recursal, na medida em que inadmissível sua utilização em caso de erro grosseiro, como se verifica no caso *sub judice*.

Dispõe o parágrafo único, do art. 1.015, do Código de Processo Civil:

"*Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.*".

Assim, inescusável o erro da parte ao interpor, nesta oportunidade o recurso de apelação.

No sentido do quanto aqui exposto, vem a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA RÉ.*

1. Omissis.

2. Omissis.

3. Consoante entendimento firmado por esta Corte Superior, o recurso cabível contra decisão de liquidação que não põe fim ao processo é o agravo de instrumento. A interposição de apelação constitui erro grosseiro que impede a aplicação do princípio da fungibilidade. 3.1. No caso dos autos, o Tribunal de origem constatou que a decisão judicial contra a qual foi interposta apelação não extinguiu o processo, mas tão somente encerrou a fase de liquidação de sentença e passou ao cumprimento de

Acesso ao Sumário

sentença, determinando que as partes apresentassem planilha de cálculo atualizada, de modo que o recurso cabível naquela oportunidade era o agravo de instrumento, e não a apelação. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo interno desprovido." (STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp. nº 1.776.299-AM, Rel. Ministro MARCO BUZZI, j. 26.11.2019).

Assim, para o caso em questão, há disposição expressa quanto à via recursal adequada para contrastar decisão de resolução da liquidação, sem extinção do processo, (parágrafo único, do artigo 1.015, do CPC), constituindo a interposição de apelação, em lugar de agravo de instrumento, erro grosseiro, não se admitindo, portanto, a incidência do princípio da fungibilidade, razão pela qual não há como atender-se ao reclamo veiculado nas razões recursais.

Nestes termos, **NÃO CONHEÇO** do recurso.

Tendo em conta o resultado do presente recurso, aplicável na hipótese o disposto no §11, do art. 85, do Código de Processo Civil, razão pela qual ficam majorados para 15% do valor do débito atualizado, os honorários fixados anteriormente na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018072-59.2018.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que são apelantes URBPLAN DESENVOLVIMENTO URBANO S/A E OUTRO e SCOPEL - SPE 11 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são apelados IDELMO SANDERSON CONTI e ALESSANDRA DE AMORIM CONTI.

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 28.508)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THEODURETO CAMARGO (Presidente) e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 29 de maio de 2021.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ação de revisão de contrato e de indenização por perdas e danos. Parcial procedência dos pedidos. Inconformismo das rés. Cabimento parcial. Atraso na entrega da obra. Culpa exclusiva das vendedoras. Não incidência de encargos contratuais

sobre o saldo devedor. Súmula 163, TJ. Aplicabilidade. IPTU. Incidência apenas com a efetiva posse do comprador no imóvel. Taxa de administração. Abusividade. Serviço que é inerente à celebração do compromisso de compra e venda. Devolução dos valores. Necessidade. Seguro. Cobrança. Possibilidade, no âmbito do SFH. Ausência, ademais, de prova de venda casada. Dano moral. Inocorrência. Afastamento da indenização. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 448/458, cujo relatório se adota, que assentou a parcial procedência dos pedidos formulados na ação de revisão de contrato e de condenação à indenização por perdas e danos movida por Idelmo Sanderson Conti e Alessandra de Amorim Conti em face de Portal do Cataguá Sociedade Incorporadora Ltda. e outros.

Foi determinada restituição de valores pagos a título de juros remuneratórios incidentes no período de dezembro de 2012 a junho de 2018, de IPTU, de seguro e taxa de administração, além do valor de R$10.000,00, a título de danos morais.

Dada a sucumbência preponderante, as rés foram condenadas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

As corrés SP-11 Empreendimentos Imobiliários e Urbplan apelam e pugnam pela reforma da sentença pelas razões apresentadas às fls. 484/512.

Recurso tempestivo e respondido (fls. 592/607).

É o relatório.

Cuida-se de ação por meio da qual os autores objetivaram a revisão de cláusulas do compromisso de compra e venda firmado com as rés, bem como a indenização por perdas e danos, em virtude do atraso na entrega da obra.

A insurgência é das corrés SP-11 e Urbplan.

No que se refere ao atraso na entrega da obra, não tem pertinência a defesa calcada na Lei 6766/79.

Anote-se que estava prevista a data de dezembro de 2012 para a conclusão das obras, sem que tivesse havido previsão contratual de prazo de tolerância.

Sobre a Lei 6766/79, é vaga a disposição sobre prazos e, por isto, configura prática abusiva e vantagem excessivamente onerosa em desfavor dos consumidores (art. 39, inciso XII e art. 51, § 1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor).

Acesso ao Sumário

Ademais, o prazo da Lei 6.766/1979 não se aplica ao promitente comprador.

A propósito do tema, confira-se:

Apelação Cível 1003834-90.2015.8.26.0576 *- COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LOTEAMENTO. RESCISÃO. 1. Culpa pela rescisão e devolução das parcelas pagas. Abusividade do contrato que estabelece mera estimativa para o prazo para a entrega (art. 39, inciso XII, do CDC). Prorrogação da entrega nos termos da Lei nº 6766/79 é vaga, violando dever de informação do consumidor. Ademais, prazo de 4 anos do artigo 18, V, da Lei 6766/79 não se refere ao prazo prometido pelo fornecedor ao consumidor, já que faz menção ao prazo máximo que pode constar em cronograma a ser submetido para a aprovação da Municipalidade. Atraso na entrega verificado. (...) (TJSP; Relator (a): Mary Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/04/2018; Data de Registro: 10/04/2018)*

Portanto, é inegável que a imprecisão do contrato e a dúvida que se gera ao comprador não pode ser prestigiada, ou nas palavras do i. Des. HAMID BDINE, em julgamento de questão idêntica, "*A referida cláusula não é clara quanto à prorrogação do prazo e, ainda que estivesse previsto a prorrogação do prazo de acordo com o disposto na Lei nº 6.766/79, o prazo de quatro anos refere-se à relação entre o loteador e o Poder Público Municipal, não podendo alterar o prazo ajustado contratualmente.*" (Apelação Cível nº 1006137-90.2016.8.26.0625, j. 27.07.2017)

No mesmo sentido:

Apelação 1003834-90.2015.8.26.0576 - *"COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LOTEAMENTO. RESCISÃO. 1. Culpa pela rescisão e devolução das parcelas pagas. Abusividade do contrato que estabelece mera estimativa para o prazo para a entrega (art. 39, inciso XII, do CDC). Prorrogação da entrega nos termos da Lei nº 6766/79 é vaga, violando dever de informação do consumidor. Ademais, prazo de 4 anos do artigo 18, V, da Lei 6766/79 não se refere ao prazo prometido pelo fornecedor ao consumidor, já que faz menção ao prazo máximo que pode constar em cronograma a ser submetido para a aprovação da Municipalidade. Atraso na entrega verificado. Rescisão por culpa das vendedoras devida. Retenção de parte das parcelas pagas. Descabimento. Súmula 543 do E. STJ. Devolução integral devida. Existência de alienação fiduciária do imóvel não obsta a rescisão. Credoras fiduciárias que se confundem com as vendedoras. Adimplência dos compradores que afasta a hipótese de consolidação da propriedade em poder da fiduciária e realização de*

Acesso ao Sumário

leilão extrajudicial. Inaplicabilidade dos 26 e 27 da Lei nº 9.514/97. 2. Restituição de comissão de corretagem, taxa de administração e seguro. Retorno ao estado anterior ao negócio. Vendedoras que são responsáveis pela restituição pelo simples fato de terem dado causa à rescisão. 3. Termo inicial dos juros de mora na devolução das parcelas pagas. Relação contratual. Juros a partir da citação, quando se iniciou a mora. Vendedoras que deram causa à rescisão. Situação diversa da hipótese em que a rescisão se dá por simples pedido do adquirente. Obrigação de devolução anterior à decisão ou ao seu trânsito em julgado. 4. Recurso dos autores provido. Recurso das corrés não provido." (Rel. MARY GRÜN, julg. em 10/04/2018)

Apelação nº 1005635-43.2014.8.26.0037 - *"APELAÇÃO CÍVEL - Rescisão de contrato - Atraso na entrega de lotes - Ocorrência - Prazo de 4 (quatro) anos previsto na Lei 6766/79 que não desobriga o loteador de cumprir o prazo prometido - Ilegitimidade passiva bem afastada - Sentença de parcial procedência reformada, para impor condenação a título de dano moral, inclusive pela negativação indevida ocorrida em relação a determinados autores - Apelo da parte requerida improvido, ficando provido o apelo dos autores.*" (Rel. Des. JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, julg. em 24.10.2016).

Por isto, indene de dúvida sobre o inadimplemento contratual das rés.

Foi retirada a incidência de juros remuneratórios sobre o valor do saldo devedor, com razão.

Diante do inadimplemento das rés na entrega da obra, é abusiva a incidência de juros e encargos moratórios até a entrega das chaves.

Ademais, como é sabido, a liberação do financiamento está condicionada à apresentação de determinados documentos à instituição financeira, como a regularização do condomínio e a matrícula do imóvel no cartório de registro de imóveis, os quais estão condicionados à conclusão das obras. O atraso na entrega das obras impede a obtenção de financiamento para o pagamento do preço.

Desta forma, diante do inadimplemento da ré em entregar o imóvel na data prevista no contrato, o pagamento dos juros e encargos moratórios sobre o saldo devedor não poderia ser exigida, pois coloca o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC).

Sobre o tema, confira-se a Súmula n. 163, desta C. Corte, aplicável ao caso por analogia: *O descumprimento do prazo de entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra não cessa a incidência de correção monetária, mas tão somente dos encargos contratuais sobre o saldo devedor*.

Nessa linha, correto o teor da r. sentença, de modo que deve ser suspensa a incidência de juros sobre o saldo devedor, de forma que todos os valores já

Acesso ao Sumário

pagos pelos autores ou os que porventura venham a ser a este título, sejam devolvidos, cuja apuração dar-se-á em fase de liquidação da sentença.

Com relação ao pagamento do IPTU incidente sobre o imóvel no período em que o imóvel não esteve à disposição dos compradores, por culpa da vendedora, esta C. Câmara entende ser abusiva a responsabilidade do consumidor pelo pagamento destes valores, por se tratar de encargos inerentes à posse e fruição do imóvel.

Sobre o tema, confira-se:

"Apelação 0059716-59.2012.8.26.0576 - Apelação Cível. Compra e Venda de Imóvel. Declaratória de Inexigibilidade de Débito c.c. restituição de valores pagos a maior. Cobrança de condomínio antes da efetiva conclusão das obras e entrega da unidade à adquirente. Manutenção da administradora, que realizou as cobranças das despesas de condomínio, no pólo passivo da ação. Responsável solidária, por contrato. Despesas condominiais, contas de consumo e IPTU devidas somente após entrega das chaves, quando o condômino pode efetivamente usar, gozar e dispor do imóvel, e não do Habite-se, quando as obras sequer haviam sido entregues. A demora da entrega das chaves não ocorreu por culpa da autora adquirente do imóvel. Restituição simples devida, de forma solidária às rés, sob pena de haver enriquecimento ilícito (Art. 940 CC c.c. Súmula 159 do c. STF). Não se vislumbra a má-fé na conduta das rés. Sucumbência modificada em parte. Recurso da ré improvido; Recurso adesivo da autora provido em parte." (Rel. SILVÉRIO DA SILVA, j. 10/06/2015)

No mesmo sentido, o C. STJ entende que a efetiva posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o condômino a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais (REsp 489.647/RJ, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 25/11/2009).

Assim, as rés deverão mesmo restituir os valores pagos a título de IPTU até a efetiva entrega do imóvel.

Relativamente à taxa associativa, não houve nenhuma decisão a esse respeito, embora argumentado no recurso, de modo que essa questão não será conhecida.

A taxa de administração está diretamente vinculada à prestação de serviços inerente à celebração de promessa de compra e venda de imóvel, não constituindo um serviço autônomo, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, não há nos autos a demonstração da efetiva prestação dos referidos serviços.

Nessa linha, os precedentes desta C. Câmara

Apelação nº 1007548-58.2015.8.26.0576 - Compromisso de compra e

Acesso ao Sumário

venda de imóvel - Repetição de indébito - Preliminar de Ilegitimidade ad causam - Inocorrência - Comissão de corretagem e taxa de confecção de contrato - Valores cobrados pela ré, sem conferir oportunidade para contratação do serviço - Restituição devida - Contrato vago quanto à especificação dos serviços de corretagem, sem a indicação da empresa contratada para esse fim ou o valor que seria pago pelo comprador a esse título - Violação do direito de ampla informação quanto à aquisição de produtos ou serviços (art. 6º, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor) - Responsabilidade solidária de todos os que participaram da cadeia de fornecimento de produtos ou serviços, nos termos do art. 7º, do CDC - Devolução dos valores devida - Sentença mantida - Recurso improvido. (Rel. SALLES ROSSI, j. 10/08/2015)

Apelação nº 1008100- 96.2015.8.26.0196 - Apelação cível - Ação declaratória c.c. repetição de indébito - Parcial procedência com condenação na restituição da comissão de corretagem, SATI e da taxa de administração - Insurgência das partes - Ilegitimidade passiva inocorrente - Indevida a devolução da comissão de corretagem - Prestação de serviço de corretagem caracterizado - Intermediação levada a cabo - Cláusula contratual clara, que não permite a confusão com pagamento do preço ajustado, com ciência inequívoca do comprador. SATI e taxa de administração de contrato que são consideradas abusivas e devem ser restituídas - Não se verifica nenhum contorno de serviço prestado a fim de justificar suas cobranças - Pretensão de devolução de "diferença de financiamento" que não se acolhe - Valor que se trata de mera atualização monetária do saldo devedor já que a assinatura do contrato com a CEF se deu mais de um ano após a assinatura do contrato com a Vendedora - Impossibilidade de congelamento do saldo devedor, sob pena de enriquecimento ilícito - Contrato que prevê expressamente a correção do saldo devedor pelo INCC - Cobrança devida - Sentença parcialmente reformada para exclusão da condenação na devolução da taxa de corretagem, mantida no restante - Recurso da ré parcialmente provido e recurso adesivo improvido. (Rel. SILVÉRIO DA SILVA, j. 9/12/2015)

Por estas razões, os valores pagos a título de taxa de administração deverão ser restituídos ao autor, nos termos em que determinado pela r. sentença.

Por outro lado, diante da obrigatoriedade de contratação de seguro habitacional no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, não ficou demonstrado no processo que a parte autora tinha a seu dispor contratação mais vantajosa com outra seguradora e compatível com o seu contrato. Com isto, não é possível afirmar-se quanto à ocorrência de venda casada, nos termos da Súmula nº. 473 do Superior Tribunal de Justiça e orientação firmada em sede de recurso repetitivo.

Acesso ao Sumário

De dano moral, respeitado o entendimento do juízo sentenciante, não se cuidou.

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 da ré ao pagamento de indenização por danos morais, cabendo reparos à r. sentença também neste ponto.

Foi determinada que a incidência dos juros, relativamente à devolução dos valores pagos pelos autores, se desse a partir da citação. Não é a hipótese de relegar esse momento para o trânsito em julgado da decisão, já que não se trata de rescisão contratual provocada pelo comprador.

Do que foi falado, o recurso das rés é parcialmente provido, nos moldes aqui delineados.

A parcial procedência está mantida, mas, diante do acolhimento razoável do pleito recursal, tem que é necessária a divisão igualitária dos ônus sucumbenciais, lembrando que foram rejeitados os pedidos de indenização por danos morais e de restituição de valores a título de seguro.

Com esse resultado, verificados os pedidos formulados na petição inicial, ficam as partes condenadas ao pagamento de metade das custas processuais e fixados os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, em favor do patrono dos autores, e em 15% sobre o valor do proveito econômico obtido pelos autores, devidos aos patronos das rés, observada eventual gratuidade judiciária concedida a estes.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015948-58.2019.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante D.A.S.A.D., é apelada M.J.C.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21/44339)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA (Presidente), MIGUEL BRANDI e LUIS MARIO GALBETTI.

São Paulo, 25 de maio de 2021.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Apelação - Responsabilidade civil - Indenização por Danos Morais - Erro de Diagnóstico - Alegação de imperícia no diagnóstico laboratorial - Negligência demonstrada nos autos - Nexo que restou estabelecido diante da elaboração de perícia judicial - Danos morais verificados - "Quantum" reduzido para R$100.000,00 diante das peculiaridades do caso e da jurisprudência - Sentença reformada parcialmente para redução do "quantum" indenizatório - Recurso provido em parte.

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em Indenização por Morais por Diagnóstico Errado de Câncer proposta pela Autora contra a Ré.

Opôs a Ré Embargos de Declaração que foram rejeitados a fls. 284.

Recorre a Ré afirmando que a conclusão do laudo é contrária à sentença. Afirma que o perito, como não poderia deixar de ser, jamais consignou que realmente o médico emitiu um parecer equivocado sobre o exame realizado na paciente. Diz que além de não ser possível estabelecer a inequívoca ocorrência de falha na sua prestação dos serviços, um diagnóstico só poderia ser feito com a somatória de vários outros recursos, para além do simples exame questionado neste processo. Aduz que outro ponto extremamente importante é o comprometimento das conclusões periciais por ausência de documento básico, a saber, o prontuário médico da Apelada, relativo ao ano de 2017. Diz que a atividade do laboratório é meramente preliminar e auxiliar, sendo necessária, portanto, a análise clínica do médico, fato este que, por si, elide sua eventual responsabilidade pelos supostos danos sofridos pela Apelada. Alternativamente, pede a redução da condenação.

Recurso respondido a fls. 301/323.

Acesso ao Sumário

Recebo o recurso em seus regulares efeitos.

É o Relatório.

Na ação, a Autora alega que em 04/07/2017 realizou, no laboratório da Apelante, o exame de colposcopia com biópsia de vagina em parede anterior e parede lateral direita e que o exame teve como resultado "alterações celulares benignas: inflamação. ausência de sinais de malignidade na amostra examinada" e que também foi identificada a presença de bactérias nas amostras do exame, descritas como "bacilos supracitoplasmático sugestivos de 'gardnerella mobiluncus'". Assim, diz que os resultados indicavam apenas uma inflamação, que poderia ser tratada com uso de comprimidos e creme vaginal com o princípio ativo metronidazol, durante 07 (sete) dias.

Entretanto, passado um ano, sentiu dores e complicações e foi socorrida por colegas de trabalho, sendo encaminhada para o pronto-atendimento do Hospital Santa Helena, ocasião em que a médica que a atendeu realizou exame clínico ginecológico, constatando a existência de um tumor maligno de tamanho considerável, que não poderia mais ser removido cirurgicamente, mas apenas tratado com quimioterapia, radioterapia e braquiterapia. A Autora alega que foi encaminhada para tratamento no IBCC e o resultado da nova biópsia indicou um carcinoma espinocelular invasivo. Diz que sua médica também solicitou que fosse realizada a revisão das lâminas do primeiro exame, sendo confirmada a suspeita de que, à época da realização do primeiro exame, a autora já estava doente tendo carcinoma de células escamosas moderadamente diferenciado.

A Autora sustenta que o diagnóstico do primeiro exame apresentado pela Ré negativo para câncer foi errôneo, uma vez já estava com câncer, porém não invasivo. Por conta do diagnóstico errôneo, a Autora alega que o câncer que a acomete progrediu para a fase invasiva, com metástase em outros órgãos. Pleiteia por isso indenização pelo dano moral sofrido.

A D. Magistrada "a quo" entendeu pela presença da responsabilidade civil, diante do exame das provas periciais, concluindo que a negligência laboratorial foi responsável pelo resultado lesivo.

Insurge-se a Ré contra a sentença, aduzindo que a decisão é contrária a prova dos autos, uma vez que a perícia não estabeleceu o nexo causal entre seu laboratório e o diagnóstico do câncer que acomete a Apelada.

Entendo que a sentença merece reforma parcial, na medida em que houve dado moral, porém é necessária a redução do *quantum* indenizatório.

É cediço que a responsabilidade civil é constituída por três pilares, quais sejam, a conduta ilícita, o resultado e o nexo causal que liga à conduta ao resultado.

No caso dos autos, a conduta negligente da Ré restou peremptoriamente evidenciada.

Conforme expôs o laudo pericial a fls. 251:

"Deflui do exposto que a releitura da lâmina acima citada concluiu pelo diagnóstico de Carcinoma epidermóide grau II histológico, ou seja, ***segundo o exame realizado, tal patologia era passível de diagnóstico por ocasião do primeiro exame realizado na requerida****".*

(...)

Considerando que a literatura assevera que quanto mais precoce o diagnóstico, maiores as possibilidades de tratamento, sobrevida e cura, não se pode excluir a possibilidade do postergamento do diagnóstico do câncer, por cerca de um ano, tenha contribuído para o agravamento do caso e, consequentemente, para a redução das possibilidades terapêuticas relativas à patologia da requerente e, eventualmente, para a piora do prognóstico (grifo nosso).

E o laudo pericial concluiu a fls. 252:

"*A se assinalar, inicialmente, que, em função da ausência nos autos de prontuário médico, relativo ao período compreendido entre os primeiros exames realizados na requerida em 04/07/2017 e o encaminhamento do caso para consulta com ginecologia oncológica (em 01-08-18), a análise das alegações relativas a este período estão prejudicadas, com exceção dos exames complementares que constam dos autos.*

Em relação aos exames realizados neste período cumpre ressaltar que consta, às fls. 51 dos autos, Exame de revisão da lâmina - caso externo, correspondendo ao registro externo: 52.912/2017, ou seja, relativo ao exame anátomo-patológico realizado no laboratório da requerida em 04-07-2017 (fls. 42, 43 e 49). Tal exame de revisão de lâmina foi realizado no laboratório D. (H.P.), tendo sido subscrito por dois patologistas e estabelecido o diagnóstico, em relação à vagina, de Carcinoma epidermóide grau II histológico.

No exame acima foi citado ser 'Revisão de lâmina citológica: Alterações celulares benignas - Inflamação. Ausência de elementos de malignidade na presente amostra'

Deflui do exposto que a releitura da lâmina acima citada concluiu pelo diagnóstico de Carcinoma epidermóide grau II histológico, ou seja, segundo o exame realizado, tal patologia era passível de diagnóstico por ocasião do primeiro exame realizado na requerida" (grifo nosso).

Sendo a responsabilidade inconteste, conforme se conclui do que constou do laudo pericial, culminando, assim, no resultado danoso, de rigor a sua reparação.

Vencida a configuração da responsabilidade, passo a apreciar o seu "quantum".

A satisfação pecuniária do dano moral deve guiar-se por dois critérios

Acesso ao Sumário

principais: o compensatório, que visa não "desfazer o dano", já que o dano à dignidade da pessoa humana não se rescinde, mas anestesiar a lesão causada ao bem jurídico; e o punitivo, com finalidades preventiva, inibitória e pedagógica, na linha dos *punitive damages* do Direito estadunidense.

O primeiro critério (retributivo), ligado ao ofendido, é balizado: (1) pelo subprincípio da dignidade da pessoa humana violado (liberdade, igualdade, solidariedade, ou integridade psicofísica) ou, em outras palavras, pelo tipo de direito da personalidade lesado, e (2) pela modificação na situação pessoal da vítima causada pela lesão, isto é, pelo desnível entre a condição do ofendido antes e depois do evento.

O segundo critério (repressivo-censório), relacionado ao ofensor, é regido: (1) pelo motivo da conduta, (2) pelo tipo de elemento subjetivo (culpa, dolo, etc.), e (3) pela intensidade do elemento subjetivo.

Finalmente, o *quantum* descoberto deve ser suavizado pelo cotejo com precedentes de casos análogos e pela aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade - "cláusula geral de temperança".

Aplicando-se tais conceitos ao caso sob análise, entendo pela redução da condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, em casos de erro médico ou laboratorial, o C. STJ tem decidido pela razoabilidade de reparações entre R$50.000,00 e R$500.000,00:

> 1) R$50.000,00, por atrofia de membro superior por erro no parto (AgRg no AREsp 645.884/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 24/03/2015 pela 1ª T.); 2) R$60.000,00, por paralisia de membro superior (AgRg no AREsp 784.591/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. em 07/06/2016 pela 3ª T.); 3) R$80.000,00, por paralisia de membro superior de recém-nascido por erro durante parto (REsp 1526467/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 13/10/2015 pela 3ª T.); 4) R$100.000,00, por impotência (AgRg no AREsp 585.733/DF, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 18/08/2015 pela 4ª T.); 5) R$100.000,00, por "graves lesões cerebrais, desenvolvimento neuropsicomotor com grande atraso, fala muito comprometida, não consegue sentar ou andar sem ajuda de terceiros" (EDcl nos EDcl no AREsp 706.352/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, j. em 10/03/2016 pela 4ª T.); 6) R$109.000,00 (200 salários mínimos de 2007, cf. Ap. 9103053-97.2007.8.26.0000), por perfuração de intestino durante cirurgia de laparatomia (REsp 1359156/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 05/03/2015 pela 3ª T.); 7) R$150.000,00, por perda da visão em olho esquerdo decorrente de infecção hospitalar (REsp 1526253/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 03.03.2016 pela 3ª T.); 8) R$200.000,00, por cirurgias desnecessárias,

Acesso ao Sumário

infecção e lesão a nervo, com agravamento da dor e comprometimento do pé esquerdo, bem como da capacidade de andar (AgRg no REsp 1537273/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 24/11/2015 pela 3ª T.); 9) R$ 200.000,00, por morte após cirurgia de amígdalas (REsp 1074251/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 15/05/2009); 10) 300 a 500 salários mínimos, (entre R$ 300.000,00 e R$ 500.000,00) para as hipóteses de dano-morte (AgRg no REsp 1.362.073/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 22/6/2015).

No caso, tendo por base a média indenizatória fixada pelo C. STJ, bem como a extensão do dano sofrido e o caráter pedagógico e punitivo da medida, **entendo de rigor a redução do *quantum* indenizatório para R$100.00,00 (cem mil reais)**.

Isso posto, pelo meu voto, **dou provimento em parte ao recurso** apenas para redução do *quantum* indenizatório devido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007226-49.2020.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A e PARQUE PIAZZA SAN MARCO INCORPORAÇÕES SPE LTDA., é apelada MARCELA ROBERTA FEITOR GONÇALVES (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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24312)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 25 de maio de 2021.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. Insurgência contra sentença de procedência. Sentença mantida. Decadência. Inaplicabilidade, por se tratar de pretensão indenizatória. Mérito. Apelantes não negam alteração de lay out entre o apartamento visitado e o que foi entregue. Diferença de projeto deve-

Acesso ao Sumário

ria ter sido adequadamente informada, a despeito da inexistência de apartamento modelo decorado para o empreendimento adquirido pela autora. Violação do dever de informação da fornecedora de produtos (art. 6º, III, CDC). Dano moral configurado. Valor da indenização (R$ 10.000,00) adequadamente fixado, não comportando redução. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização pelo dano moral decorrente de alteração no projeto e leiaute de apartamento adquirido junto à ré no empreendimento Piazza San Marco, que não possuía apartamento decorado, tendo-lhe sido apresentado modelo do empreendimento Piazza di Roma, cujos pedidos foram julgados procedentes para condenar as rés ao pagamento de indenização de R$ 10.000,00.

Inconformadas, apelam as rés, sustentando, em suma, que teria ocorrido decadência do direito de reclamar vício aparente em produtos duráveis, eis que se sujeitaria ao prazo de 90 dias. Subsidiariamente, requerem seja aplicado prazo decadencial de um ano por se tratar de vício redibitório. No mérito, aduzem inexistir dano moral, já que a construção observou as regras vigentes, tendo obtido todas as licenças necessárias, e também por ausência de demonstração específica a respeito. Afirmam que a situação dos autos configura aborrecimento fora da órbita do dano moral, e que não houve a prática de qualquer ilícito, razão pela qual requerem a revogação da condenação. Subsidiariamente, pugnam pela redução do montante indenizatório.

Apresentadas contrarrazões (ps. 599/613), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Não prospera a irresignação.

A apelada deduziu na presente ação pretensão indenizatória relativa ao dano moral causado pela violação do dever de informação das apelantes, na qualidade de fornecedoras de produto. Não se pretendia o reparo de defeitos, rescisão contratual ou mesmo abatimento proporcional do preço.

Por isso, não se aplica à hipótese nenhum dos prazos decadenciais invocados pelas apelantes, pois a pretensão se sujeita a prazo prescricional decenal. A respeito:

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO

Acesso ao Sumário

ART. 489 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. METRAGEM A MENOR. VÍCIO APARENTE. PRETENSÃO INDENIZATÓRIO. PRAZO DECENAL.

1. Ação de reparação de perdas e danos cumulada com obrigação de fazer, em virtude da entrega de imóvel, objeto de contrato de compra e venda entre as partes, em metragem menor do que a contratada.

2. Ação ajuizada em 03/02/2017. Recurso especial concluso ao gabinete em 15/03/2019. Julgamento: CPC/2015.

3. O propósito recursal, além de ver reconhecida a negativa de prestação jurisdicional, é a aplicação das prejudiciais de decadência e prescrição em relação ao pedido do recorrido de reparação por perdas e danos decorrentes da aquisição de imóvel entregue em metragem menor do que a contratada.

(...) 6. A entrega de bem imóvel em metragem diversa da contratada não pode ser considerada vício oculto, mas sim aparente, dada a possibilidade de ser verificada com a mera medição das dimensões do imóvel - o que, por precaução, o adquirente, inclusive, deve providenciar tão logo receba a unidade imobiliária.

7. É de 90 (noventa) dias o prazo para o consumidor reclamar por vícios aparentes ou de fácil constatação no imóvel por si adquirido, contado a partir da efetiva entrega do bem (art. 26, II e § 1º, do CDC).

8. ***O prazo decadencial previsto no art. 26 do CDC relaciona-se ao período de que dispõe o consumidor para exigir em juízo alguma das alternativas que lhe são conferidas pelos arts. 18, § 1º, e 20, caput, do mesmo diploma legal (a saber, a substituição do produto, a restituição da quantia paga, o abatimento proporcional do preço e a reexecução do serviço), não se confundindo com o prazo prescricional a que se sujeita o consumidor para pleitear indenização decorrente da má-execução do contrato.***

9. ***Quando a pretensão do consumidor é de natureza indenizatória (isto é, de ser ressarcido pelo prejuízo decorrente dos vícios do imóvel) não há incidência de prazo decadencial. A ação, tipicamente condenatória, sujeita-se a prazo de prescrição.***

10. À falta de prazo específico no CDC que regule a pretensão de indenização por inadimplemento contratual, deve incidir o prazo geral decenal previsto no art. 205 do CC/02.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido. (REsp 1819058/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 05/12/2019 - sem destaque no original.)

Acesso ao Sumário

No mérito, tampouco assiste razão às rés.

As apelantes não negam que o apartamento entregue no edifício Piazza San Marco teria leiaute e projeto diferente do que foi visitado previamente à aquisição pela apelada, em empreendimento diverso (Piazza di Roma).

Limitam-se a afirmar, de um lado, que "*o Empreendimento Piazza San Marco não possui apartamento decorado restando ausente qualquer imóvel paradigma* à *embasar a pretensão autora*" (p. 587) e, de outro, que, de todo modo, o decorado seria meramente ilustrativo porque o apartamento foi construído de acordo com as normas técnicas e legislação vigentes, sendo possível adaptação de projeto para adequá-lo a esses parâmetros.

Essas alegações, contudo, erram o foco da presente ação, que versa sobre a violação do dever de informação das apelantes, enquanto fornecedoras de produtos, no momento da oferta à venda (art. 6º, III, CDC: "*São direitos básicos do consumidor:* (...) *III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade,* ***características, composição, qualidade****, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*") - o qual restou configurado.

De maneira específica, as apelantes não lograram demonstrar que, a despeito de terem conduzido a apelada a apartamento decorado em outro empreendimento, teriam lhe explicado as diferenças entre o modelo que estava sendo visitado e o que lhe seria entregue. Não comprovaram, outrossim, que a apelada teria sido informada e teria compreendido que o apartamento que estava visitando era apenas ilustrativo do que viria a receber, com outros acabamentos e sem divisória entre sala e cozinha, por exemplo.

Por fim, as apelantes não provaram que essas diferenças teriam decorrido da necessidade de adequação do projeto original a normas técnicas ou legais, de modo a eximir-se da responsabilidade pelo ressarcimento do dano que decorreria da alteração não comunicada do leiaute e acabamentos.

Justificado, assim, o arbitramento da indenização por dano moral, que decorre da violação ao dever de informação pelas fornecedoras. Não houve mero aborrecimento, mas quebra de expectativa legítima relativa ao imóvel que seria recebido, ensejando sofrimento que não pode ser considerado inerente ou natural à celebração de contratos de promessa de compra e venda deste tipo. Nesse sentido:

> "*APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Recurso interposto pela parte ré em face de sentença de procedência do pedido, que a condenou ao pagamento de indenização pelos danos morais fixados em R$10.000,00. Não acolhimento. Prazo decadencial que não é aplicável para a pretensão reparatória. Petição inicial regular. Cerceamento de defesa não configurado.* ***Diferenças entre o apartamento decorado e***

Acesso ao Sumário

a unidade disponibilizada à adquirente. Modificação relevante do projeto original configura violação ao dever de informação. Indenização fixada em R$10.000,00 que se mostra adequada ao caso. Precedentes*. Honorários majorados. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.*" *(v. 35802)*. (TJSP; Apelação Cível 1007958-30.2020.8.26.0451; Relator (a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/04/2021; Data de Registro: 26/04/2021)

"*COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BEM IMÓVEL. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. I. Preliminares. Inépcia da petição inicial. Afastamento. Exordial que cumpre os requisitos legais, dispostos nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil. Compatibilidade formal, lógica e jurídica entre o pedido e a causa de pedir, bem como apresentação dos documentos indispensáveis à propositura da ação. Cerceamento de defesa. Não configuração. Suficiência das provas documentais ao correto equacionamento da demanda. Determinação das provas necessárias ao julgamento do mérito que incumbe ao juiz, na forma do artigo 370, do Código de Processo Civil. Adequação do julgamento antecipado da lide. Inteligência do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil. Preliminares rejeitadas. II. Mérito. Pretensão de reparação por vícios de construção consistente em inúmeras alterações que inviabilizaram o projeto mobiliário. Parcial procedência. Irresignação das partes. III.* ***Demonstradas as alterações na unidade imobiliária adquirida pela autora, assim como a falta do dever de informação pelas rés de que o imóvel a ser entregue não seria o imóvel decorado, mas sim aquele com as modificações constantes no memorial descritivo. Configurada falha por parte das rés e violação ao disposto no art. 6º, inciso III, e art. 31, ambos do Código de Defesa do Consumidor.*** *IV. Danos materiais. Cabível a restituição do valor despendido pela autora na aquisição do depurador de ar. Recebimento do aparelho que se deu previamente à vistoria realizada no imóvel, de modo que a autora desconhecia a alteração do projeto pelas rés, inviabilizando a instalação do aparelho. V.* ***Danos morais. Configuração. Quebra de expectativa que não se confunde com o mero aborrecimento. Vícios construtivos incompatíveis com a aquisição de um imóvel que fora apresentado à adquirente. Pretensa majoração. Acolhimento. Fixação em 10.000,00 que se mostra adequada ao caso****. Inteligência do artigo 944 do Código Civil. Precedente do Tribunal. Sentença reformada nessa parte. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. APELO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE, DESPROVIDO O DAS RÉS.*" (TJSP; Apelação Cível 1017615-30.2019.8.26.0451; Relator (a): Donegá Morandini; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro

Acesso ao Sumário

de Piracicaba - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/04/2021; Data de Registro: 13/04/2021)

Consoante se extrai também dos julgados mencionados, o valor foi adequadamente fixado, estando em consonância com parâmetros desta Câmara, a situação econômica das partes e a reprovabilidade da conduta.

Ante o exposto, **nega-se provimento** à apelação. Arcarão as rés com honorários recursais de 5% sobre o valor da condenação, que se somam àqueles já fixados em primeiro grau (art. 85, §11, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022377-47.2019.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante PEDRO LUIZ DO NASCIMENTO, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46427)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e ANA CATARINA STRAUCH.

São Paulo, 1º de junho de 2021.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO - Valor depositado em conta corrente de executado, escrevente de cartório extrajudicial, e objeto de bloqueio judicial - Pretensão do depositante ao desfazimento, em razão de se tratar quantia destinada ao pagamento de tributo estadual incidente sobre transmissão de bens por inventário dos bens deixados pela genitora - Inadmissibilidade - Numerário que já deixara o patrimônio do depositante, integrando-se ao do destinatário para que tivesse o alegado destino - Controvérsia a ser discutida em ação própria, apenas entre o embargante e o escrevente - Sentença de improcedência mantida - Apelação improvida, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação tirada contra r. sentença - proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Daniel Ribeiro de Paula - que julgou improcedentes embargos de terceiro ajuizado com o objetivo de desconstituir bloqueio de numerário depositado em conta corrente bancária de executado; honorários advocatícios arbitrados em dez por cento do valor da causa.

Sustenta o apelante (advogado) que tem direito à pretensão inicial uma vez ter demonstrado que o executado, escrevente de cartório extrajudicial e encarregado da lavratura da escritura do inventário dos bens deixados por sua genitora, utilizaria o dinheiro (que não era de propriedade dele) para pagamento de tributo estadual incidente sobre a transmissão, fato que "em decorrência do ofício é muito comum seus clientes realizarem créditos em sua conta bancária para pagamentos de emolumentos, ITBI e DARE, os valores são creditados com a finalidade especifica, qual seja, o pagamentos de emolumentos e tributos".

Postula o apelado, em sua resposta, o improvimento.

Não houve oposição a julgamento virtual.

Recurso, no mais, adequadamente processado.

É o relatório.

O inconformismo não vinga, uma vez que o culto Magistrado deu solução adequada ao caso.

Escorreita a constatação feita na r. sentença (fls. 168/169), como fundamentação, segundo a qual "**a versão apresentada na inicial revela-se pouco crível, sendo certo que as provas produzidas ao longo do feito não são suficientes para comprovar de forma inequívoca a versão sustentada na inicial. Causa estranheza que os escreventes cartorários recebam em suas contas bancárias particulares valores de terceiros para efetivação de procedimentos cartorários. Bem como não parece crível a aceitação de tal procedimento por pessoas com um mínimo de conhecimento, o que é caso do Embargante. Vale ressaltar que os valores foram bloqueados diretamente na conta corrente do executado Marcio Ferreira, não havendo qualquer irregularidade nesse sentido. Ainda, vale dizer, que o dinheiro mencionado é bem móvel e fungível, de modo que a mera tradição gera a alteração de propriedade, conforme artigos 85 e 1.267 do Código Civil, a revelar que o bem é de propriedade efetiva do executado, e não do embargante, que detém, no máximo, direito de postular a restituição contra este. Desse modo, deve ser rejeitada a alegação do embargante no sentido de que os valores em comento seriam de sua propriedade exclusiva**".

A verdade é que o numerário que já deixara o patrimônio do depositante, integrando-se ao do executado.

Assim, o apelante, ao efetuar o depósito, assumiu o risco do que pudesse

Acesso ao Sumário

ocorrer com o dinheiro, mesmo confiando que seria utilizado para o alegado pagamento de tributo.

Anota-se, por oportuno, também o inteiro cabimento da ressalva feita pelo Magistrado, segundo a qual "**Caberá ao embargante, se assim desejar, mover ação contra o executado, exigindo a devolução do valor transferido, não sendo possível desconfigurar bloqueio judicial hígido e lícito, de patrimônio existente na conta corrente do executado**".

Nada há, pois, a alterar no que foi decidido.

Determina-se, adicionalmente, que, ao retorno dos autos, seja dada notícia ao MM. Juízo Corregedor do cartório extrajudicial (obviamente com os dados do processo, que é digital) para as providências que entender cabíveis quanto a eventual apuração da conduta do executado na qualidade de escrevente.

Fica, pois, mantida a bem lançada r. sentença, tanto por seus próprios fundamentos (art. 252 do RI-TJSP) como pelos aqui acrescentados; majoram-se os honorários advocatícios (§11 do art. 85 do Cód. de Proc. Civil) para quinze por cento do valor da causa.

Ante o exposto, e com determinação, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000520-02.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante E.S.S., são apelados T.B.R.I.L. e F.S.O.B.L.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.806)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ACHILE ALESINA (Presidente) e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 1º de junho de 2021.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - Ofensas pessoais lançadas em redes sociais (Facebook e Twitter) - Demanda indenizatória entre particulares - Matéria afeta à 1ª a 10ª Câmaras deste Tribunal (Resolução nº

623/2013, art. 5º, I, I.29) - Recurso não conhecido, determinada redistribuição.

VOTO

1. A sentença de fls. 219/221, de relatório adotado e embargos de declaração rejeitados (fl. 2.675), julgou extinto pedido de produção antecipada de provas em face dos Provedores e parcialmente procedente para tornar definitiva a liminar, em ação movida pela apelante aos apelados - honorários advocatícios de 10% do valor da causa, a cargo das rés.

Alude da ineficácia parcial da sentença, já que necessária inclusão dos provedores de acesso no polo passivo da demanda. Insiste da possibilidade de autorizar tal medida, por meio da entrega de dados que permitam sua identificação e, na hipótese, cuida-se de litisconsórcio passivo facultativo simples. Argumenta ser necessária fixação de multa (astreintes) por descumprimento da determinação judicial (fls. 2.677/2.689).

Só o Twitter respondeu (fls. 2.705/2.714).

É o relatório.

2. Não se conhece do recurso. Da leitura da petição inicial (fls. 01/17), constata-se que é hipótese a envolver produção de provas e/ou obrigação de fazer, em virtude de a autora ter sido alvo de ofensas e calúnias, por meio de redes sociais (facebook e twitter). A pretensão se refere a fornecimento de dados completos dos usuários e informes por meio dos quais ocorreu acesso aos serviços das rés (item 45.1 de fl. 16).

Portanto, trata-se de demanda entre particulares, fundada no regime comum de responsabilidade civil extracontratual.

Como sabido, o pedido inicial define a competência (artigo 103 do Regimento Interno).

Nesse sentido, a matéria relativa ao presente recurso está inserida na competência da 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado (Resolução nº 623/2013, art. 5º, I, I.29).

A respeito - ***mutatis mutandis***:

"COMPETÊNCIA RECURSAL - Indenização por danos morais em razão de ofensa racial e insultos proferidos pelo ofensor contra as vítimas - Responsabilidade civil extracontratual - Matéria que não se insere na competência da Subseção de Direito Privado III - Competência atribuída a Uma das Câmaras de Direito Privado I, deste E. Tribunal de Justiça, compreendidas entre a 1ª e 10ª Câmaras - Incidência do art. 5º, inciso I, item I.29, da Resolução nº 623/2013 do OETJSP - Redistribuição determinada (ratione materiae) - RECURSOS NÃO CONHECIDOS, com determinação de redistribuição para a Subseção de Direito Privado I."

Acesso ao Sumário

(Apelação nº 1005852-92.2014.8.26.0132, Relator Des. Sérgio Alfieri - Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado/TJSP - Data do julgamento: 20/08/2018).

"COMPETÊNCIA RECURSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE OFENSA PESSOAL VEÍCULADA EM REDE SOCIAL VIRTUAL 'FACEBOOK'. MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA DA 1ª à 10ª CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DESTA CORTE. ART. 5º, I, C.C. I.29, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013. RECURSO NÃO CONHECIDO, COM DETERMINAÇÃO DE REMESSA. O caso em julgamento discute a responsabilização da ré pela divulgação de ofensa pessoal noticiada em rede social virtual 'Facebook', cujo conteúdo lhe imputa maus-tratos com animal de estimação. A causa de pedir debatida refere-se a responsabilidade extracontratual, cuja competência recursal, portanto, é da Subseção I, entre a 1ª e a 10ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal, nos termos do art. 5º, I, c.c. I.29, da Resolução 623/2013" (TJSP, Apelação Cível 1009495-42.2017.8.26.0362, Relator Adilson de Araújo, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 25/07/2017).

3. Pelo exposto, não se conhece do recurso, determinada redistribuição a uma das dez primeiras Câmaras de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002950-77.2020.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que são apelantes ALCYR MEIRA (ESPÓLIO), DENISE HELENA AMAD MEIRA SHAHINI (HERDEIRO) e REINALDO AMAD MEIRA (HERDEIRO), é apelada DORACY DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 40.096)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 1º de junho de 2021.

CARLOS RUSSO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. Etapa de cumprimento de julgado (despejo por falta de pagamento cumulado com cobrança). Objeção à ordem de

despejo. Juízo de procedência. Apelo do réu. Provimento.

VOTO

RELATÓRIO

Embargos de terceiro, a invocar direitos, preservação ocupação de imóvel locado, juízo de procedência (fls. 189/193), apela o réu, batendo-se pela improcedência dos embargos.

Resposta recursal, a fls. 219/222.

FUNDAMENTAÇÃO

De fato, respeitosamente, a autora, apelada, não dispõe de melhor direito, legitimando-lhe pretensa posição jurídica (sucessora de primitivo locatário), assim a obstar execução de ordem de despejo.

Mantendo-se no imóvel, enquanto cessionária de direitos de locatário, com despejo decretado, aludida cessão ou sublocação fez-se à margem do respectivo contrato de locação, sem necessário consentimento do locador, prévio e por escrito (aqui, réu, apelado).

Contexto, a evidenciar flagrante violação à norma do artigo 13, da Lei n. 8.245/91, a hipótese desautoriza cogitada tutela possessória, resultando na improcedência de embargos de terceiro.

Sucumbente, a autora, apelada, responde pelas despesas processuais, nessa rubrica honorária de patrono do réu, apelante, arbitrada em dez por cento do valor da causa, devidamente atualizado, desde o ajuizamento, verbas inexigíveis, se efetivamente confirmada eventual outorga de gratuidade judiciária, desde a instância de origem (artigo 98, §3º, do Código de Processo Civil).

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso, para julgar improcedentes embargos de terceiro, nos limites acima explicitados.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006886-47.2017.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é apelante FRANCISCO DE OLIVEIRA MARTINS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado LUZIO AUTOMÓVEIS LTDA. ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nega-

Acesso ao Sumário

ram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37633)**

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

São Paulo, 1º de junho de 2021.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA DE VEÍCULO USADO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MOVIDA CONTRA A VENDEDORA SOB A ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VÍCIO OCULTO NO CÂMBIO AUTOMÁTICO DO VEÍCULO - VEÍCULO LEVADO POR DUAS VEZES À OFICINA MECÂNICA ÀS CUSTAS **DE VENDEDORA - RETIRADA DO BEM E AUSÊNCIA DE POSTERIOR RECLAMAÇÃO POR 21 MESES - PRESUNÇÃO DE EFETIVO REPARO DO VÍCIO - AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE O VEÍCULO TERIA PERMANECIDO COM O DEFEITO DURANTE O PERÍODO - SUBSTITUIÇÃO DO CÂMBIO AUTOMÁTICO POR UM MANUAL POR INICIATIVA DO PRÓPRIO AUTOR - INVIABILIZAÇÃO DA PERÍCIA - DEMANDA JULGADA IMPROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA**

APELAÇÃO DESPROVIDA

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente a ação de reparação de danos fundada na existência de vício oculto em automóvel usado objeto de contrato de compra e venda.

A sentença teve por fundamento o fato de que a empresa requerida sanou os problemas apresentados no veículo durante o prazo de garantia, tendo o autor substituído por iniciativa própria o câmbio original, inviabilizando a apuração quanto à permanência do defeito.

O apelante alega, em síntese, o problema jamais foi solucionado pela ré, tendo o veículo ficado parado em sua garagem por 21 meses, quando resolveu efetuar a troca do câmbio automático por um manual.

Em contrarrazões, a apelada argumentou que o recurso traduz mero inconformismo, já que restou demonstrado ter efetuado o conserto do veículo,

Acesso ao Sumário

sendo natural que um veículo usado apresente defeito após algum tempo de uso.

É o relatório.

A insurgência não prospera.

Inicialmente, há de ser observado que a existência de problemas no sistema de câmbio, apenas três dias após a aquisição do veículo, é fato incontroverso na presente demanda, tendo a própria ré admitido que encaminhou o autor para uma oficina mecânica de sua confiança, o que também restou devidamente documentado nos autos (fls. 120/121)

Contudo, conforme narra a própria petição inicial, o veículo foi levado para conserto em uma oficina mecânica às custas da ré, onde permaneceu por 28 dias, quando foi retirado pelo autor e, tendo apresentado defeito novamente poucos dias depois, levado novamente à mesma oficina mecânica, onde permaneceu por mais dois dias.

Em assim sendo, há de se concluir que, conforme narrativa constante na própria petição inicial, a ré inicialmente cumpriu com a sua obrigação legal de tentar efetuar o conserto do veículo que vendeu com a presença de vício oculto.

Embora tal fato não tenha sido alegado na petição inicial, tampouco demonstrado pelos documentos apresentados, o autor afirma, em sua apelação, que, após a retirada pela segunda vez da oficina, o automóvel jamais voltou a funcionar, tendo permanecido parado na garagem até que efetuada a troca do câmbio, 21 meses depois.

Ainda que assumida como verdadeira essa afirmação, sobre a qual inexiste qualquer prova nos autos, frise-se, a correta solução da lide passaria pelo reconhecimento da decadência do direito, já que, nos termos do artigo 26, II e parágrafo terceiro, o autor possuía 90 dias para efetuar a reclamação, contados desde o momento em que constatado o vício.

Outrossim, a retirada do veículo após a segunda visita pressupõe que os defeitos existentes no veículo foram devidamente reparados, o que é reforçado pela ausência de reclamações posteriores, sendo pouco crível que o autor tenha aguardado 21 meses com veículo defeituoso em sua garagem, sem buscar reparo ou a substituição.

Por fim, consoante constou na perícia, o veículo se encontra funcionando normalmente e a posterior substituição, pelo próprio autor, do câmbio supostamente defeituoso por um câmbio manual acabou "*inviabilizando de forma definitiva, a análise do referido câmbio automatizado pela perícia*".

Sendo essas as circunstâncias, de se concluir que não restou devidamente demonstrado nos autos a existência de nenhum vício no veículo após os reparados realizados na oficina mecânica indicada, e custeada pela ré, não havendo fundamento para que seja acolhido o pedido indenizatório.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que o simples fato de ter sido demonstrada a existência de um vício oculto no veículo quando da compra e venda é insuficiente para acolher a pretensão deduzida na inicial, uma vez que, nos termos do artigo 18, §1º, do CDC, a vendedora deve tentar efetuar o conserto do bem no prazo de 30 dias, o que efetivamente demonstrou ter providenciado no caso em tela, ausente qualquer prova de permanência do defeito após os reparos realizados pela oficina mecânica indicada.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento à apelação**, e, cumprindo o disposto no art. 85, § 11, do CPC, elevo os honorários sucumbenciais de 10% para 15% do valor da causa, observado o disposto no art. 98, § 3º, do mesmo estatuto, por ser o apelante beneficiário da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007196-29.2021.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante ELISETE LIRA SANTA ROSA DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado JUCELINO PINTO DE OLIVEIRA (NÃO CITADO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.374)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente), CESAR LUIZ DE ALMEIDA e SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 2 de junho de 2021.

CESAR LACERDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Bem móvel. Compra e venda de veículo. Ação declaratória de existência de relação jurídica. Extinção do processo sem resolução de mérito.

Autora que dispõe de documento que se mostra suficiente para conferir certeza acerca da existência da compra e venda pactuada com o réu, inclusive quanto à data de sua celebração, bem como para subsidiar a defesa da propriedade do veículo por ela adquirido, seja por simples petição, seja em embargos de terceiro. Necessidade do provimento judicial buscado não identificada. Inadequação da via eleita para a defesa

da propriedade do bem. Interesse processual ausente. Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de ação declaratória de existência de relação jurídica de compra e venda de veículo movida por Elisete Lira Santa Rosa dos Santos em face de Jucelino Pinto de Oliveira.

A autora apela da respeitável sentença de fls. 32/33, cujo relatório se adota, que indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, por considerar desnecessária a tutela jurisdicional pretendida. Sustenta, em síntese, a necessidade da declaração postulada, a fim de conferir certeza sobre a situação jurídica de direito material e tornar pública a data em que a compra e venda foi celebrada, acenando com sua utilidade para impugnar eventuais constrições fundadas em dívidas do vendedor e coibir credores deste de postularem a penhora do veículo adquirido pela apelante. Alega que está presente o interesse processual, invocando os artigos 19, I, e 20 do Código de Processo Civil, e aduz que o acesso à Justiça é assegurado pela Constituição Federal.

Recurso regularmente processado, sem resposta, observando-se que o feito foi extinto antes de formada a relação processual.

É o relatório.

O apelo não comporta provimento, pois a respeitável sentença recorrida posicionou-se corretamente ao extinguir o processo sem exame do mérito.

Reclama a promovente a declaração de existência de relação jurídica de compra e venda de veículo, celebrada em setembro de 2016, em que figurou como compradora e o réu como vendedor. Alega que o provimento jurisdicional buscado lhe será útil na impugnação de medidas constritivas que têm por objeto o veículo negociado e como causa dívidas do antigo proprietário.

Compartilha-se do entendimento perfilhado pelo i. Magistrado sentenciante, de que "não há interesse processual, porque, (i) por simples petição nos autos, onde implementado restrição RENAJUD ou penhora, possível a integral correção da lesão alegada, isso sem falar no cabimento dos embargos de terceiro, medida processual mais solene e específica, servindo-se a parte de prova pré-constituída da aquisição do bem (fls. 17); (ii) a transferência foi solicitada à autoridade de trânsito, em requerimento adequado, há menos de 15 (quinze) dias, podendo a parte, mormente em fase de pandemia, se não aguardar a solução/resposta, instar o órgão público à resposta, superando, quiçá, eventual omissão. Sob estes dois enfoques, a tutela jurisdicional, tal como posta, é desnecessária".

De fato, a autora já dispõe de documento que confere certeza acerca da existência da compra e venda pactuada com o réu, inclusive quanto à data de sua

Acesso ao Sumário

celebração, tendo em vista o reconhecimento de firma (fls. 17), sendo oportuno consignar que a publicidade se dá com o registro da transferência de propriedade junto ao órgão de trânsito.

Salienta-se, ademais, que o documento acima aludido se mostra suficiente para a defesa da propriedade da demandante, seja por simples petição, seja em embargos de terceiro, de modo que a extinção do feito não obsta o acesso à Justiça, haja vista que o propósito pretendido com a presente lide deve ser buscado pela via processual adequada.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002190-78.2021.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante R.P.B. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados R.R.S.P.B. (G. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e G.A.S. (G. (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

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 38.921)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente) e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 2 de junho de 2021.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: Apelação cível - Revisional de alimentos - Sentença de parcial procedência - Redução de 38,08% para 30% do salário mínimo e, em caso de emprego formal, em 25% dos rendimentos líquidos.

Sentença parcialmente reformada - Nascimento de mais três filhos, em curto período (entre 2020 e 2021), que, por si só, não autoriza a redução drástica dos alimentos para, apenas, R$175,00 ou 16% do salário mínimo - Precedente jurisprudencial - Juízo que já considerou o desemprego do apelante desde 2018, laborando informalmente como pedreiro, contando 41 anos de idade, devendo se esforçar para prover a prole - Redução para o valor pretendido que prejudicará

Acesso ao Sumário

o adolescente (17 anos), fazendo tratamento por não produzir hormônio, podendo, eventualmente, onerar a genitora, detentora da guarda, igualmente desempregada e recebendo auxilio emergencial - Sucumbência, todavia, imposta ao apelado, em se tratando de alimentos, ainda que não acolhido o valor postulado na inicial, ressalvada a gratuidade - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de r. sentença de fls. 106/112, de relatório adotado, que julgou parcialmente procedente ação para reduzir o valor dos alimentos de 38,08% para 30% do salário mínimo e, para a hipótese de emprego formal, para 25% dos rendimentos líquidos, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$500,00, observada a gratuidade.

Apela o autor alegando, em suma, que o pedido de revisão não se lastrou, unicamente, na constituição de nova família com o nascimento de mais três filhos, embora tal fato tenha abalado sua situação financeira, porém seu pleito está fundamentado, também, no revés que sofreu com a sua separação em 2015, provando, documentalmente, que está levando "vida humilde", invocando o tratamento isonômico entre os filhos.

Refere que optou por ter mais três filhos em curto espaço de tempo, sustentando, todavia que "julgar a possibilidade de prestar alimentos sob o ponto de vista da paternidade responsável ou irresponsável, no caso em comento, não parece ser a forma mais acertada", observando que sua novel prole tem mais de 15 anos de diferença com o apelado.

Discorda, também, da sucumbência, aduzindo que seu pleito, ainda que parcialmente, foi aceito, ainda que a critério do juízo, citando jurisprudência acerca do tema.

Pede o provimento do recurso para que os alimentos sejam reduzidos para R$175,00 ou 16% do salário mínimo, invertendo-se o ônus da sucumbência (fls. 118/130).

Contrarrazões a fls. 133/136, pugnando pelo improvimento do recurso.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo desprovimento do recurso (fls. 147/150).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso pode ser conhecido, sendo recebido no efeito devolutivo, em se tratando de alimentos.

Acesso ao Sumário

A pensão alimentícia foi arbitrada mediante acordo homologado em 24 de junho de 2015, no qual o apelante se obrigou a pagar ao apelado, seu filho, o valor equivalente a 38,08% do salário mínimo, mencionando não ter profissão definida, porquanto desempregado, realizando "bicos" como pedreiro, servente, "o que mais aparecer", recebendo, também, auxilio emergencial.

Assevera que, não obstante não tenha remuneração fixa, usualmente, aufere entre R$1200,00 a R$1400,00, destacando que, além do apelado, possui mais três filhos, nascidos em 16 de fevereiro de 2020, 11 de maio de 2020 e 29 de janeiro de 2021, ressaltando que a moradia foi cedida por familiares, não se podendo olvidar que o dever de sustento é de ambos os genitores.

Pois bem.

Pese embora o inconformismo do apelante, o juízo conferiu ao feito o deslinde adequado.

De fato, a justificativa para pleitear a revisão dos alimentos foi o nascimento de mais três filhos, frutos de outros dois relacionamentos, não provando e sequer mencionando anteriormente o suposto revés financeiro após a separação em 2015.

O juízo considerou, todavia, o desemprego e, por isso mesmo readequou a verba alimentar, certo que o fundamento lastreado, unicamente, no nascimento de outros filhos, por si só, não tem o condão de autorizar a **redução drástica dos alimentos, como pretende o apelante**, certo que, embora tivesse o direito de constituir novo núcleo familiar, já tinha ciência das obrigações assumidas anteriormente a esse evento.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "***Direito civil e processual civil. Família. Alimentos. Recurso especial. Revisão de alimentos. Pedido de redução. Elementos condicionantes. Mudança na situação financeira do alimentante ou do alimentando. Princípio da proporcionalidade. Constituição de nova família com nascimento de filho. Desinfluência. Embargos de declaração. Omissões. Novo julgamento. A modificação das condições econômicas de possibilidade ou de necessidade das partes, constitui elemento condicionante da revisão e da exoneração de alimentos, sem o que não há que se adentrar na esfera de análise do pedido, fulcrado no art. 1.699 do CC/02. As necessidades do reclamante e os recursos da pessoa obrigada devem ser sopesados tão-somente após a verificação da necessária ocorrência da mudança na situação financeira das partes, isto é, para que se faça o cotejo do binômio, na esteira do princípio da proporcionalidade, previsto no art. 1.694, § 1º, do CC/02, deve o postulante primeiramente demonstrar de maneira satisfatória os elementos condicionantes da revisional de alimentos, nos termos do art. 1.699 do CC/02. Se não há prova do decréscimo das necessidades dos credores, ou do depauperamento das condições econômicas do***

Acesso ao Sumário

devedor, a constituição de nova família, resultando ou não em nascimento de filho, não importa na redução da pensão alimentícia prestada a filhos havidos da união anterior..." (REsp. 1027930/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 03/03/2009, DJe 16/03/2009).

Em síntese, se optou o recorrente por constituir nova família, o fez sabendo da majoração de suas despesas, de sorte que não pode, agora, invocar tal condição para reduzir drasticamente a pensão do filho adolescente, contando a prole idades distintas, sendo também diferentes as necessidades dos menores, cujas despesas se avolumam com o passar da idade, observando que, "in casu", o menor faz tratamento médico por não produzir hormônio, tendo despesa mensal com injeção.

De outro lado, as genitoras dos novos filhos, certamente, já devem colaborar no sustento dos menores, sendo o apelante saudável, contando 41 anos de idade, devendo se esforçar para colaborar, minimamente, na manutenção do apelado.

A revisão dos alimentos para R$176,00 prejudicará o adolescente, sobrevivendo com R$5,86 por dia além de, eventualmente, sobrecarregar a mãe, detentora da guarda, igualmente desempregada e recebendo auxilio emergencial.

No ponto, também a douta Procuradoria Geral de Justiça:

"***Nada obstante a necessidade de redução dos alimentos à vista já agora da existência e novel prole do alimentante, constata-se que o Julgador, na origem, culminou por reduzir os alimentos, mas por outro motivo, qual seja, o advento de desemprego do apelante tal como demonstrado no curso da demanda. O Magistrado desconsiderou a existência dos filhos mais recentes, sob o fundamento de que essa realidade não é causa a motivar o decaimento. Sobre discordar do E. Magistrado neste particular, observo que a redução identificada na origem já foi bastante razoável ainda que sob argumento diverso, até porque raciocinar-se com a hipótese de decaimento ainda maior da importância, seria relegar ao alimentando a obrigação de também contribuir para o sustento dos filhos mais novos de seu genitor, o que não se revela nada razoável. Enfim, pretender a redução dos alimentos para algo próximo a 16% do salário mínimo é relegar ao filho sustento por demais módico, o que não pode ser aceito. De resto, não passa despercebido que o apelante em lapso temporal inferior a um ano teve mais outros três (3) filhos (fl.27/29). E conquanto se possa admitir alguma repercussão nos alimentos saldados à prole mais antiga, com a máxima venia entendo que o panorama atual do alimentante há de impulsioná-lo a dispor-se ainda mais para o trabalho, de modo a permiti-lo sustentar prole por demais numerosa. Evidentemente que esse sustento não passa pela diminuição ainda maior dos alimentos atualmente saldados ao filho R., fixados em valores já bem singelos.***"

Acesso ao Sumário

No que tange à sucumbência, assiste razão ao apelante, não sendo recíproca, pois embora não revisto o valor como postulado na inicial, logrou êxito em seu intento, como já decidido por esta Relatoria na Apelação Cível nº 1003738-91.2018.8.26.0084, transitado em julgado em 18 de dezembro de 2019 novembro de 2019.

Assim, o apelado deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$500,00, observada a gratuidade.

Por fim, cumpre consignar que o julgador não é obrigado a decidir de acordo com as pretensões e alegações da parte, mas sim, em consonância com a realidade fática e jurídica existente no processo e seu adequado conhecimento.

Ainda, a jurisprudência do C. STJ é firme no sentido de que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar sobre todos os dispositivos legais suscitados pelas partes, máxime quando já tiver decidido a questão sob outros fundamentos, sendo pacífico, ademais, no C. STJ a orientação de que, mesmo para fins de prequestionamento, o acolhimento dos embargos de declaração pressupõe que a decisão recorrida esteja eivada de algum dos vícios discriminados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil

Do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018260-76.2020.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MIRAMAR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado ESPAÇO ORIENTAL GOURMET J&G LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.452)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 2 de junho de 2021.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - REVISIONAL DE ALUGUEL - PRETENSÃO DE REDUÇÃO TEMPORÁRIA DO VALOR DO ALUGUEL EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA PROVOCADA PELO

COVID 19 - RESTRIÇÃO AO REGULAR FUNCIONAMENTO DA ATIVIDADE COMERCIAL REALIZADA NO IMÓVEL LOCADO - RECONHECIMENTO DE JUSTA CAUSA A JUSTIFICAR A EXCEPCIONAL INTERVENÇÃO JUDICIAL NO CONTRATO - POSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DE 50%, COM BASE NO VALOR DO ALUGUEL MÍNIMO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Considerando-se o inegável impacto econômico direto na atividade comercial exercida pela locatária, em decorrência da pandemia e de seus meios de enfrentamento da emergência de saúde pública, de modo a se admitir a excepcional intervenção judicial no contrato para o reequilíbrio da obrigação, de rigor reconhecer que a solução ditada na r. sentença, no sentido de terminar a redução do aluguel mínimo em 50% do valor praticado mensalmente, para o período de abril a junho de 2020, divide entre os contratantes os efeitos imprevistos da pandemia da Covid-19 e, portanto, merece ser mantida.

VOTO

ESPAÇO ORIENTAL GOURMET J&G LTDA. propôs ação revisional de aluguel contra **MIRAMAR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**

A r. sentença de fls. 170/176, cujo relatório se adota, modificada parcialmente por força dos embargos declaratórios rejeitados às fls.184/185, julgou parcialmente procedente a demanda, para declarar como devido, no que tange aos meses em referência de abril a junho de 2020, somente 50% do aluguel mínimo pactuado entre as partes (cláusula quinta, parágrafo primeiro, fl. 44), incidindo correção monetária pela tabela prática do TJSP, e juros de 1% ao mês, a contar dos respectivos vencimentos, e condenar a demandada à devolução dos valores pagos a maior pela requerente, no que se refere aos alugueres mínimos dos indigitados meses em referência, incidindo correção monetária pela tabela prática do TJSP, a contar do pagamento, além de juros de 1% ao mês, a contar da citação. Sucumbente, a demandada arcará com as custas e despesas processuais, e honorários advocatícios em favor do patrono da parte reconvinte, fixados, ante ao vultoso valor da causa, em R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 85, §8º do CPC.

Inconformada, recorre a requerida às fls. 189/193, insistindo, em suma,

Acesso ao Sumário

que concedeu na esfera administrativa a suspensão temporária da cobrança dos aluguéis no período de fechamento do *shopping*, e que providenciou uma redução significativa da taxa condominial e do fundo de promoção. Sustenta, portanto, ser de rigor a reforma da sentença para o fim de se reconhecer a exigibilidade dos aluguéis do período compreendido entre abril/2020 a junho/2020.

A apelada apresentou contrarrazões (fls. 207/216).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

Na hipótese, é incontroversa a celebração de locação não residencial entre as partes (fls. 43/51), relativa ao Salão de Uso Comercial nº 230-A, localizado no Nível II do empreendimento Praiamar Shopping Center, de propriedade da requerida, onde a requerente opera restaurante de comida japonesa sob a marca 'GENDAI'.

Nos termos dos recursos já analisados nesta Segunda Instância interpostos contra as decisões que apreciaram a liminar requerida na inicial pela autora (Agravos de Instrumento nº 2238479-49.2020.8.26.0000 e nº 2238479-49.2020.8.26.0000), reconhecido o inegável impacto econômico direto na atividade exercida pela locatária em decorrência da pandemia e de seus meios de enfrentamento da emergência de saúde pública, visando evitar possível contaminação ou propagação do vírus, pelo que se revela possível se admitir excepcionalmente a intervenção judicial para o reequilíbrio da obrigação, em aplicação, por analogia, à teoria da imprevisão prevista no artigo 317 do Código Civil.

Não socorre a apelante, ainda, a alegação que a demanda deveria ser julgada improcedente em razão da concessão pela locadora, na esfera extrajudicial, da isenção dos locativos relativos aos meses de março a junho de 2020.

Ora, conforme a própria locadora alega nos autos e a prova documental indica (fls.65/66), na verdade, houve apenas suspensão dos locativos, a qual ficou condicionada à celebração de confissão de dívida dos valores suspensos e ao aceite pela locatária da celebração de aditamento contratual, com alteração do modelo de remuneração fixo por "custo de ocupação", o que, segundo a locatária, na prática, majoraria o valor do aluguel final e, por isso, não foi aceito.

Com efeito, não estava a locatária obrigada a pactuar aditamento contratual com a locadora nos moldes propostos. Além disso, a mera postergação do valor locatício não resolveria a questão, contribuindo para a inadimplência, o que não será produtivo para nenhuma das partes.

Portanto, diante desse cenário, reputa-se razoável, em prol do princípio do equilíbrio contratual e da viabilidade de manutenção do contrato, considerando-se, inclusive, a função social dos contratos - que abarcam o giro da economia, a manutenção dos empregos e o cumprimento dos contratos para segurança jurídica dos mesmos - que se adapte a obrigação contratual à realidade atual e

Acesso ao Sumário

excepcional, sendo mantida a procedência parcial da demanda, para os fins de reduzir o valor do aluguel previsto em contrato, relativamente ao período de abril a junho de 2020, para o equivalente a 50% de seu valor vigente, nos moldes delineados na r. sentença.

Finalmente, nos termos do art. 85, §2º, §8º e § 11, do CPC, considerando-se a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o grau de zelo do profissional, bem como a atuação em segundo grau, elevo os honorários advocatícios já fixados em primeiro grau para R$ 3.200,00.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0020153-71.2011.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado WASHINGTON SANTOS DE MENEZES, é apelado/apelante BANCO BRADESCO S/A, Apelados WASHINGTON SANTOS DE MENEZES ME e VALERIA MOSCHELLA DE MENEZES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do banco exequente, julgaram prejudicado o apelo dos executados. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42033)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e ANNA PAULA DIAS DA COSTA.

São Paulo, 31 de maio de 2021.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Reconhecimento da ocorrência da prescrição intercorrente. Verba honorária carreada ao exequente. Descabimento. Sucumbência do exequente na execução que não afeta a causalidade, consistente na responsabilidade dos executados pelo ajuizamento e frustração do processo executivo. Jurisprudência recente e iterativa do E. Superior Tribunal de Justiça. Sentença reformada. Recurso do banco exequente provido, prejudicado o apelo dos executados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 134/135, que, integrada pela decisão de fls. 149, reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente e declarou extinta a execução de título extrajudicial, condenando o exequente ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$4.000,00, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, atualizados desde a sentença e com juros de mora a partir do trânsito em julgado.

Apelam os executados em busca da majoração dos honorários advocatícios para arbitrar o valor entre 10% e 20% sobre o valor atualizado da causa, enquanto que o banco exequente pede seja afastada a condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais, em razão da ofensa ao princípio da causalidade, e, subsidiariamente, que seja reduzido o valor arbitrado.

Valor da execução em 26/04/2011: R$172.469,61.

Recursos tempestivos, preparados e contrariados.

É o relatório.

Cuida-se, na origem, de execução por título extrajudicial, a qual foi extinta pela ocorrência da prescrição intercorrente, uma vez decorrido prazo superior a cinco anos desde a paralisação do feito.

Em casos como o presente, não existindo propriamente a figura de vencedor e vencido, há que se levar em consideração o princípio da causalidade, verificando-se quem deu azo à instauração da lide.

No caso, a ação executiva teve início em razão da inadimplência do executado, de modo que não se pode penalizar a exequente pela desídia do devedor que deu causa ao ajuizamento da execução, quando não cumpriu a obrigação de satisfazer a dívida retratada no título executivo.

Desse modo, não há falar em honorários sucumbenciais em favor dos executados, cuja inadimplência era inconteste, permitindo que o credor exercesse seu direito de propor a execução.

Neste sentido, os seguintes julgados do C. STJ e desta Casa:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE. 1. Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação. 2. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exe-

Acesso ao Sumário

quente. 3. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 1769201/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 20/03/2019).

"Apelação. Reconhecimento de prescrição intercorrente. Sentença que não fixou honorários em favor dos executados. Decisão mantida. Incidência do princípio da causalidade. Aquele que não realiza o adimplemento espontâneo dá ensejo à propositura da execução. Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 0006854-67.1997.8.26.0114; Relator (a): Campos Mello; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 06/02/2020; Data de Registro: 14/02/2020).

"APELAÇÃO. Execução de título extrajudicial. Exceção de préexecutividade acolhida. Prescrição intercorrente reconhecida. Condenação da exequente nas verbas de sucumbência. Descabimento. Precedentes do Colendo STJ. Honorários advocatícios cuja fixação deve observar o princípio da causalidade. Sentença mantida. Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 0147262-67.2008.8.26.0100; Relator (a): Décio Rodrigues; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 34ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/09/2019; Data de Registro: 26/09/2019).

"AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL CONTRATO BANCÁRIO - Sentença que extinguiu a demanda com fundamento na prescrição intercorrente - Pretensão de reforma - Insubsistência - Apreciação da prescrição intercorrente norteada pelo prazo prescricional para o exercício da pretensão de direito material - Súmula nº 150 do STF - Tendo em vista a inércia do exequente entre os anos de 1996 e de 2013, aplica-se o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, §5º, I, do CC/2002, uma vez que, na vigência deste diploma legal (11/01/2003), não houve o decurso de mais da metade do prazo vintenário estabelecido no CC/1916 - Inteligência do art. 2.028, do CC/2002 - Aplicação das teses estabelecidas no Incidente de Assunção de Competência no REsp. nº 1.604.412/SC - Ônus de sucumbência - Princípio da causalidade - Malgrado a inércia do exequente, a propositura da ação executiva teve esteio no inadimplemento dos executados, razão pela qual cabe a estes o dever de arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios - Recurso parcialmente provido, com inversão do ônus da sucumbência e majoração da verba honorária." (TJSP; Apelação Cível 0000077-06.1989.8.26.0451; Relator (a): Marco Fábio Morsello; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 05/09/2019; Data de Registro: 09/09/2019).

Em suma, a sucumbência do exequente no processo, já que impossibili-

Acesso ao Sumário

tado de continuar a persecução do crédito, não afeta a causalidade, consistente na responsabilidade dos executados pelo ajuizamento e frustração da execução, pelo que cabe a estes o dever de arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios, no mesmo importe fixado em primeiro grau.

Diante da reforma da sentença, cabível a majoração da verba honorária pelo acréscimo de trabalho ao advogado do exequente na fase recursal, conforme preconizado no artigo 85, § 11, do CPC. Por conseguinte, arcarão os executados apelantes com o adicional de R$2.000,00 (dois mil reais) referentes aos honorários recursais.

São as partes advertidas, desde já, que eventuais embargos de declaração opostos sem o devido cabimento (art. 1.022 CPC) estarão sujeitos ao pagamento de multa de até 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, conforme art. 1.026, §2º do CPC.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso do banco exequente, ficando prejudicado o apelo dos executados.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008718-56.2020.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSE ALVES DE HOLANDA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada ATIVOS S.A. SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41997)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e ANNA PAULA DIAS DA COSTA.

São Paulo, 2 de junho de 2021.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: BANCÁRIOS - Ação declaratória de prescrição de débito c.c. dano imaterial - Alegação de cobrança de dívida já prescrita - Improcedência - Necessidade do reconhecimento da prescrição - Possibilidade de cobrança pela via extrajudicial - Dano mo-

ral inexistente - Ausência de abusividade na cobrança - Sentença parcialmente modificada - Adequação do ônus do decaimento - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida em 20 de janeiro de 2021 (fls. 98/101), de relatório adotado, que julgou improcedente a ação declaratória de prescrição de débito c.c. dano imaterial, e condenou o autor ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado dado à causa, observada a gratuidade da justiça.

Nas razões do recurso é alegado que: a dívida está prescrita e não pode mais ser cobrada, seja pela via judicial ou extrajudicial; a cobrança indevida enseja a indenização por danos morais. Pede provimento do recurso para modificação da sentença (fls. 104/108).

Contrarrazões às fls. 112/118.

Valor atribuído à causa em 29/06/2020: R$ 19.245,27 (fl. 8).

É o relatório.

Recurso conhecido. Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal. Partes legítimas e regularmente representadas. A apelação, interposta em 12/02/2021, é tempestiva e isentada do recolhimento de preparo, em razão da gratuidade da justiça concedida ao apelante (fl. 37).

Trata-se de ação em que o autor alegou, na petição inicial, que está sendo cobrado por dívida prescrita. Pleiteou a declaração de prescrição da dívida, bem como a condenação da requerida por danos morais, no valor de R$ 5.000,00.

A ação foi julgada improcedente.

No caso, não há controvérsia quanto à prescrição da dívida, pois a própria requerida a reconhece para cobrança pela via judicial. Nesse ponto, portanto, comporta provimento o recurso, para reconhecer a prescrição da dívida apontada na petição inicial.

No entanto, embora inexigível judicialmente, não significa que seja inexistente. Isso quer dizer que o credor não pode cobrar o débito judicialmente porque ele é inexigível. Entretanto, o devedor mantém a faculdade de quitar a dívida a qualquer momento, sem que isso evidentemente lhe dê o direito à eventual repetição, nos termos do disposto no art. 882 do Código Civil.

Nesse passo, a prescrição do débito não impede a sua cobrança extrajudicial, desde que de forma não abusiva, como é o caso de ligações telefônicas, "e-mails" ou, até mesmo, por mensagens no aplicativo "WhatsApp".

Cabe, todavia, ressaltar que referidas cobranças extrajudiciais jamais

Acesso ao Sumário

poderão extrapolar o disposto no artigo 42, "caput", do Código de Defesa do Consumidor:

"*Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça*".

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. PERDA DA PRETENSÃO E NÃO DO DIREITO SUBJETIVO EM SI. SÚMULA 83/STJ. 1. Hipótese em que a Corte local entendeu que a prescrição alcança tão somente a pretensão, mas não a existência do próprio direito, '...de tal sorte, que a impossibilidade do exercício do direito de ação tutela jurisdicional do direito subjetivo não implica na sua extinção'. 2. A conclusão alcançada na origem guarda perfeita harmonia com o entendimento desta Corte, no sentido de que 'A prescrição pode ser definida como a perda, pelo titular do direito violado, da pretensão à sua reparação. Inviável se admitir, portanto, o reconhecimento de inexistência da dívida e quitação do saldo devedor, uma vez que a prescrição não atinge o direito subjetivo em si mesmo'.* ***(REsp 1694322/SP, Rel. Ministra NANCYANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017)****. 3. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior, o Recurso Especial não merece ser conhecido, ante a incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo Interno não provido.*" **(AgInt no AREsp 1587949/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/09/2020, DJe 29/09/2020) grifo e negrito nosso.**

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

"*Declaratória de inexigibilidade de débitos c.c. indenização por danos morais - Cobranças indevidas - Danos morais. 1. Não há que se falar em inexigibilidade de dívida em razão de sua prescrição, que não inviabiliza o credor de cobrá-la por meios extrajudiciais, impedindo-o apenas de exigi-la judicialmente. 2. Diante da ausência de descontos indevidos, de notícia de tratamento degradante ao suposto ofendido ou mesmo de narração de outro fato a agravar a ocorrência, descabe condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Ação improcedente. Recurso não provido.*" **(TJSP; Apelação Cível 1086547-22.2020.8.26.0100; Relator (a): Itamar Gaino; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 26ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/03/2021; Data de Registro: 17/03/2021) grifo nosso.**

"*APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS PRESCRITOS COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA DESTINADA A VEDAR ATOS DE COBRANÇA. Atos de cobrança de dé-*

Acesso ao Sumário

bitos oriundos de cessão de crédito. Pretensão fulminada pela prescrição quinquenal de que cuida o artigo 206, § 5º, do Código Civil. Questão incontroversa. Inviável, no entanto, a declaração de inexigibilidade. Obrigação natural que persiste. Determinação para que os réus se abstenham de promover atos de cobrança, sob pena de multa de R$ 500,00 por infração, limitada ao total atualizada das dívidas. Ação julgada parcialmente procedente. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." **(TJSP; Apelação Cível 1027356-33.2018.8.26.0224; Relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/11/2020; Data de Registro: 30/11/2020) grifo nosso.**

"*CONTRATO BANCÁRIO. Ação declaratória de inexigibilidade. 1. Legitimidade passiva da empresa de cobrança. Reconhecimento, na medida em que o pedido se funda na alegação de insistente cobrança de dívida prescrita. Pedido que ademais envolve a abstenção dessas cobranças. 2. Dívida reconhecidamente prescrita. Pedido de declaração de inexigibilidade da obrigação em si para obstar, até mesmo, as cobranças extrajudiciais. Inadmissibilidade. Persistência da obrigação moral do devedor. Reconhecimento. Inteligência do artigo 882 do CC. Recurso parcialmente provido. Se mesmo após o transcurso do prazo prescricional dos títulos a Lei considera a obrigação existente (artigo 882 do CC), ainda que sob a roupagem da dívida natural, impossível decretar-lhe também a inexigibilidade extrajudicial como automática consequência do reconhecimento da prescrição da pretensão que a amparava.*" **(TJSP; Apelação Cível 1003541-38.2019.8.26.0655; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Várzea Paulista - 1ª Vara; Data do Julgamento: 23/10/2020; Data de Registro: 23/10/2020) grifo nosso**.

No caso em tela, verifica-se que as cobranças não foram realizadas de forma abusiva, pois ao autor apenas foram encaminhadas mensagens via aplicativo "WhatsApp" e via SMS (fls. 17/18).

Portanto, não há se falar em ofensa à honra subjetiva do autor, não sendo caso de arbitramento de indenização pela ocorrência de danos morais.

Assim, o caso é de parcial provimento do recurso, para julgar parcialmente procedente a ação, reconhecendo-se a prescrição, para cobrança pela via judicial, em relação ao débito no valor de R$ 14.117,22, relativo ao Contrato nº 6257102 (fl. 15). Tendo em vista que houve sucumbência recíproca, cada parte arcará com custas e despesas a que deram causa, bem como em honorários advocatícios fixados, em desfavor de ambas, da seguinte forma: 10% sobre o valor pretendido a título de indenização por danos morais em desfavor do autor, observada a gratuidade da justiça; 10% sobre o valor da dívida reconhecida como

Acesso ao Sumário

prescrita em desfavor da requerida.

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

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1030898-73.2017.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes GUILHERME DIAS CHIMELO, TEREZA YAEKO BERNARDI e JOÃO CLAUDEMIR BERNARDI, são apelados/apelantes ANTONIO CABRERA (INTERDITO(A)) e MOTOR GIRUS SERVIÇOS E RETÍFICA DE MOTORES LTDA.

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 dos autores e não conheceram do recurso dos réus. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39316)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), MOREIRA VIEGAS e FERNANDA GOMES CAMACHO.

São Paulo, 8 de junho de 2021.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Escritura pública de venda e compra de imóvel e contrato de locação com pacto adjeto de fiança. Pretensão em razão da falta de discernimento do vendedor, acometido do Mal de Alzheimer. Sentença de parcial procedência para declarar a nulidade dos negócios jurídicos impugnados.

Apelam os autores sustentando a presença de danos morais.

Apelam os réus sustentando a validade dos negócios jurídicos.

Recurso dos autores improvido e não conhecido o reclamo dos réus.

Acesso ao Sumário

Recurso dos réus. Indeferimento do pedido de justiça gratuita. Transcorrido "in albis" o prazo concedido para recolhimento do preparo. Deserção configurada. Inteligência do art. 101, § 2º, e 1.007, caput, do CPC.

Recurso dos autores. Nulidade reconhecida por falta de plena capacidade de discernimento do vendedor. Inocorrente prova cabal de conduta dolosa dos compradores. Ausente ofensa à honra ou à imagem. Abalo psicológico pela necessidade de ajuizamento da ação não autoriza, por si só, a compensação por danos morais.

Pessoa jurídica coautora. Inexistência de danos morais. Não comprovado abalo ao seu bom nome ou mesmo atitude que fosse empecilho para seu funcionamento.

Recurso dos autores improvido e não conhecido o recurso dos réus.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas em face da sentença de f. 872/877 e 890, que julgou parcialmente procedente ação declaratória de nulidade de negócio jurídico cumulada com indenização por danos morais proposta por Antonio Cabrera, interdito, e Motor Girus Serviços e Retífica de Motores Ltda. contra Guilherme Dias Chimelo, João Claudemir Bernardi e Tereza Yaeko Bernardi, para declarar a nulidade dos negócios jurídicos que são objeto da lide, com determinação de cancelamento da averbação da compra e venda constante na matrícula do imóvel descrito na inicial. Sucumbência recíproca, cada parte respondendo pela metade das custas e despesas processuais, além da verba honorária em favor do patrono da parte adversa, fixada em 10% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade concedida ao requerente Antonio Cabrera.

Apelam os autores (f. 914/929), sustentando: (i) necessidade de compensação por danos morais; (ii) ação foi proposta com objetivo de anular a venda de imóvel e contrato de locação, onde se localizava a coapelante Motor Girus, e que tinha o coapelante Antonio como único sócio; (iii) nulidade pleiteada porque o coapelante era pessoa civilmente incapaz, tendo sido decretada sua interdição em 27.04.2017, sendo constatado que não se encontrava em gozo de suas faculdades mentais desde 2014, por ser portador do Mal de Alzheimer; (iv) imóvel valia R$ 3.600.000,00, mas foi vendido aos apelados pelo preço de R$ 1.302.000,00, por meio da dação de imóveis, pagamento de dívidas de IPTU e

Acesso ao Sumário

parcela em dinheiro no importe de R$ 334.000,00, quando da outorga da escritura; (v) apesar de constar no documento extraído no cartório de imóveis, que o autor Antonio recebeu o valor avençado, não há comprovação dos pagamentos; (vi) após a compra, passaram a locar o imóvel para a empresa Motor Girus, com aluguel mensal de R$ 7.000,00, sendo que os apelados chegaram a receber R$ 40.000,00; (vii) restou comprovado que o apelante Antonio nada recebeu da venda do imóvel; (viii) laudo pericial afirmou que o apelante já era, à época da avença, acometido por processo demencial que interferia na sua capacidade de compreensão e execução de tais atividades; (ix) presença de danos morais indenizáveis, em razão da conduta dos adversos para a realização de negócio nulo, em prejuízo ao coapelante Antonio; (x) ocorrência de abalo psíquico, transtorno emocional, lesão a honra subjetiva do autor; (xi) os recorridos ao não efetuarem qualquer pagamento pela avença, locupletaram-se de pessoa idosa, doente e sem discernimento, agindo assim de forma ilícita e com má-fé; (xii) danos morais para compensar a vítima dos sofrimentos impostos pelo ofensor e pelo caráter pedagógico; (xiii) cabimento de danos morais à pessoa jurídica quando sofre prejuízos materiais; (xiv) dano material da pessoa Jurídica foi de R$ 40.000,00 representados pelos valores pagos a título de alugueis aos apelados.

Apelam os réus (f. 896/904), sustentando: (i) cerceamento de defesa pelo indeferimento da produção de prova oral; (ii) antes da interdição, a curadora do apelado participou e o assistiu na celebração do negócio; (iii) prova médica produzida é pobre de elemento científico e categórico para que seja reconhecido o vício de consentimento do apelado; (iv) escritura pública de compra e venda foi lavrada 1 ano e 1 mês antes da interdição provisória do apelado, que teve como base relatório médico datado de 22/11/2016, que atestou uma "*fase inicial de uma demência degenerativa do tipo Alzheimer*"; (v) o tabelião que lavrou a escritura em nenhum momento constatou ou averiguou qualquer atitude ou prejuízo cognitivo do Apelado; (vi) interesse da curadora do Apelado era de exercer um "direito de arrependimento" inexistente, em detrimento à segurança jurídica; (vii) foi interesse do apelado, assistido por sua filha e depois curadora, vender o imóvel e continuar com a empresa no local, mediante o pagamento de aluguel; (viii) pugnam pela concessão da justiça gratuita.

Recurso dos réus respondido (f. 963/983).

A Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer pela desnecessidade de se manifestar sobre o mérito, por ausência de risco ou vulnerabilidade ao incapaz (f. 999/1008).

Restou indeferido o requerimento de concessão da justiça gratuita apresentado pelos réus, com determinação de recolhimento do preparo no prazo de cinco dias. Também determinada a autuação do recurso dos autores e a concessão de prazo para os adversos oferecerem contraminuta (f. 1010/1011).

Acesso ao Sumário

Certificado nos autos o decurso de prazo (f. 1014).

É o relatório.

O apelo dos réus não merece ser conhecido, enquanto o recurso dos autores não procede.

Recurso dos réus.

A falta de recolhimento do valor do preparo, após rejeitado o pedido de gratuidade, impõe o decreto de deserção, nos termos do art. 101, § 2º, e 1.007, *caput*, do CPC/2015.

Recurso dos autores.

A sentença reconheceu a nulidade da escritura de venda e compra de imóvel lavrada em 30.03.2016 (f. 403/406), por meio da qual o coautor transferiu o imóvel objeto da lide para os réus, como também do contrato de locação celebrado para que o autor e sua empresa, aqui coautora, continuassem a atuar no prédio comercial alienado, além do pacto adjeto de fiança (f. 41/47).

A decisão está lastreada em prova técnica, a qual considerou que o autor, à época dos fatos, não gozava de suas faculdades mentais, em razão de processo degenerativo decorrente de Mal de Alzheimer, apesar da interdição ter sido inicialmente decretada em decisão liminar proferida em 25.04.2017 (f. 33/34).

Com efeito, constou na conclusão do laudo pericial produzido na fase instrutória: "*periciando era ao tempo do fechamento do contrato de compra e venda de imóvel, acometido por processo demencial que interferia na sua capacidade de compreensão e execução de tais atividades*" (f. 769).

A nulidade, portanto, decorreu da falta de capacidade civil do vendedor, não sendo reconhecida a conduta dolosa dos compradores.

A despeito dos valores ajustados em compromisso de venda e compra (f. 102/106) terem sido depositados, em sua maioria, em prol de terceiro (f. 434/435), como também repassado um dos imóveis dados como forma de pagamento em favor da mesma (f. 27), há alegação dos réus de que assim agiram a pedido verbal do alienante, por conta de débitos tributários e trabalhistas que ele possuía (f. 518/519).

Inexistem elementos para configurar de forma cabal a má-fé e o intuito de ludibriar o coautor em função da sua falta de higidez mental, de modo que descabe admitir a presença de comportamento fraudulento que pudesse dar azo à pretensão compensatório por danos morais.

A necessidade de ajuizamento de ação declaratória de nulidade também, por si só, não autoriza o reconhecimento de abalo psicológico que pudesse dar margem ao ressarcimento extrapatrimonial, como forma de lenitivo à dor moral. O sofrimento passível de indenização só pode ser aquele que causa aflição extraordinária à vida da vítima, circunstância não vislumbrada na hipótese em

Acesso ao Sumário

apreço.

Preleciona Sérgio Cavalieri Filho na obra "Programa de Responsabilidade Civil", 2ª edição, Ed. Malheiros, 1999:

> "*... só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos ...*".

Tampouco se vislumbra a presença de dano moral em relação à empresa coautora.

Embora a pessoa jurídica possa sofrer danos morais (Súmula 277 do STJ), sua existência está vinculada a elementos externos, notadamente, abalo de seu nome perante a clientela ou mesmo de atitude que seja empecilho para seu funcionamento.

Ocorre que inexiste prova de que o negócio tenha atingido a boa fama da empresa recorrente ou causado grave prejuízo à sua continuidade, o que poderia ser visualizado, por exemplo, com a perda de meios para continuar sua atividade econômica, o que não se deu em razão da alienação do imóvel, mas sim por conta de problemas médicos de seu titular.

Sem comprovação dessa natureza descabe a condenação por dano moral em favor de pessoa jurídica.

As despesas com contrato de locação são prejuízos de ordem material, temática não discutida nos autos, e por isso não se confundem com dano moral.

Proclama o STJ: "*A pessoa jurídica não pode ser ofendida subjetivamente. O chamado dano moral que se lhe pode afligir é a repercussão negativa sobre sua imagem. Em resumo: é o abalo de seu bom-nome*" (Resp 752.672/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 16.10.07).

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso dos autores e **não se conhece** do recurso dos réus. Majora-se a verba honorária devida pelos autores para 12% do valor atualizado da causa, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC, observada a gratuidade processual.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006426-74.2018.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante BENEDITA RAIMUNDA DE LIMA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado ALUVIÃO S/C LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.784)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 8 de junho de 2021.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Locação. Ação de obrigação de fazer com pedido alternativo de indenização. Sentença de procedência. Citação da ré por hora certa. Defesa por curadora especial, situação que não se confunde com a da assistência judiciária gratuita. Pessoalidade do pedido de gratuidade. Não cabimento da presunção de pobreza. Precedentes. Recurso desprovido.

A ré foi citada por hora certa, sendo-lhe nomeada curadora especial, o que não se confunde com a assistência judiciária gratuita a ensejar deferimento de gratuidade da justiça, cujo pedido é pessoal e dependente de demonstração de hipossuficiência econômica, não cabendo ao julgador presumi-la.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 260/263 que julgou procedente a ação, para condenar a ré ao pagamento de R$ 17.400,00, quantia que deverá ser corrigida pelo índice adotado pela tabela prática do TJSP desde a data do ajuizamento, com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Alega a ré que a sentença que indeferiu a concessão da gratuidade da justiça não levou em consideração sua atual situação financeira. Aduz que possui

Acesso ao Sumário

diversas despesas, não sendo possível presumir que tenha condições de arcar com as custas. Afirma que o pagamento das custas irá prejudicar o sustento de sua família e causar seu déficit financeiro. Sustenta que para a concessão da benesse basta a simples afirmação de que não tem condições de arcar com as custas. Assevera que não há necessidade de comprovação da hipossuficiência para concessão do benefício, invocando o artigo 99, §§3º e 4º, do CPC. Por isso, pleiteia a reforma da sentença.

Recurso tempestivo, com contrarrazões, os autos subiram a este Tribunal.

É o resumo do essencial.

Nada obstante o inconformismo recursal, não há fundamento para alterar o convencimento judicial externado.

De início, verifica-se que houve citação por hora certa, com nomeação de curadora especial.

Relativamente ao pleito de gratuidade, a função exercida pela advogada nomeada é diversa daquela de advogado dativo da parte economicamente hipossuficiente, sem documentos nos autos a demonstrar a alegada hipossuficiência da ré.

A curadora especial, nomeada em caso de parte citada por edital ou hora certa, possui legitimidade para atuar no processo e exerce um "múnus público", com o nítido propósito de garantir o direito ao contraditório e a ampla defesa do curatelado, nos termos do artigo 671 do Código de Processo Civil.

E, sendo a gratuidade benefício pessoal, o pleito formulado por curador especial e sem qualquer demonstração das condições da parte não cabe ser deferido. Isto porque, não compete ao julgador presumir a hipossuficiência da parte assistida por curador especial.

A respeito:

"*AÇÃO MONITÓRIA. Réu revel, citado por edital. Contestação apresentada por negativa geral, pela Defensoria Pública. Sentença de procedência, com condenação do requerido ao pagamento de honorários advocatícios. Razões de apelação que se limitam a requerer a isenção ao pagamento dos honorários de advogado. O fato de o réu haver sido defendido por curador especial não conduz, necessariamente, à conclusão de seu estado de miserabilidade. Inexistência de indícios nos autos de hipossuficiência do réu. Pedido, ademais, apenas formulado em grau recursal. Condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios escorreita, por aplicação do princípio da causalidade. Apelo desprovido.*" (TJSP; Apelação Cível 0009046-22.2012.8.26.0445; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pindamonhangaba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/03/2019; Data de Registro: 18/03/2019)

"*APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer ajuizada pela massa falida em*

Acesso ao Sumário

face de seu administrador. Citação editalícia. Nomeação de curador especial. VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL. DEFENSORIA PÚBLICA. Curadoria especial exercida pela Defensoria Pública. Função institucional. Atribuição legal. Sucumbência devida. Regra do art. 85 do CPC/15. Princípio da sucumbência. Pagamento destinado ao FUNDEPE. Lei Complementar Estadual n. 988/2006, art. 237. Art. 3º da Lei Estadual n. 12.793/2008 Sentença reformada. Recurso provido." (TJSP; Apelação Cível 1069148-87.2014.8.26.0100; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 22/02/2019; Data de Registro: 22/02/2019)

"*JUSTIÇA GRATUITA - Indeferimento - O fato de ter sido nomeado curador especial à ré, citada por edital, não conduz, automaticamente, à concessão do benefício da gratuidade - Inadmissibilidade de presunção de hipossuficiência econômica da requerida.*" (TJSP; Apelação Cível 0030958-43.2012.8.26.0003; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/07/2015; Data de Registro: 16/07/2015)

"*AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO - Pedido de justiça gratuita que deve ser indeferido porque a nomeação de curador especial para a defesa de interesse de réus citados por edital, que não constituem patrono nos autos, por si só, não permite presumir a sua hipossuficiência econômico-financeira. Precedentes do STJ e desta Corte (...)*" (Ap. n. 0061274-84.2007.8.26.0562, Rel. Des. Marino Neto, J. 10.04.2014)

No C. STJ: "*A necessidade de litigar sob o pálio da justiça gratuita não se presume quando a Defensoria Pública atua como mera curadora especial, face à revelia do devedor.*" (AgRg no REsp 846.478/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ 26/02/2007).

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1043464-53.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOÃO VICTOR MUNIZ ALVES, são apelados CELSO JOSE TAVOLARI e CLAUDIO PERTINHEZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.373)**

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

São Paulo, 9 de junho de 2021.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CIVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - Título executivo que não apesenta os requisitos legais - Falta de liquidez para a dívida executada - Contrato que estipula o valor dos honorários em percentual sobre o proveito econômico - Valores que não são aferidos por meio de mero cálculo aritmético - Extinção da execução com fulcro no art. 924, inciso I, do CPC - Apelo provido.

VOTO

Ao relatório da sentença, acrescenta-se que os pedidos formulados nos embargos à execução opostos por João Victor Muniz Alves contra Celso José Tavalori e Cláudio Pertinhez foram julgados improcedentes.

Em razão da sucumbência, o embargante foi condenado no pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Embargos de declaração foram rejeitados.

Inconformado com a sentença, apela o autor pretendendo sua modificação, sob estes fundamentos: (i) nulidade da execução, diante do não implemento de condição suspensiva; (ii) ilegitimidade passiva do apelante e ilegitimidade ativa de Cláudio, por ausência de participação no título executivo; (iii) excesso de execução, eis que incluídos nos cálculos valores futuros e com incidência de juros; (iv) limitação dos honorários ao valor dos danos morais, materiais e 12 parcelas vincendas e (v) necessidade de arbitramento dos honorários, em razão da ausência de critérios claros no título.

Recurso regularmente processado e com apresentação de contrarrazão.

Foi determinada a juntada de documentos para análise da impugnação ao benefício da justiça gratuita, o que foi observado pelo embargante.

Sobreveio manifestação dos embargados.

Este é o relatório.

De forma prefacial, acolho a impugnação à justiça gratuita formulada pelos embargados em contrarrazões.

Acesso ao Sumário

Nota-se que nos autos da execução houve discussão sobre este tema. Os executados requereram a gratuidade, mas o benefício lhes foi indeferido em decisão mantida por esta C. Câmara no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2175118-58.2020.8.26.0000.

Diversamente, o benefício foi deferido aos executados nos embargos à execução por eles manejados, e agora os exequentes, ora embargados, impugnam a concessão da benesse.

Cabe consignar que o juízo quanto à reunião dos requisitos para concessão do benefício considera a realidade do processo e as despesas que podem ser antevistas em relação ao feito, notadamente o pagamento de honorários e custas processuais. Assim, a decisão proferida na execução analisou essa questão e entendeu que os executados, ora apelantes, não fazem jus ao benefício.

Com efeito, é inequívoco que o recebimento da vultosa quantia, a título de indenização, na ação de que se origina a presente controvérsia e mencionada pelos embargados, tem o condão de modificar a condição econômica do embargante.

Portanto, acolho a impugnação com o fim de afastar o benefício da justiça gratuita.

Sem embargo, dado que a questão está sendo decidida em julgamento colegiado, de modo a permitir imediato conhecimento do recurso e considerando que o preparo é de expressiva monta, a taxa judiciária deverá ser paga ao final do processo, pela parte sucumbente.

Superada essa questão, já caminhando na direção da análise do mérito recursal, necessário tecer alguns comentários sobre esta demanda.

Cuida-se de embargos à execução opostos por João Victor Muniz Alvez contra Celso José Tavalori e Cláudio Pertinhez. A ação executiva, fundada em contrato de prestação de serviços advocatícios, foi ajuizada contra João Victor Muniz Alvez, José Linaldo Muniz Alvez e Natalhia Ariadne Muniz Alvez.

Os executados optaram pela apresentação individual de defesa, ensejando a oposição de três embargos à execução, todos julgados improcedentes. Diante disso, três apelações foram interpostas (1044350-52.2020.8.26.0100, 1043464-53.2020.8.26.0100 e 1048867-37.2019.8.26.0100), todas envolvendo o mesmo título executivo e abarcando matérias similares, razão pela qual, em razão da conexão, serão julgadas em conjunto, evitando-se, assim, decisões conflitantes.

De forma preliminar, os recursos trazem em seu bojo discussão quanto à impossibilidade de prosseguir-se com a demanda executiva, vez que o título não seria líquido, sendo necessário, inclusive, o arbitramento dos honorários, notadamente, quanto à sua incidência sobre a pensão por morte.

E, nesse ponto, com devido respeito a entendimento diverso, creio que os apelantes têm razão.

Acesso ao Sumário

É cediço que a Lei 8.906/94, em seu art. 24, dispõe que "*a decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular* são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial".

Ademais, inexiste dúvida de que, para o processamento da ação de execução de título extrajudicial, devem estar presentes os requisitos legais, notadamente, aqueles previstos no art. 783 do CPC, quais sejam, existência de dívida líquida, certa e exigível.

Na demanda em tela, verifica-se a existência de contrato escrito estipulando os serviços prestados e os valores dos honorários advocatícios contratuais. Contudo, da simples leitura do instrumento nota-se que a apuração do montante devido não é possível por simples cálculo aritmético.

Com efeito, o contrato estipula: "*mediante o pagamento da quantia correspondente a 40% (quarenta por cento), do valor da causa, quando do efetivo pagamento, pelos réus.*"

Interpreta-se que "valor da causa", embora expressão técnica com sentido certo no âmbito do processo, seria o proveito econômico da demanda, isto é, os valores efetivamente recebidos pelos clientes. Contudo, não se sabe exatamente qual seria este montante. Não há prova segura quanto aos valores realmente recebidos, nem mesmo há como saber se haverá o recebimento das parcelas vincendas. Isto porque não se pode assumir que o valor recebido pelos devedores corresponde à totalidade da condenação. A redação empregada no contrato condiciona a exigibilidade dos honorários ao "efetivo pagamento" da indenização. Não basta, portanto, identificar a dimensão econômica da condenação.

Mais que isso, da leitura do contrato não se conclui, com clareza, qual seria a data do pagamento, nem mesmo se os honorários incidem ou não sobre as parcelas vincendas.

A controvérsia instaurada pelos embargos é reveladora da dificuldade que gravita em torno da perfeita identificação do valor devido. E isto ocorre porque falta liquidez para a dívida.

Sobre o tema preleciona a doutrina:

"*Diz-se líquido o crédito quando, além de claro e manifesto, dispensa qualquer elemento extrínseco para aferir seu valor ou para se determinar seu objeto. Sendo título extrajudicial, deverá sempre haver liquidez.*"[1]

Nessa senda, como no presente caso o valor dos honorários é expresso em percentual de proveito econômico, após o recebimento dos valores pelos

Acesso ao Sumário

1 Didier Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Execução. Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira. 7ª ed. Salvador. Ed. JusPodivm. 2017. Pg. 263.

embargantes, é necessário o arbitramento do valor efetivamente devido, o que deverá ser feito através do contraditório. Assim, não é possível prosseguir com a ação executiva.

No mesmo sentido, já julgou esta Câmara:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. Prestação de serviços advocatícios. Execução nula por inexistência de título executivo. Contrato de prestação de serviços que estipula valor de honorários na base de 30% sobre os vencimentos até o trânsito em julgado da ação previdenciária, mais 12 parcelas vincendas - Necessidade de arbitramento do montante que descaracteriza o contrato como título extrajudicial. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1003374-17.2017.8.26.0291; Relator (a): Claudio Hamilton; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; data do Julgamento: 21/02/2020; data de Registro: 21/02/2020).

Diante disso, restam prejudicadas as demais alegações quanto à legitimidade ativa, passiva ou valor do crédito, que deverão ser discutidas em eventual ação de conhecimento.

Consequentemente, acolhem-se as razões dos apelos, para julgar extinta a execução, sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 924, I do CPC.

Diante do provimento dos recursos, os ônus sucumbenciais são invertidos para condenar os exequentes, ora embargados, no pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 11% do valor atualizado da causa.

Destaca-se que o mencionado montante engloba a condenação dos três processos ora analisados e deverá ser rateado, em partes iguais, entre os dois advogados que atuaram.

Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005683-36.2017.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante ENGENHARIA RAMOS JUNIOR LTDA., é apelado EDWANDER PEDRO DOURADO DE MATOS.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.602)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA

Acesso ao Sumário

DALLA DÉA BARONE (Presidente), MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 9 de junho de 2021.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação de obrigação de fazer - Sentença de procedência - Insurgência da ré - Contrarrazões arguindo que o recurso é protelatório - Afastamento - Fundamentação suficiente para atender ao requisito do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil - Matéria preliminar rejeitada - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Laudo pericial concluiu que os problemas apontados pelo autor permanecem e são classificados como vícios construtivos - Cabe ao consumidor escolher entre a reexecução dos serviços, sem custo adicional, a restituição da quantia paga, sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou o abatimento proporcional do preço - Autor que pugnou pela reexecução dos serviços - Requerida que deve ser condenada na obrigação de fazer, consistente em reparar os serviços prestados impropriamente, sem qualquer custo adicional para o autor, no prazo total de 30 (trinta) dias - Sentença mantida - Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Vistos,

Ao relatório de fls. 384, acrescento ter a r. sentença julgado procedente o pedido para condenar a ré na obrigação de fazer consistente em reparar os serviços prestados impropriamente, conforme descrição contida no laudo pericial (fls. 350/375), sem qualquer custo adicional para o autor, no prazo total de 30 dias. Diante da sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00.

A ré interpôs recurso de apelo (fls. 390/396) buscando a reforma do julgado, com a inversão das verbas sucumbências. Pugna pelo recebimento do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo. Aduz que não deve ser reconhecida a obrigação de fazer para substituir os pisos e demais peça do imóvel do autor, mas sim de eventual indenização pela referida desvalorização, o que não foi discutido nos autos. Argui que em todas as oportunidades que recebeu alguma reclamação, tomou as providências necessárias.

Acesso ao Sumário

O recurso foi recebido e processado (fls. 401).

Contrarrazões às fls. 403/406 arguindo que o recurso é protelatório.

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso deve ser recebido apenas no efeito devolutivo, nos termos do artigo 1.012, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil.

Imperioso anotar que a apelante não demonstrou suficientemente os requisitos necessários para que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso, nos termos do artigo 1.012, § 4º do Código de Processo Civil, sobretudo a existência do risco de dano grave ou de difícil reparação.

Rejeita-se a preliminar arguida nas contrarrazões da parte autora.

As razões apresentadas pela parte recorrente se mostram compatíveis com a decisão proferida, e atendem aos termos do Artigo 1.010 do Código de Processo Civil, atendendo, desta forma, ao princípio da dialeticidade. Segundo Cassio Scarpinella Bueno, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, volume V, Ed. Saraiva, p. 58: "*O recurso tem de combater a decisão jurisdicional naquilo que ela o prejudica, naquilo que ela lhe nega pedido ou posição de vantagem processual, demonstrando o seu desacerto, do ponto de vista procedimental (error in procedendo) ou do ponto de vista do próprio julgamento (error in judicando). Não atende ao princípio aqui examinado o recurso que se limita a afirmar a sua posição jurídica como a mais correta*".

Desse modo, verifica-se que as alegações do recurso da requerida não foram genéricas ou protelatórias, tendo em vista que o apelante impugnou de forma específica os fundamentos da sentença que entende devam ser modificados.

Trata-se de ação de obrigação de fazer em que o autor argui que adquiriu da requerida o apartamento nº 14, bloco 2, do condomínio Portinari, em Andradina. Aduz que o imóvel apresentou diversos problemas decorrentes da construção, sendo que a requerida se recusou a solucioná-los. Pugna pela condenação da ré a efetuar os reparos necessários na unidade.

Por sua vez, a requerida alega que realizou todos os reparos necessários, em curto espaço de tempo.

Inequívoca a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela, tendo em vista que a relação jurídica "sub judice" enquadra-se como relação de consumo, nos termos dos artigos 1º e 2º daquele Diploma legal.

A parte autora, na condição de compromissária compradora de bem imóvel, é vulnerável na relação contratual estabelecida com a parte ré, a qual, por outro lado, é grande empreendedora da área imobiliária, que atua objetivando lucro, sendo assim, fornecedora sujeita às normas consumeristas.

Pela análise dos autos, verifica-se que o autor adquiriu um apartamento

Acesso ao Sumário

em empreendimento edificado pela requerida, no condomínio Portinari, sendo que o imóvel apresentou problemas decorrentes de construção. Visando apurar os alegados vícios construtivos existentes no imóvel, foi determinada a realização de perícia de engenharia.

Nesse sentido, houve a realização de laudo pericial que apurou: "*Constatou-se em vistoria, vestígio de que determinadas peças cerâmicas foram substituídas, porém com tonalidades diferentes daquelas existentes no local, logo tais materiais podem ter boa qualidade como defendida no laudo elaborado pela própria construtora, fls. 229/232 dos autos, porém, pecam pela diferença na tonalidade, estabelecendo ali um efeito estético desagradável e, consequentemente, desvalorizando a unidade habitacional. As diferenças de tonalidades são mostradas nas fotos numeradas de 15 a 19 (...) Sobre a porta de acesso principal: Conforme mostrado no Relatório Fotográfico integrante do laudo, em anexo, fotos 01 a 08, não há uniformidade nas folgas (espaço necessário entre folha de porta e batente), com isso não se tem o bom funcionamento do sistema (conjunto) de esquadria (...) Conforme mostrado no Relatório Fotográfico integrante do laudo, em anexo, fotos 09 a 14, as guarnições estão se soltado (descolando) dos batentes cujo efeito estético não é nada agradável*" (fls. 355).

Em que pese a requerida alegar que realizou os reparos no imóvel, infere-se dos autos que os reparos não foram feitos de maneira adequada, sendo que o Sr. Perito consignou que: "*entende que não foram boas as técnicas para execução dos serviços de reparos*" (fls. 355).

Ademais, o laudo pericial concluiu que "*os problemas apontados pelo Requerente na Petição Inicial permanecem e são classificados como vícios construtivos*" (fls. 361).

Deste modo, restou caracterizada a responsabilidade da requerida nos defeitos apresentados no imóvel. Anote-se que a relação havida entre as partes deriva de relação de consumo. Assim, no presente caso, trata-se de hipótese de responsabilidade civil objetiva, que independe da aferição de culpa, versando sobre a responsabilidade civil do fornecedor pela reparação de eventuais vícios de qualidade que tornem os produtos impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor.

De acordo com o artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
>
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

Acesso ao Sumário

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins.

Assim, cabe ao consumidor escolher entre a reexecução dos serviços, sem custo adicional, a restituição da quantia paga, sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou o abatimento proporcional do preço.

No caso dos autos o autor pugnou pela reexecução dos serviços, pugnando pela condenação da ré na realização dos reparos necessários na unidade.

Portanto, conforme determinado no julgado, deve ser mantida a condenação da requerida na obrigação de fazer, consistente em reparar os serviços prestados impropriamente, sem qualquer custo adicional para o autor, no prazo total de 30 (trinta) dias.

Tem-se, portanto, que a r. sentença apelada não comporta reforma, devendo ser mantida por seus exatos termos, inclusive quanto a sucumbência.

Em atendimento ao disposto no artigo 85, §11 do novo Código de Processo Civil, majoro o valor dos honorários advocatícios para a quantia de R$ 1.800,00 em favor do patrono da parte autora.

Em face do exposto, pelo voto, Nega-se provimento ao recurso, mantidos os termos da sentença apelada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000023-13.2020.8.26.0103, da Comarca de Caconde, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CACONDE, são apelados MARIA APARECIDA DOS REIS, NARSIRO DOS REIS e ROMILDO PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, por motivo diverso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.341)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), JAIR DE SOUZA e COELHO MENDES.

São Paulo, 11 de junho de 2021.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: USUCAPIÃO - Pretensão de coerdeiros usucapirem o imóvel pela prescrição aquisitiva e pela posse exclusiva com "animus domini" - Impossibilidade de accessio possessionis, neste caso, por exigir posse pessoal - Possibilidade na modalidade extraordinária, cumpridos todos os requisitos - Ausente, contudo, citação dos demais herdeiros - Vício insanável - Sentença anulada de ofício - RECURSO PROVIDO, por motivo diverso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 282/287, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação de usucapião.

Apela a Municipalidade alegando que o imóvel se encontra em área de preservação ambiental, tratando-se de bem de domínio público, insuscetível de usucapião (fls. 292/303). Contrarrazões (fls. 311/314).

É o relatório.

O recurso comporta provimento, por motivo diverso.

Preservado o entendimento do MM. Juiz de primeiro grau, merece ser anulada a r. decisão de fls. 282/287, restando prejudicada a análise do mérito e provido o recurso, por fundamento diverso, diante reconhecimento de vício insanável.

Pretende a parte autora ver declarado o seu domínio referente ao imóvel descrito na inicial por exercer a posse mansa, pacífica e ininterrupta há mais de 30 (trinta) anos, desde 1992, quando o irmão dos autores adquiriu o imóvel da Prefeitura em 16.01.1992 (fls. 81/83).

Pretendem os autores a declaração de domínio sobre o todo, e não apenas sobre a parte ideal que teriam adquirido por sucessão.

É possível um dos herdeiros usucapir imóvel, objeto de herança, com exclusão dos demais, desde que tenha exercido, com exclusividade, a posse desse bem com "animus domini".

A jurisprudência é pacífica quanto a esta possibilidade; contudo a modalidade possível, neste caso, será somente pela usucapião extraordinária, em que o lapso temporal exigido é maior, sendo necessário também que os postulantes exerçam a posse do imóvel como um todo, excluindo os demais herdeiros.

Pedro Nunes, *in* "*Do Usucapião*", observa que "*o condômino poderá, entretanto, pretender o usucapião extraordinário da propriedade de que tiver posse exclusiva, mansa, pacífica e ininterrupta durante o espaço de tempo legal e com os demais requisitos exigidos*", acrescentando ainda: "*A ação de parti-*

Acesso ao Sumário

lha prescreve em 20 anos (Código Civil, art. 1.772, § 2º). O co-herdeiro que, durante esse prazo, contado do falecimento do 'de cujus', for o único a possuir o imóvel, a título universal, poderá obter o título de domínio por prescrição aquisitiva, e obstar que se proceda à partilha do mesmo". Em qualquer desses casos não pode ser alegado o princípio segundo o qual possui de má-fé quem sabe que possui o alheio, porque no usucapião extraordinário não se exige o requisito da boa-fé". (grifo nosso).

E mais:

O i. Des. Silvério Ribeiro, em sua obra[1], analisa a situação de condomínio em imóvel objeto de herança:

> "*Há, todavia, possibilidade de um herdeiro usucapir contra co-herdeiro, mas isso tem cabimento quando aquele exerça posse exclusiva e tenha manifesta intenção de possuir a coisa toda para si, excluindo os demais, de forma que se afigurem límpidas as condições de afastamento dos outros*".

Não é o caso de ser possível, portanto, somar à posse dos autores à posse de seu antecessor, no caso do irmão Hélio dos Reis, por serem comuns de todos os herdeiros.

O i. Des. Silvério Ribeiro, vem elucidar sobre a questão da "*acessio possessionis*" no caso de posse de herdeiro:

> "*No que concerne à posse de herdeiro, não se dará a junção, quando vise um deles excluir direitos de outros, descabendo a uns usucapir contra outros, somando à sua a posse do antecessor comum.*"[2].

Assim, "*Note-se apenas que não pode um herdeiro, isoladamente, aproveitar o período de posse dos autores da herança para completar o lapso temporal da usucapião em detrimento dos demais herdeiros. Em termos diversos, o tempo de posse do falecido deve beneficiar indistintamente a todos seus herdeiros. A ação de usucapião deve ser requerida em litisconsórcio necessário por todos os herdeiros ou pelo espólio, sendo que, neste último caso, o imóvel será levado posteriormente à partilha no inventário.* ***Caso deseje um herdeiro usucapir isoladamente o imóvel, o termo inicial de sua posse exclusiva somente pode ser contado a partir da morte do antecessor comum***" ("Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência", Coord. Min. Cezar Peluso, Ed. Manole, 2007, pág. 1.077) (grifo nosso).

Há notícia de que Hélio dos Reis era solteiro, cujos genitores também são falecidos, não deixou filhos, e era irmão dos autores Maria Aparecida e Narsiro; quanto a Romildo, não se sabe a relação de parentesco com Hélio dos Reis, sendo necessário esse esclarecimento.

Acesso ao Sumário

1 "Tratado de Usucapião", Ed. Saraiva, 5ª ed., 2007, pág. 265.
2 "Tratado de Usucapião", Ed. Saraiva, 5ª ed., 2007, pág. 764.

Hélio dos Reis faleceu em 09.06.2019 (fls. 135).

Assim, somente a partir de 09.06.2019 poderiam os autores, em tese, ter iniciado o exercício de sua posse sobre o imóvel com exclusividade, excluindo os demais coerdeiros.

No caso, verifica-se a partir da certidão de óbito da genitora comum, Deolinda de Jesus (fls. 134), que os autores têm mais irmãos: Sebastião, Narsiro (ora autor), Alziro, João, Hélio (falecido e anterior possuidor do imóvel), Maria, Terezinha e Maria Aparecida (ora autora), os quais não foram citados para se manifestarem se concordam com a pretensão dos autores.

Na jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, o mesmo entendimento:

"*QUERELA NULLITATIS INSANABILIS - Ação de usucapião - Sentença que julgou procedente o pedido, declarando a usucapião em favor dos ora réus - Autora que postula a declaração de ineficácia da sentença, por não ter sido citada, a despeito de sua condição de possuidora atual do imóvel - Acolhimento - Posse cujo titular era a mãe da autora - Falecimento da mãe da autora por meio do qual a posse transmitiu-se às duas filhas dela, e à neta, herdeira por representação, já que uma das filhas da possuidora era pré-morta - Hipótese de composse por força de lei - Aplicação do princípio da 'saisine', não importando que nem todas as herdeiras ocupassem o imóvel na ocasião - Situação de composse, decorrente de herança, que exige a citação de todos os compossuidores, para a ação de usucapião, ainda que ela tenha por objeto apenas uma parte do imóvel - Inexistência de comprovação de acordo entre as herdeiras para divisão da área do imóvel - Inteligência da Súmula 263 do C. Supremo Tribunal Federal - Ausência de citação da compossuidora que torna ineficaz a sentença de usucapião - Recurso provido*" (6ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1012172-69.2019.8.26.0590, Rel. Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, j. 27.01.2021, v.u.);

"*Apelação. Usucapião. Nulidade absoluta do processo. Falta de citação dos herdeiros do proprietário. Contestante que é viúva de um dos herdeiros do proprietário e apresentou qualificação e endereço dos demais herdeiros, requerendo integração destes no polo passivo. Inexistência de inventário. Contestante que não demonstra condição de administradora provisória da herança. Necessidade de citação dos herdeiros indicados. Processo anulado de ofício. Recurso prejudicado.*" (1ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1000243-05.2016.8.26.0118, Rel. Des. Enéas Costa Garcia, j. 09.11.2020, v.u.);

"*AÇÃO DE USUCAPIÃO. Ilegitimidade ativa. Inocorrência. Herdeiros possuem legitimidade para defender seus direitos mesmo antes da*

partilha formal, devido ao princípio de saisine. Ausência de citação dos herdeiros. Vício confirmado. Processo anulado. RECURSO PROVIDO." (28ª Câmara Extraordinária D. Privado, Apelação cível nº 0002791-31.2013.8.26.0213, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 26.07.2017, v.u.);

"*AÇÃO DE QUERELLA NULITATIS. Usucapião. Successio possessionis. Impossibilidade de um dos herdeiros usucapir imóvel pertencente a antepassado comum, sem a citação necessária de todos os demais herdeiros. Citação necessária dos demais herdeiros, interessados maiores e diretos na usucapião, sob pena de nulidade. Ação de querella nulitatis procedente.*" (6ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 0010192-61.2009.8.26.0071, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 02.02.2012, v.u.).

Assim, necessária a citação dos demais herdeiros, tendo o i. MM. Juiz julgado antecipadamente o feito, merecendo ser anulada para o regular prosseguimento do feito, com a citação de todos os demais herdeiros de Hélio dos Reis: Sebastião, Alziro, João, Maria e Terezinha (fls. 134).

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, por motivo diverso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000633-22.2020.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que são apelantes ANTONIO PÉRCIO (JUSTIÇA GRATUITA) e LIDIA DA SILVA PÉRCIO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados WANESSA TAVARES RIBEIRO ME e NIPPONFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA. ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 36673)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI (Presidente) e SÁ DUARTE.

São Paulo, 13 de junho de 2021.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA - Alegação de vício de consentimento na contratação de "colchão magnético" - Arrependimento dos consumidores após mais de dois anos após a compra - Provas dos autos que evidenciam motivação ligada a questões financeiras

apenas quanto ao negócio feito, especialmente pelo preço final do produto - Falta de verossimilhança das alegações - Compra do bem mediante financiamento através de empréstimo consignado livremente pactuado pelos consumidores - Caso específico dos autos em que não comprovado o vício na contratação - Sentença de improcedência mantida.

Honorários advocatícios de sucumbência mantidos, em aplicação ao disposto no artigo 85, §11, do Novo Código de Processo Civil, observada a gratuidade provisoriamente concedida.

Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ANTONIO PÉRCIO e LIDIA DA SILVA PÉRCIO (fls. 161/168) contra r. sentença de fls. 151/158, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Pindamonhangaba, Dr. Felipe Estevão de Melo Gonçalves, que julgou improcedente a ação de cancelamento de contrato de compra e venda de colchão cumulada com restituição de valores e reparação de danos morais movida em face de WANESSA TAVARES RIBEIRO ME e NIPPONFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA., condenando os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade concedida.

Sustentam os apelantes que a r. sentença deve ser reformada. Discorrem sobre os fatos, em especial quanto à ocorrência de propaganda enganosa e abusiva, reputando desleal a conduta das apeladas. Citam precedentes. Negam conhecimento da compra mediante empréstimo consignado. Questionam o valor final do produto. Pontuam a falta de comprovação das propriedades terapêuticas do colchão. Fazem menção à sua idade avançada, bem como ao fato de serem aposentados com renda baixa. Reputam presente o dano indenizável. Postulam o provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 170/171 e 172/174, pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Presentes os pressupostos recursais, conheço do recurso, recebendo-o em seus regulares efeitos, mas nego-lhe provimento.

Consta que, em 28.08.18, os apelantes adquiriram um "colchão magnético" comercializado pela apelada Wanessa e fabricado pela apelada Nipponflex, pelo valor de R$ 10.200,00, como consta da Nota Fiscal de fls. 27 e do pedido de fls. 25/26, documento que também contém a informação de que o valor seria

Acesso ao Sumário

parcelado em 72 prestações de R$ 286,00.

Como bem observado pelo magistrado, ao contrário do alegado na petição inicial, não houve "entrada" de R$ 10.000,00 mais as 72 parcelas. O dinheiro do produto foi obtido mediante a contratação de empréstimo consignado na agência da Caixa Econômica Federal, sendo sacados e transferidos para o vendedor o preço de R$ 10.000,00.

Não obstante a reiteração no recurso das teses de vício de consentimento, de falta de compreensão por parte dos apelantes e de abuso na negociação, as provas dos autos demonstram o oposto.

O depoimento do informante Geraldo, amigo de longa data do casal e que teria acompanhado o caso foi claro nesse sentido. Seu depoimento, colhido em audiência (fls. 141) e resumido na r. sentença (fls. 155), evidencia o pleno conhecimento da situação pelo casal, bem como o arrependimento quanto às propriedades do produto mais de dois anos após a compra, reputando elevado o valor efetivamente pago, manifestando satisfação, ao menos parcial, com os resultados obtidos.

Dessa forma, o caso dos autos se trata de puro e simples arrependimento tardio, sem qualquer vício de consentimento por parte dos consumidores a justificar a anulação do negócio jurídico, evidentemente descontentes com o preço final do colchão, adquirido mediante empréstimo bancário livremente pactuado para esse fim específico.

Destaco que na petição de emenda de fls. 41/42 os apelantes já admitiam terem pago 17 das 72 parcelas, correspondentes a aproximadamente um ano e meio de pagamentos sem qualquer questionamento comprovado.

Logo, a citada dificuldade de manter os pagamentos em dia ao longo dos anos foi a causa real da pretensão dos apelantes de desfazer o negócio.

Os documentos juntados aos autos estão devidamente assinados, neles constando informações precisas e claras quanto aos objetos e condições das contratações operadas, nos termos dos artigos 6º, inciso III, e 30, ambos do Código de Defesa do Consumidor, ausente qualquer abusividade no caso específico dos autos.

Neste contexto, incumbia aos apelantes comprovar a existência de vício de consentimento na declaração de vontade emanada nos contratos, o que não fizeram, suficientes as provas dos autos a ensejar a improcedência dos pedidos, tanto material quanto moral.

Assim, no caso dos autos, de fato, não há que se falar em vício na manifestação da vontade, mas de falta de cautela dos apelantes na contratação, que se mantém válida.

Assim, adequada a r. sentença ao julgar improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

Por fim, nos termos do artigo 85, § 11 do Novo Código de Processo Civil, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido, de rigor a majoração da verba honorária de sucumbência a ser paga pelos apelantes de 10 para 12% do valor da causa, observada a gratuidade a eles concedida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença na íntegra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1110781-73.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes INDIGO R.R. MERCADO LTDA. e LAZARO CABRAL DE VASCONCELLOS FILHO, é apelado DIA BRASIL SOCIEDADE LIMITADA.

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, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25954)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente sem voto), AZUMA NISHI e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PERDAS E DANOS. MANUTENÇÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA. SUPERMERCADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. CONTRATO RESCINDIDO EM DEMANDA AJUIZADA PELA FRANQUEADORA, POR CULPA DOS FRANQUEADOS. ALEGAÇÕES DAS PARTES JÁ ANALISADAS NAQUELE FEITO. TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA RÉ FRANQUEADORA, E DE PERDAS E DANOS A SEREM INDENIZADOS AOS FRANQUEADOS. JUSTIÇA GRATUITA. HIPÓTESE DE INDEFERIMENTO. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE NÃO CORROBORAM A ALEGADA HIPOSSUFI-

Acesso ao Sumário

CIÊNCIA FINANCEIRA DAS PESSOAS FÍSICA E JURÍDICA. DETERMINAÇÃO DE OPORTUNA INTIMAÇÃO DOS APELANTES PARA O RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL, SOB AS PENAS DA LEI. APELAÇÃO DOS AUTORES NÃO PROVIDA, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 1.087/1.090, confirmada às fls. 1.100 em sede de embargos de declaração), cujo relatório adota-se, que julgou improcedente a "ação de obrigação de fazer c/c perdas e danos" movida por "Indigo R. R. Mercado Ltda." e Lazaro Cabral de Vasconcellos Filho em face de "Dia Brasil Sociedade Ltda.".

Honorários de sucumbência arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Insurgem-se os autores/apelantes, postulando, preliminarmente, os benefícios da justiça gratuita. Ressaltam que, conforme declaração de imposto de renda ano-calendário 2019, Lazaro teve renda anual de R$ 36.089,05 (mensal de R$ 3.007,42); que seu filho está com 11 anos de idade; que ele e a empresa "Índigo" possuem vários débitos acumulados, conforme extrato do SERASA, e diversas ações judiciais ajuizadas após 2017; que Luis, sócio da "Índigo", tem remuneração anual de R$ 31.296,99 (R$ 2.608,08 mensais); que sobrevivem apenas com valores de aposentadoria e salário fixo, sendo que suas economias foram perdidas no negócio frustrado de franquia; e que a "Índigo" encontra-se inativa desde 2017, quando rescindido o contrato entre as partes.

Com relação ao mérito, postulam a reforma da sentença, tendo em vista que os investimentos somente foram efetuados, pois acreditavam que a relação contratual seria mantida, conforme contrato de negociação de *royalties*, estabelecendo valores até março/2019 (fls. 71/73), conforme as "demonstrações de resultado de exercício" ("DRE`s") realizadas pela apelada (fls. 113/114), analisando as informações contábeis da apelante para viabilizar a prorrogação do contrato através da realização de empréstimo, e a consequente obtenção do empréstimo pelos apelantes junto à CEF no valor de R$ 786.000,00.

Alegam que nas duas "DRE`s" de fevereiro e março/2017, a apelada aprovou a conta com o empréstimo junto à "CEF", conforme mencionado na linha "juros sobre empréstimos e financiamentos", o que significa dizer que a apelada aprovou a situação financeira dos apelantes para a continuidade do contrato de franquia, com a promessa de que o contrato seria renovado; que, de boa-fé, através da "Índigo", formalizaram o empréstimo para manter a unidade franqueada; que foram surpreendidos com a notificação extrajudicial da ré em outubro/2017 (fls. 120), informando a rescisão do contrato; e que a apelada deve arcar com as

Acesso ao Sumário

perdas e danos ocasionadas, tendo em vista os investimentos realizados pelos apelantes para manutenção do contrato.

Contrarrazões às fls. 1.138/1.156, nas quais a apelada impugna o pedido de justiça gratuita, sustentando que as declarações de imposto de renda foram juntadas de forma incompleta, indicando a existência de rendimentos tributáveis e não tributáveis elevado; que a existência de dependente, de dívidas no extrato do SERASA e de ações judiciais, por si só, não demonstra que os apelantes não têm condições de arcar com as custas processuais; que não foi juntada qualquer documentação relativa à pessoa jurídica; e que em outra demanda envolvendo as partes já foi indeferido o pedido de gratuidade aos ora apelantes.

No mais, a recorrida postula a manutenção da sentença, ressaltando que a culpa pela rescisão do contrato é do franqueado, o qual acumulou dívidas perante a franqueadora, recebeu diversas reclamações de insatisfação dos clientes e causou graves danos à imagem da marca "Dia"; que, poucos meses após a inauguração da loja, em 07/05/2015, o franqueado recebeu a primeira notificação, em razão de grave desabastecimento em desacordo com o contrato; que a obrigação de adquirir quota mínima mensal de produtos foi reiteradamente descumprida; que o franqueado também apresentou severos problemas de descapitalização financeira; que chegaram a ser firmados vários acordos comerciais, com a concessão de significativos descontos, renegociação de dívidas, etc.; que, em julho/2017, firmaram um "aditamento ao instrumento particular de confissão de dívida" (fls. 424/427), sendo que nesse mesmo mês, a fim de abastecer minimamente a loja, foram enviados 3 caminhões de mercadorias, que correspondiam ao volume mínimo que deveria ser adquirido pelo franqueado; e que os boletos relativos a tais mercadorias foram inadimplidos.

A apelada também afirma que a gravidade da situação era tamanha, que o próprio franqueado, em 13/09/2017, reconheceu sua descapitalização e propôs um acordo para descontinuidade da operação da franquia, com a entrega da loja, mediante recompra pela "Dia Brasil" (fls. 130/131); que não houve qualquer promessa de renovação do contrato; que fez tudo o que podia para auxiliar o franqueado; que, em razão de todos esses descumprimentos contratuais, notificou os apelantes sobre a rescisão do contrato em 28/10/2017 (fls. 120/125); que obteve êxito na ação de rescisão contratual movida em face dos ora apelantes (nº 1034232-85.2018.8.26.0100); que jamais exigiu qualquer empréstimo para a continuidade da relação contratual; que por diversos meses desconheceu a contratação do mútuo junto à CEF; que as "DRE`s" referem-se aos meses de fevereiro e março/2017, enquanto o empréstimo foi tomado apenas em abril, de modo que o mútuo em questão sequer poderia estar refletido em referidos documentos; que não há comprovantes dos gastos listados pelos apelantes às fls. 452 e 462; que não havia mercadorias no estoque no auto de constatação, imissão e depósito lavrado em 14/05/2018 (fls. 407/409); que os investimentos

Acesso ao Sumário

com equipamentos de padaria, açougue, informática e periféricos, no montante de R$ 256.550,00, não foram comprovados e sequer são indenizáveis, conforme cláusula 15.2 do contrato de franquia e cláusula 2.4 do contrato de locação; e que, portanto, não há qualquer indenização a ser paga aos recorrentes.

Anota-se que, envolvendo as mesmas partes, esta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial já julgou a AP nº 1034232-85.218.8.26.0100 (Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. em 04/09/2019), relativa à ação de rescisão contratual movida pela franqueadora, ora apelada, e também está pendente a AP nº 1130053-19.2018.26.0100, relativa a ação monitória movida também pela franqueadora (encaminhamento dos autos à mesa para julgamento conjunto com o presente recurso).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

I) O coautor Lazaro Cabral de Vasconcellos Filho firmou contrato de franquia com a ré em 01/08/2014 (fls. 42/67), e contrato de locação do imóvel onde instalado o estabelecimento comercial (fls. 74/84).

Anota-se que a própria franqueadora também figura como locadora do imóvel.

O contrato de locação foi firmado com início em 01/08/2014 e término em 30/08/2017 (fls. 80).

O contrato de franquia foi firmado com início em 01/08/2014 e término também em 30/08/2017, referindo-se a um supermercado "DIA", localizado na Av. Lins. De Vasconcellos, nº 2462, São Paulo/SP.

Em 29/09/2014, as partes subscreveram o "instrumento particular de cessão de direitos decorrentes do contrato de franquia" em favor do corréu "Indigo R. R. Mercado Ltda." (fls. 68/70).

II) Através da presente demanda, proposta em 10/11/2017, e sob alegações de que não receberam a COF (circular de oferta de franquia), de que a ré garantiu a renovação do contrato por mais 2 anos, fato que ensejou a solicitação de empréstimo no valor de R$ 786.000,00 e negociação dos *royalties* para pagamento até 2019, de que a ré encaminhou 3 caminhões de mercadorias sem solicitação, de que, após o encerramento do contrato em agosto/2017, a relação continuou de forma tácita, de que a ré não forneceu todas as mercadorias pagas, e de que foram notificados em novembro/2017, sobre a rescisão do contrato, os autores franqueados postulam:

- que a ré seja obrigada a restabelecer o sistema de franquia e cumprir os termos do contrato no tocante ao fornecimento de produtos e mercadorias pelo prazo de 2 anos, inclusive com a manutenção da locação do estabelecimento, sob pena de indenização por perdas e danos.

Acesso ao Sumário

Às fls. 156/157 foi deferido pedido de tutela antecipada, determinando-se à ré que mantenha o contrato como originalmente pactuado entre as partes, restabelecendo o fornecimento de mercadorias sem limite de valor e mediante pagamento parcelado.

Contra a referida decisão foi interposto o AI nº 2242064-17.2017.8.26.0000, o qual perdeu o objeto diante da notícia de que os agravados encerraram suas atividades e abandonaram o estabelecimento, sendo deferida imissão na posse à franqueadora em ação própria (decisão monocrática prolatada em 06/07/2018).

III) A ré contestou às fls. 180/204, imputando o inadimplemento contratual ao franqueado, conforme alegações das contrarrazões já resumidas no relatório deste acórdão.

Réplica às fls. 586/605.

Intimadas a especificarem as provas que pretendiam produzir (fls. 627), os autores postularam pelo julgamento antecipado da lide (fls. 630/637), e a ré requereu a produção de prova oral - depoimento pessoal do autor Lázaro e oitiva de testemunha, às fls. 639/645.

IV) Na r. sentença de fls. 1.087/1.090, o MM. Juiz de origem julgou improcedentes os pedidos deduzidos, sob os seguintes fundamentos:

> "Narram os autores que a ré se comprometeu a prorrogar a vigência do contrato de franquia por 2 (dois) anos, incentivando-os a realizar investimentos no negócio, mas que, de forma abrupta, a ré decidiu pelo encerramento contratual, causando-lhes prejuízo. Assim, requereram a devida prorrogação do contrato ou o encerramento contratual, com o cálculo de indenização por perdas e danos.
>
> Inicialmente, observo que no curso da ação ocorreu a rescisão automática do contrato do contrato de franquia (fls. 42/67), por descumprimento da cláusula 18.1, alínea a, e 18.1.1., uma vez que os autores deixaram de 'dedicar-se à operação do Estabelecimento com todo o seu empenho e em tempo integral' em virtude do encerramento das atividades e do fechamento do imóvel em fevereiro de 2018, conforme demonstram os documentos de fls. 614/617. O fato foi confirmado pelos autores a fls. 625 e 633.
>
> Dessa forma, o pedido dos autores de prorrogação do prazo de vigência da franquia por 2 (dois) anos, até outubro de 2019, está prejudicado.
>
> Passo a analisar o pedido subsidiário de indenização por perdas e danos, em que alegam os autores ter realizado investimentos perdidos no negócio, após promessa efetuada pela ré, ré de prorrogação de sua vigência por dois anos.
>
> O pedido não procede.
>
> Não há nos autos elementos que demonstrem a assunção de obrigação de prorrogação do contrato pela requerida.

Acesso ao Sumário

O instrumento particular de alteração ao contrato de franquia de fls. 71/73 não propõe a alteração da vigência do contrato, conforme afirmação dos autores, mas formaliza, apenas, a concessão de carência para pagamento dos 'royalties', permanecendo inalteradas em todos os termos, condições e encargos, as cláusulas convencionadas no contrato de franquia celebrado em 01 de agosto de 2014.

Da mesma forma, a alegação de que a ré atuou para prejudicar o estabelecimento comercial dos autores não tem embasamento na prova dos autos.

Há, na verdade, documentação anexada aos autos demonstrando que a ré concedeu incentivos comerciais aos autores, como carência de até 90% nos valores de locação do imóvel (fls. 74), renegociação do pagamento dos royalties (fls. 356/379) e prorrogação de prazos de pagamentos, conforme instrumento de confissão de dívida (fls. 381/384).

Portanto, não se justifica o acolhimento do pedido de indenização por perdas e danos.

Daí a improcedência da ação."

V) Da justiça gratuita.

Feita essa breve síntese da demanda, deve ser indeferido, de início, o pedido de justiça gratuita formulado pelos apelantes.

No tocante à coautora pessoa jurídica, "Índigo R. R. Mercado Ltda.", anota-se que a possibilidade da concessão da justiça gratuita não encontra óbice no art. 98, do NCPC, segundo o qual "*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*".

Contudo, esse entendimento deve estar em consonância com a Súmula nº 481, do Superior Tribunal de Justiça, a qual exige a comprovação da incapacidade financeira para custeio do processo: "*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*".

E, no caso concreto, a referida coautora não comprovou a alegada insuficiência financeira para o custeio do feito.

Isso porque, a mera alegação de que está inoperante desde dezembro/2017 não é suficiente, por si só, para que seja reconhecida a incapacidade econômica. Lembra-se, inclusive, que, mesmo para empresas em recuperação judicial ou massa falida, a concessão de justiça gratuita não é automática.

Além disso, nada foi apresentado acerca da situação patrimonial da pessoa jurídica, "Índigo R. R. Mercado Ltda.", sendo que a mera exibição de extrato do SERASA e certidão de distribuidores, indicando a existência de negativações e ações judiciais desde 2017 não basta, por si só, para que se reconheça a

Acesso ao Sumário

situação de hipossuficiência financeira da pessoa jurídica.

Como se vê do extrato do SERASA juntado às fls. 1.122/1.129, e da pesquisa de ações judiciais no *site* deste Tribunal de Justiça (fls. 1.130/1.131), a "Índigo" possui restrições financeiras e ações judiciais desde 2017, e, não obstante a presente demanda tenha sido proposta em novembro/2017, não foi formulado pedido de gratuidade ao longo do feito, o que só veio a ocorrer no recurso de apelação, após a prolação de sentença contrária aos interesses dos autores.

Por conseguinte, com relação ao coautor/apelante pessoa física, Lazaro Cabral de Vasconcellos Filho, anota-se que os documentos juntados com a apelação não corroboram a alegada incapacidade econômica para o custeio do processo, havendo indícios de ocultação da real situação financeira e patrimonial da parte.

A declaração de imposto de renda relativa ao ano-calendário de 2019 foi juntada de maneira incompleta às fls. 1.117, não constando a parte relativa a bens e patrimônio.

Trata-se, aliás, do mesmo padrão de conduta adotada pelos apelantes quando interpuseram a AP nº 1034232-85.2018.8.26.0100 (relativa à ação de rescisão contratual movida pela franqueadora), na qual o pedido de justiça gratuita já foi indeferido por esta 1ª Câmara Reservada de Direito Privado, com observação, inclusive, da juntada incompleta da declaração de imposto de renda.

E mesmo tendo aquele recurso sido julgado em 04/09/2019, e o presente apelo sido interposto em 22/05/2020, novamente os apelantes juntaram as declarações incompletas, o que indica a tentativa de ocultação patrimonial.

Além disso, na AP nº 1034232-85.2018.8.26.0100, Lazaro juntou declaração de imposto de renda relativa ao ano-calendário 2017 (incompleta), indicando "*um total de rendimentos tributáveis de R$ 159.582,30, em torno de R$ 13.298,00 por mês, sem menção à origem desses rendimentos*", e cuja destinação também não foi demonstrada.

Conforme ressaltou este Relator naquele acórdão, ainda, "*os próprios contratos firmados entre as partes (franquia de supermercado e locação), com valores consideráveis (só o valor mensal de aluguel seria de R$ 29.883,05 - fls. 80), como também a cédula de crédito bancário firmada pelo corréu, pessoa física, em 07/04/2017, em valor superior a R$ 786.000,00, são incompatíveis com a situação patrimonial sustentada, sendo que o corréu Lazaro declarou-se, no contrato bancário, como professor de ensino médio e sua esposa, como professora de ensino fundamental (fls. 518/541)*".

Acesso ao Sumário

Outrossim, a existência de restrições financeiras (fls. 1.119/1.121) e ações desde 2017 (fls. 1.132), também não justifica, por si só, o acolhimento do pedido de gratuidade, porquanto não foi formulado ao longo do feito, quando tal situação já existia. Mais uma vez, destaca-se que os autores só postularam a

justiça gratuita no recurso de apelação, após a prolação de sentença contrária aos seus interesses, sendo que a documentação juntada não corrobora a alegada hipossuficiência, havendo indícios de ocultação da real situação financeira e patrimonial.

Portanto, é de rigor o indeferimento da justiça gratuita, determinando-se a oportuna intimação dos apelantes para o recolhimento do preparo recursal, sob as penas da lei.

VI) Com relação ao mérito, por conseguinte, melhor sorte não assiste aos apelantes, sendo a hipótese de manutenção da r. sentença que julgou improcedentes os pedidos deduzidos.

VI.a) Primeiro, no que tange à questão da competência e julgamento separado das ações movidas pelas partes ("ação de rescisão contratual" da franqueadora e a presente ação cominatória e indenizatória do franqueado), oportuno transcrever as considerações já feitas por esta turma julgadora no acórdão da AP nº 1034232-85.2018.26.0100:

> "(...) é importante ressaltar, desde logo, que as demandas correram separadas, e perante juízos diversos, tendo em vista que a ação dos franqueados foi proposta em 10/11/2017, sendo distribuída à 15ª Vara Cível do Foro Central.
>
> Já esta ação da franqueadora, proposta em 27/03/2018, por ser posterior à criação das Varas Empresarias, foi redistribuída à 2ª Vara Empresarial do Foro Central, em cumprimento à decisão de fls. 352, complementada às fls. 368, em sede de embargos declaratórios, proferidas pela juíza da 15ª Vara Cível.
>
> Não houve interposição de recurso contra a mencionada decisão.
>
> Anota-se, ainda, que a juíza da 15ª Vara Cível, por decisão proferida em 12/04/2018, chegou a encaminhar os autos do processo nº 1110781-73.2017.8.26.0000 para a 2ª Vara Empresarial, em razão de conexão (decisão de 12/04/2018).
>
> Todavia, o juízo da 2ª Vara Empresarial, em decisão de 22/06/2018, determinou o retorno dos autos à 15ª Vara Cível, tendo em vista que o processo havia sido distribuído antes da instalação da Vara Especializada.
>
> Também não houve interposição de recurso contra tal decisão.
>
> Assim, os processos seguiram separadamente, e não podem agora ser reunidos, a despeito das alegações dos apelantes, tendo em vista que, nos termos do art. 55, §1º, do NCPC, os processos conexos não podem ser reunidos '*se um deles já houver sido sentenciado*'.
>
> Ademais, lembra-se que o MM. Juiz da 15ª Vara Cível teve a cautela de suspender os autos do processo nº 1110781-73.2017.8.26.0100, tendo em vista a prejudicialidade externa decorrente da presente ação.
>
> Logo, não há óbice ao julgamento do presente apelo."

Acesso ao Sumário

Como se vê, a demanda ora em análise ficou suspensa até que houvesse o julgamento da Ação de Rescisão Contratual movida pela franqueadora (nº 1034232-85.2018.8.26.0100).

VI.b) E todos os fatos alegados pelas partes já foram analisados naquele feito, no qual se concluiu pela rescisão do contrato por culpa do franqueado e não da franqueadora.

Também não se reconheceu qualquer promessa da franqueadora quanto à suposta prorrogação do contrato, como alegam os autores na presente demanda, nem de que a contratação de empréstimo junto à CEF tenha se dado por exigência da ora apelada.

A respeito, oportuno transcrever os fundamentos apresentados por esta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial no julgamento da AP nº 1034232-85.2018.8.26.0100 (Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. em 04/09/2019):

> "Em que pese as alegações deduzidas no presente recurso, observa-se de todo o conjunto probatório dos autos, cautelosamente analisado na r. sentença, o inadimplemento contratual por parte dos franqueados e não da franqueadora.
>
> Aliás, o que fica claro dos autos é que, desde o início da relação jurídica entre as partes, o comportamento dos réus é pautado pelo descumprimento de suas obrigações contratuais.
>
> Em 07/05/2015, 05/06/2016 e, em 30/01/2017, foram notificados pela franqueadora quanto ao não cumprimento da obrigação de aquisição da quantidade mínima de produtos e mercadorias (fls. 102/113, 115/130 e 217).
>
> Em 01/07/2015, 01/08/2015 e 17/04/2017, as partes firmaram 'termos provisórios de acordo comercial para incentivo de *royalties* fixos', '*royalties* variáveis', 'acordo comercial para incentivo de taxa operacional', de 'aluguel de equipamentos', de 'aluguel do imóvel' (fls. 132/154), com incentivos concedidos pela franqueadora para o sucesso da franquia.
>
> Em 29/04/2016, as partes subscreveram 'instrumento particular de confissão de dívidas' (fls. 156/195), tendo em vista que os franqueados já tinham um débito de R$ 160.130,59 junto à franqueadora, sendo ajustado pagamento em 36 parcelas.
>
> Em 14/02/2017, os franqueados foram novamente notificados pela franqueadora, a respeito de reclamação de consumidores (fls. 197/198).
>
> Em 26/07/2017, as partes firmaram aditamento ao 'instrumento particular de confissão de dívida' (fls. 200/202), alterando as datas de pagamento das notas promissórias.
>
> Em 13/09/2017, a corré 'Indigo R.R. Mercado Ltda.' encaminhou email à franqueadora, reconhecendo a impossibilidade de continuação da franquia por motivo de descapitalização financeira (fls. 204/207).
>
> Em 28/10/2017, os réus foram novamente notificados pela franqueadora,

Acesso ao Sumário

quanto às irregularidades nas operações, descumprimento da obrigação de compra da quantidade mínima de produtos, reclamações de consumidores, pendência de dívida de R$ 393.199,45 e insuficiência de garantia, buscando a franqueadora a rescisão dos contratos de franquia e locação (fls. 209/214).

Como se vê, portanto, durante toda a relação contratual entre as partes a franqueadora concedeu inúmeros incentivos e oportunidades para fomentar o sucesso da franquia, respeitando o prazo certo de 3 anos de duração do contrato.

Os franqueados, por sua vez, inobservavam sistematicamente obrigações básicas do contrato, quanto à aquisição mínima de mercadorias e pagamentos junto à franqueadora.

Aliás, a própria confissão de dívida, por eles subscrita em 29/04/2016 (fls. 156/195), contraria a alegação deduzida, no sentido de que o descompasso financeiro teria iniciado com o envio de 3 caminhões pela franqueadora em julho/2017.

E como bem ressaltou o MM. Juiz de origem, '*o histórico de desabastecimento do estabelecimento indicado pelas notificações de fls. 102/113, 115/125 e 126/130 confere verossimilhança às alegações da autora de que tais entregas se deram no contexto de uma última tentativa de restabelecer a regularidade da operação (fls. 08/09 - itens 23/24)*.

Sem contar, reitera-se, que no email de fls. 204/207, de 13/09/2017, o corréu Lazaro reconheceu a impossibilidade de manter as atividades da franquia, inclusive propondo acordo para a rescisão do negócio.

Também não se vislumbra, por conseguinte, qualquer promessa da franqueadora quanto à suposta prorrogação dos contratos, sendo que a mera assinatura dos acordos comerciais entre as partes e do aditamento ao termo de confissão de dívida, com a concessão de moratória do pagamento das notas promissórias até novembro/2019 (fls. 200/202), não é hábil a ensejar o reconhecimento do eventual ajuste de prorrogação tácita dos contratos.

Até porque, essas parcelas prorrogadas até novembro/2019 dizem respeito a débitos vencidos, de modo que o instrumento em questão deve ser interpretado como simples moratória, ou seja, dilação do prazo para pagamento das dívidas existentes.

Além disso, também não há qualquer elemento nos autos indicativo de que o contrato com a Caixa Econômica Federal tenha sido firmado pelos réus em 07/04/2014 (fls. 518/541) por exigência da franqueadora, nem que os valores em questões tenham sido utilizados para quitação de dívidas com a autora, já que o instrumento de confissão de dívida é posterior (29/04/2016) e ainda foi aditado em 26/07/2017.

Diante de todas essas circunstâncias, não vinga a alegação dos apelantes no sentido de que, após mudança de gerência, a franqueadora teria passado a adotar conduta temerária para sabotar os franqueados.

Acesso ao Sumário

Ressalta-se, também, que a escritura de constatação, de 07/12/2017, juntada às fls. 267/313, demonstra o péssimo estado de conservação do estabelecimento e o descuido dos franqueados quanto aos produtos colocados à disposição dos consumidores, sendo mercadorias sem identificação adequada e vencidas, sujeiras nas prateleiras e gôndolas, acúmulo de lixos, produtos deteriorados e inaptos ao consumo, prateleiras vazias, embalagens violadas, péssimas condições dos banheiros, embalagens.

Ademais, não se pode perder de vista que, ao invés de reclamarem o suposto cumprimento da liminar deferida nos autos do processo nº 1110781-73.2017.8.26.0000, os apelados simplesmente encerraram as atividades e abandonaram o estabelecimento, conforme atas notariais de 09/02/2018 e 08/03/2018 (fls. 315/322 e 323/330).

XI) Portanto, está suficientemente evidenciada a culpa dos franqueados pela rescisão dos contratos, não havendo como se compelir a franqueadora ao pagamento de eventuais perdas e danos, até porque, não obstante o reiterado descumprimento das obrigações contratuais por parte dos franqueados desde o início da relação jurídica, a franqueadora demonstrou ter empreendido seus melhores esforços a fim de viabilizar o sucesso da franquia.

E só pediu a rescisão dos contratos após findo o prazo de 3 anos ajustado entre as partes e prorrogação por prazo indeterminado.

Correta, assim, a solução dada pela r. sentença, ao tornar definitiva a tutela antecipada de imissão da franqueadora na posse do imóvel, declarar rescindidos os contratos de franquia e locação, e ao condenar os réus ao pagamento dos débitos de locação e IPTU em aberto, além das multas contratuais, que sequer foram especificamente impugnadas no recurso de apelação." (destaques no original)

Referido acórdão, inclusive, transitou em julgado em outubro/2019.

Em face de todas essas circunstâncias já analisadas, portanto, não há como se reconhecer a existência de perdas e danos dos franqueados apelantes a serem indenizados pela franqueadora.

E, por consequência, a r. sentença de improcedência deve ser mantida em sua integralidade.

VII) Concluindo, é a hipótese de negar provimento ao apelo dos autores, determinando-se a oportuna intimação dos apelantes para o recolhimento do preparo recursal, sob as penas da lei, tendo em vista o indeferimento do pedido de justiça gratuita.

Ademais, nos termos do art. 85, §11, do NCPC, os honorários de sucumbência ficam majorados de 15% para 20% sobre o valor atualizado da causa (valor da causa sem atualização: R$ 30.000,00 - fls. 32).

Isso posto, **nega-se provimento à apelação dos autores, com determi-**

Acesso ao Sumário

nação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003137-68.2020.8.26.0358, da Comarca de Mirassol, em que é apelante JOSÉ CARLOS DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JADLOG LOGÍSTICA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.690)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ITAMAR GAINO (Presidente sem voto), FÁBIO PODESTÁ e RÉGIS RODRIGUES BONVICINO.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

DÉCIO RODRIGUES, Relator

Ementa: APELAÇÃO. TRANSPORTE DE COISAS. Falha na prestação de serviço da empresa ré, empresa de logística, sob a qual incide a lei 11.442/2007, que regulamenta o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiro e mediante remuneração. Aplicação do artigo 13, II, da mencionada lei, que dispõe que o seguro contra perdas ou danos causados à carga poderá ser contratado "pelo transportador, quando não for firmado pelo contratante". Valor do dano material bem demonstrado nos autos. DANO MORAL. Inexistência de dor profunda, injúria física ou moral ou dolorosa sensação experimentada. Recurso parcialmente provido para condenar a ré a indenizar os danos materiais do autor.

VOTO

Cuida-se de apelação respondida e bem processada por meio da qual o autor quer ver modificada a r. sentença que julgou improcedente a ação de ressarcimento por danos materiais e morais ajuizada por ele em face de *Jadlog Logística S/A*, declarando extinto o processo, com resolução de mérito; restando consignado na r. sentença a responsabilidade incontroversa da ré de pagar ao

Acesso ao Sumário

autor o valor de R$ 200,00, nos termos da manifestação de fls. 46, com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Condenou o autor, ainda, ao pagamento de custas e despesas processuais corrigidas, bem como honorários de advogado, arbitrado em R$ 2.200,00, com correção monetária a partir da data da sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, respeitada a concessão da gratuidade da justiça.

Alega o autor que a transportadora tem a responsabilidade sobre o bem que estava em seu poder, por força de contrato de transporte de coisa, na medida em que foi extraviada quando estava em sua posse, por força dos artigos 749, 750 do CC, além dos artigos 751 e 629 do CC. Argumenta que a empresa não relatou abertamente da necessidade da realização do conhecimento de transporte, motivo pelo qual tem direito ao ressarcimento integral do valor do bem extraviado. Defende, ainda, a ocorrência de dano moral, eis que perdeu bem de alto valor (bicicleta no valor aproximado de R$ 15.000,00) gerando situação de constrangimento ilegítimo. Pretende, assim, a total procedência da demanda.

A ré apresentou contrarrazões por meio das quais defende o improvimento do apelo e manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Recebo o recurso em ambos os efeitos, nos moldes do artigo 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Admito o recurso, reconhecida a sua regularidade formal, porque tempestivo e isento de preparo (autor é beneficiário da assistência judiciária gratuita) e, quanto ao mais, atende aos requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil.

Celebraram, as partes, contrato de transporte por meio do qual o autor contratou a ré para transportar uma bicicleta no valor de R$ 15.418,24, da cidade de Mirassol/SP para a cidade de Uberlândia/MG. Ocorreu que a bicicleta jamais chegou ao seu destino.

Pretende, assim, o autor, o ressarcimento material pelo extravio de sua bicicleta, bem como ser indenizado por danos morais sofridos.

Acesso ao Sumário

Restou incontroverso nos autos que efetivamente foi celebrado o contrato de transporte de coisa e que o produto não chegou ao destinatário final.

Alegou, a ré, porém, que o autor não informou o valor da mercadoria transportada. Optou por não declarar o conteúdo da carga, indicando que o valor do produto era R$ 100,00 (fls. 18), não tendo contratado seguro.

Por não ter havido o conhecimento do transporte, a r. sentença isentou a transportadora de qualquer responsabilidade, atribuindo a ela apenas a obrigação de ressarcimento do valor do frete e do valor anotado como do bem, no total de R$ 200,00.

No presente caso, cabe se invocar o disposto no artigo 730 do Código Civil que, "*pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas*".

Já o artigo 749 do referido diploma reza que "*o transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto*".

Conforme CARLOS ROBERTO GONÇALVES, "*o contrato de transporte gera, para o transportador, **obrigação de resultado**, qual seja, a de transportar o passageiro são e salvo, e a mercadoria, sem avarias, ao seu destino. A não-obtenção desse resultado importa o inadimplemento das obrigações assumidas e a responsabilidade pelo dano ocasionado. Não se eximirá da responsabilidade provando apenas ausência de culpa. Incumbe-lhe o ônus de demonstrar que o evento danoso se verificou por culpa exclusiva da vítima, força maior ou ainda por fato exclusivo de terceiro*" (*Direito Civil Brasileiro*, v. III, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 452).

Com efeito, a responsabilidade do transportador é objetiva, nos moldes do que reza o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor: "*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*".

Neste sentido, *mutatis mutandis*:

INDENIZAÇÃO - Dano moral e material - Transporte rodoviário - Extravio de bagagem - Parcial Procedência - Inconformismo - Relação de consumo - Aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor - Inversão do ônus da prova - Inexistência de contraprova nos autos em relação ao mencionado número de ticket de despacho da bagagem - Prova que apenas a companhia ré poderia fazer por ficar com a outra parte do ticket entregue ao autor - Falha na prestação de serviço caracterizada - Danos materiais comprovados e que devem ser ressarcidos - Dano Moral caracterizado - Indenização fixada que se mostra suficiente para reparar o dano descrito - Aplicação da regra prevista no art.85,§11, do Código de Processo Civil, majorando os honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação - Sentença mantida - Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1008547-61.2018.8.26.0590; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Vicente - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/08/2019; Data de Registro: 21/08/2019).

A par do alegado nos autos, resta evidente que a ré, empresa de logística, atuou como ETC (empresa de transporte rodoviário de cargas, com a prestação

Acesso ao Sumário

de serviço caracterizada como aquela prevista pela Lei nº 11.442/2007, que regulamenta o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiro e mediante remuneração - artigo 2º, inciso II).

Tratando-se de contrato de transporte de carga, competia ao transportador (ETC) a entrega incólume da encomenda nas mesmas condições em que lhe foi entregue.

Não foi o que ocorreu.

Frise-se que referido diploma legal, em seu artigo 13, inciso II, dispõe que o seguro contra perdas ou danos causados à carga poderá ser contratado "*pelo transportador, quando não for firmado pelo contratante*". É o caso.

Sendo assim, restando incontroverso o extravio da mercadoria e demonstrado o seu valor (fls. 22), o fato de não ter havido informação correta quando da contratação do transporte é irrelevante, isso porque é evidente que uma bicicleta tem o valor superior a R$ 100,00, no mais, porque, como já mencionado, trata-se de obrigação de resultado da transportadora.

Assim, de rigor a responsabilização pelo prejuízo material causado, que foi bem demonstrado, no valor de R$ 15.340,00 (fls. 22), além do valor cobrado pelo serviço não prestado (R$ 78,24), no total de R$ 15.418,24, conforme requerido na petição inicial.

Não se vislumbra, porém, dano moral, na medida em que tratou-se de situação de mero aborrecimento. Como leciona CAHALI, "*Na realidade, os exageros de primeira hora, resultante de uma exultada demanda reprimida, paulatinamente vão sendo recompostos, o que induz o mérito de restaurar a dignidade de um instituto tão penosamente consagrado em nosso direito.*" (cf. CAHALI, Yussef Said, Dano Moral, 4ª ed., RT, pág. 52) Prossegue mais adiante: "*se o ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral; o que define o dano moral é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra o mais largo significado.*" (cf. ob. cit., pág. 53).

Acesso ao Sumário

De fato, não há prova de ter passado o apelante pelas situações angustiantes acima delineadas. A perda de um bem material é desagradável, mas não há nos autos qualquer elemento a demonstrar a dor moral do autor. Não há lugar, portanto, para a indenização por danos morais dada ausência, no caso, de nexo de causalidade.

Bem por isso, a r. sentença será parcialmente reformada para julgar parcialmente procedente a demanda, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor requerido na inicial (R$ 15.418,24).

Com o presente julgado, a verba sucumbencial há de ser alterada, dada a sucumbência parcial. Sendo assim, determino que cada uma das partes arque

com 50% das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, agora fixados em 15% do valor da condenação atualizada, respeitada a concessão da gratuidade da justiça ao autor.

Diante do exposto, pelo meu voto é dado parcial provimento ao recurso para reconhecer o dever de indenização material no valor de R$ 15.418,24, corrigidos e acrescidos de juros de mora desde a data da citação. Sucumbência na forma acima especificada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001185-71.2019.8.26.0299, da Comarca de Jandira, em que é apelante LPJM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E CONSULTORIA LTDA., é apelado BRUNO DO NASCIMENTO SANTANA (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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.916)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente), MILTON CARVALHO e JAYME QUEIROZ LOPES.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

WALTER EXNER, Relator

Ementa: Prestação de serviços. Monitoramento remoto e indenização. Contrato que sujeita contraprestação ao implemento de condições, que não se verificaram. Utilização da motocicleta em dia de semana, quando subtraída, no período noturno, estacionada em via pública, em flagrante inobservância do ajuste contratual da cláusula de perfil, em que assinalado o uso exclusivo em finais e pernoite em garagem fechada. Excepcionalidade não demonstrada pelo autor. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização ajuizada por Bruno do Nascimento Santana em face de LPJM Prestação de Serviço Ltda., que a r. sentença de fls.

157/160, de relatório adotado, julgou procedente para condenar a ré ao pagamento de R$ 10.132,00, atualizados e com juros de mora a partir do fim do prazo para localização do veículo e ao pagamento de R$ 10.000,00 a título de danos morais, atualizados desde o arbitramento e acrescido de juros de mora da citação, bem como pagamento de custas e despesas processuais e honorários fixados em 10% do valor da condenação.

Inconformado, apela a ré alegando, em síntese, que o autor não agiu com boa-fé ao faltar com a verdade no questionário de risco, quando afirma que só utilizava o veículo no final de semana e que tinha garagem fechada em seu endereço de pernoite, tendo ainda demorado para comunicar a ocorrência do furto e realizar o boletim de ocorrência, agindo assim com culpa exclusiva. Subsidiariamente, pede o afastamento do dano moral.

O recurso foi respondido e encaminhado ao Tribunal para julgamento.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização ajuizada pelo apelado em face da apelante, vez que contratado o serviço de bloqueador e rastreador, com pacto indenizatório, garantindo a recuperação ou a indenização de motocicleta, no caso de subtração. Alega o requerente que não teve o veículo rastreado ou recuperado e tampouco foi indenizado no valor contratado, acolhidos os seus pedidos indenizatórios em primeiro grau, sobrevindo recurso da ré.

Assiste razão à requerida.

Primeiramente, é incontestável que a obrigação de rastreamento assumida pela ré, por intermédio do contrato de prestação de serviços questionado nos autos, é de meio, e não de resultado.

Por sua vez, tanto a obrigação de rastreamento - de meio - quanto a obrigação de indenização - de resultado - só existiriam se o autor cumprisse com a sua parte no ajuste de vontades, o que, confessadamente não foi observado, sem justificativa plausível.

Assim é que, no questionário de risco de fls. 35/56 afirma o autor que só utilizaria o bem nos finais de semana para lazer.

Porém, respeitado o entendimento adotado em primeiro grau, tal limitação não traduz impossibilidade de o autor fazer uso pleno da sua propriedade, mas sim que, caso optasse pela sua utilização em período diverso e em condições distintas das ajustadas, não estaria o bem garantido pelo contrato.

Segundo o boletim de ocorrência de fls. 67/68, o furto ocorreu durante a semana, período no qual a motocicleta não estaria, em tese, em uso, no período noturno, quando estacionado em via pública. E, para a solução do conflito, basta a aplicar a exceção do contrato não cumprido (artigo 476 do CC/02) ao caso em tela, sendo forçosa a conclusão de que o autor não cumpriu com o pactuado, em inobservância à cláusula de perfil - de forma que inexigível o que pleiteia

Acesso ao Sumário

da ré, até porque não demonstrada pelo autor qualquer situação excepcional a justificar sua alegação.

Em caso semelhante, assim julgou este Tribunal:

"*Apelação. Prestação de serviços de proteção de bens. Rastreamento e localização de veículo. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Ré que se obrigou a pagar multa no valor do veículo pela tabela Fipe caso o mesmo não fosse localizado em trinta dias. Obrigação de resultado assumida pela empresa. Furto de veículo em bolsão público de estacionamento. Abusividade de cláusula contratual que impõe ao consumidor a obrigação de realização de testes mensais no equipamento instalado. Comunicação do furto logo após a sua constatação, com posterior lavratura de boletim de ocorrência. Cláusula de perfil. Autor que preenche o questionário de risco com informações que se revelaram inverídicas, pois afirmou que não estacionava em bolsões e havia garagem fechada e com câmera no local de trabalho. Furto ocorrido quando a motocicleta estava estacionada em bolsão público, durante o expediente de trabalho do autor, que constatou o furto ao retornar ao local após o término da jornada laborativa. Autor que não guardou boa-fé ao responder o questionário de agravamento do risco, que influencia diretamente no prêmio dos serviços. Agravamento do risco reconhecido. Indenização indevida. Sentença reformada. Sucumbência alterada. RECURSO PROVIDO.*" (TJSP; Apelação Cível 1047568-28.2019.8.26.0002; Relator (a): L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/03/2020; Data de Registro: 23/03/2020, grifos nossos)

Diante desse quadro, mostra-se de rigor o acolhimento do pleito recursal, com a improcedência da ação, invertidos os ônus sucumbenciais, arcando o autor com os honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa, observada a gratuidade.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015414-34.2018.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante PARQUE SÃO BENTO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIO LTDA., são apelados BERTINO GOMES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), DEMEZIO GOMES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), ANANILHA LOPES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA) e EURIDES GOMES DE SOUZA (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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.548)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THEODURETO CAMARGO (Presidente), ALEXANDRE COELHO e CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA - DEMANDA AJUIZADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA MATERIAL DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA EM RAZÃO DO DESMEMBRAMENTO E REVENDA DO LOTE - ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - OS TRANSTORNOS CAUSADOS AOS AUTORES EXTRAPOLAM O MERO ABORRECIMENTO - DANO MORAL "IN RE IPSA" - "QUANTUM" INDENIZATÓRIO DEVE SER LIMITADO AO PEDIDO CONTIDO NA INICIAL - VALOR REDUZIDO PARA R$ 10.000,00 PARA CADA AUTOR - SUCUMBÊNCIA INTEGRAL DA RÉS - SENTENÇA REFORMADA - APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação tirada contra a r. sentença de fls. 451/453, que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os requeridos, de forma solidária, a pagar a cada um dos autores, indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00, no valor total de R$ 40.000,00, com atualização monetária e juros de mora de 1% ao mês desde a sentença. Em razão da sucumbência, condenou os réus nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Rejeitados os embargos de declaração (fls. 458/460 e 464), Parque São Bento Empreendimentos Imobiliários Ltda. recorre arguindo preliminar de nulidade por decisão extra petita. No mérito, aduz que houve culpa exclusiva dos autores, que adquiriram um imóvel cientes da impossibilidade de obter a propriedade do mesmo; mero inadimplemento contratual não caracteriza dano moral; ausência de prática de ato ilícito; inexistência de prova do alegado dano

Acesso ao Sumário

moral. Pede a improcedência do pedido, a redução do *quantum* indenizatório e o reconhecimento de sucumbência recíproca (fls. 469/480).

Contrarrazões às fls. 486/489.

Por fim, não houve oposição ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

1.- DO RECEBIMENTO DO RECURSO - O recurso é recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

2.- SÍNTESE DA DEMANDA - Cuida-se de ação de adjudicação compulsória cumulada com pedido de indenização por danos morais ajuizada por Bertino Gomes de Souza e Demezio Gomes de Souza em face de Parque São Bento Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Parque São Bento SPE - Empreendimentos Ltda.

Em linhas gerais, os autores alegam que firmaram Instrumento Particular de Cessão de Direitos com a corré Parque São Bento SPE, em 03 de outubro de 1978; cumpriram com todas as obrigações contratuais, sendo que a primeira parcela do pagamento ocorreu em agosto de 1979 e a última em outubro de 1983, arcaram com o IPTU pelo período de 1984 até 2016, mas não houve a outorga da escritura; recentemente, a primeira corré informou que teriam perdido o direito ao imóvel oferecendo outro em lugar diverso, o que não foi aceito.

Diante da conduta ilícita das rés pedem a procedência dos pedidos para condenar não só a outorga da escritura definitiva do imóvel como a indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00.

A primeira corré foi citada (fls. 152) e apresentou contestação, alegando, em síntese, que adquiriu da 2ª ré os direitos e obrigações do loteamento, concluindo as obras de infraestrutura; relatou que os autores não pagaram as taxas de infraestrutura e, posteriormente, foram cobrados por edital, com rescisão unilateral e, finalmente, divididos o imóvel deles em unidades de 125 m² cada e vendidos a terceiros (fls. 155/188).

A 2ª ré foi citada por edital, tendo sido nomeado curador especial que apresentou contestação por negativa geral (fls. 331/332).

Por fim, considerando de um lado que os réus não poderiam intimar os proprietários por edital, que o pagamento de taxa de infraestrutura é obrigação acessória e não dá direito à rescisão unilateral e, de outro, que os autores preenchem todos os requisitos para a outorga da escritura pública, mas como o imóvel já está em mãos de terceiros, o MM. Juiz de origem julgou parcialmente procedente o pedido inicial apenas para condenar as rés, solidariamente, a pagar aos autores indenização por danos morais (fls. 451/453).

3.- DO DIREITO - A controvérsia neste recurso cinge-se exclusivamente a respeito da ocorrência ou não de dano moral indenizável.

Acesso ao Sumário

Na hipótese, são evidentes os dissabores causados aos autores que, em 22 de julho de 1978, firmaram Instrumento Particular de Compromisso de Cessão de Direitos com PG - Divisão de Empreendimentos Imobiliários Ltda. (fls. 19/22), quitaram o preço total do lote 15 da Quadra DR2, com 250 m² conforme previsto no contrato (fls. 27/87), mas nunca puderam desfrutar do direito de serem proprietários do imóvel.

Ora, além de os requeridos não terem outorgado a escritura definitiva do bem, venderam o imóvel a terceiros.

Assim, dúvida não há que a situação de transtorno vivida por eles excede os padrões de mero aborrecimento e, por isso, devem ser indenizados.

Trata-se de dano *in re ipsa*, de cunho extrapatrimonial, que independe de provas.

Contudo, o *quantum* deve ser limitado ao pedido contido na inicial. Assim, o valor da indenização por danos morais deve ser reduzido para R$ 10.000,00, para cada autor, a serem corrigidos monetariamente e acrescidos de juros legais, aquela e estes contados a partir do arbitramento, em primeira instância, por se entender condizente com as consequências do mal que o ato ilícito causou aos autores, ora apelados, e ajustado aos parâmetros sempre seguidos para casos idênticos, em que se procura minorar o sofrimento da parte lesada, sem lhe trazer indevido enriquecimento ilícito, nem desfalque desmesurado ao lesante.

4.- DA VERBA HONORÁRIA - Na hipótese, é certo que os autores formularam pedido de adjudicação compulsória e de indenização por danos morais.

Contudo, restou demonstrado que o cumprimento da obrigação de outorga da escritura se tornou física e juridicamente impossível, pois o lote teria sido desmembrado e revendido a terceiros, o que o próprio apelante confirma, afirmando que havia dado o contrato por rescindido.

Desse modo, diante da inviabilidade da obrigação de transferência do bem, seja por meio de obrigação de fazer ou de adjudicação compulsória, o MM. Juiz de origem houve por bem acolher apenas o pedido de indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

Portanto, não há que se falar em sucumbência recíproca, e se mostra correta a r. sentença que condenou as rés a arcarem integralmente com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

5.- DOS HONORÁRIOS RECURSAIS - O êxito do recurso não permite a majoração da verba prevista no § 11 do art. 85 do CPC, que pressupõe o insucesso da irresignação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001590-34.2020.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante CLÉIA DE CARVALHO CELANI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SERMED SAÚDE LTDA.

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 40259)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 17 de junho de 2021.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Apelação. Plano de saúde coletivo. Ação de obrigação de fazer, para restabelecimento de plano de saúde, com pedido de tutela antecipada c/c repetição do indébito e indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Manutenção da sentença por seus próprios fundamentos (art. 252 RITJSP). 1. Alegação recursal de irregularidade da resilição unilateral motivada, justificada pela ausência de vínculo de emprego, societário ou estatutário da beneficiária titular em relação à empresa vinculada ao sindicato estipulante do plano de saúde coletivo. Acertada a decisão tomada pela operadora do plano de saúde. Autora que, desde a contratação do plano originário primeiro, tinha ciência de que aderira ao plano coletivo empresarial sem vínculo que lhe conferisse a qualidade de beneficiária titular. 2. Inocorrência de supressio. Conduta da ré que não é alheia à boa-fé objetiva. 3. Reajuste por mudança de faixa etária. Alegação de abusividade. Não acolhimento. Afere-se, em tese, a possibilidade jurídica de reajustamento da mensalidade de plano de saúde quando do atingimento de faixa etária distinta, à vista do julgamento do recurso repetitivo REsp 1.568.244/RJ pelo STJ. Autora que não demonstrou que os bo-

Acesso ao Sumário

letos juntados referiam-se às mensalidades por ela arcadas. Cobrança de taxas adicionais e modificação do tipo de plano, que não se confundem com o reajuste por alteração de faixa etária. 4. Dano moral não devido. Inexistência de ato ilícito a ensejar indenização por danos morais. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação com pedido condenatório promovida por Cléia de Carvalho Celani em face de Sermed Saúde LTDA.

Sentença proferida às fls. 199/204, em 10 de fevereiro de 2021, pela E. Juíza de Direito Isabela de Souza Nunes Fiel, cujo relatório adoto, na qual julgou improcedente o pedido. Restou a autora condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o "valor da condenação", observada a gratuidade de justiça.

A autora apela (fls. 207/213). Argumenta, em síntese, ter ingressado no plano de saúde em virtude de relação de parentesco, vez que é sogra do proprietário da empresa vinculada ao SINCOVARP - Sindicato do Comércio Varejista de Ribeirão Preto. Afirma não deter o conhecimento para avaliar se poderia seguir naquele plano ou não. Alega que sempre agiu de boa-fé, adimplindo suas prestações. Sustenta que o lapso temporal teria acarretado a *supressio* da faculdade da ré. Advoga ser ilegal o estabelecimento de reajuste por faixa etária a idosos. Ressalta que é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde. Afirma que, diante do aumento das mensalidades, a autora optou por alterar seu plano, migrando para a modalidade com coparticipação. Demanda o reestabelecimento do plano de saúde nas mesmas condições em que fora contratado em 2011, sem coparticipação e sem a aplicação de valores exorbitantes. Alega ter experimentado grande angústia em decorrência do cancelamento do plano de saúde, ocasionando abalo passível de indenização por danos morais. Requer, por fim, seja reformada a sentença.

Recurso respondido em contrarrazões (fls. 217/227).

Autos distribuídos a esta relatoria e conclusos para julgamento em 27 de abril de 2021.

É o relatório.

O recurso de apelação da parte autora não comporta provimento, confirmada a sentença por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP).

De início, deve ser conferida atenção a entendimento já consolidado da plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso, à vista de entendimento jurisprudencial reiterado desta Corte (Súmula 100: "O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumi-

dor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais") e também do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 608: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão").

No presente caso, requereu, a autora, o restabelecimento de plano de saúde coletivo, rescindido após solicitação de comprovação do vínculo entre a apelante e o Sindicato do Comércio Varejista de Ribeirão Preto (SINCOVARP), a fim de demonstrar sua elegibilidade como beneficiária titular do plano.

Além disso, a autora também pleiteou a declaração de abusividade dos reajustes por faixa etária supostamente aplicados pela Operadora, a repetição dos valores que teriam sido cobrados indevidamente e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

No presente caso, verifica-se que a autora aderiu ao plano de saúde coletivo, em 01 de junho de 2018 (fl. 22), acessório ao anterior contrato celebrado entre o Sincovarp e a ré, em 01 de agosto de 2011 (fl. 19).

Ora, conforme extrai-se da petição inicial "em meados de outubro de 2019 a autora recebeu em sua residência cartas em alerta ao cancelamento de seu plano de saúde, tendo em vista a ausência de comprovação do vínculo da mesma com o sindicato" (fl. 02).

Exigência essa, feita pela Operadora, nos termos convencionados entre a ré e o Sincovarp na cláusula 4.3., segundo a qual poderiam ser beneficiários titulares "todos os associados e/ou filiados da CONTRATANTE" (fl. 155).

Não obstante a possibilidade de a ré resilir unilateralmente o contrato pela forma motivada, com base na justificativa de que a parte autora teria praticado um engodo, fraude, no ato de adesão do plano de saúde coletivo, uma vez que não reunia a qualidade necessária para ser beneficiária titular do plano de saúde coletivo, deve ser registrado que a rescisão foi conduzida de acordo com a Resolução Normativa 195/2009 da ANS.

Isto é, a operadora/seguradora, munida de previsão de cláusula contratual com a oportunidade de rescisão unilateral imotivada por ambas as partes (parágrafo 16º do instrumento, cf. fl. 21), observou a existência de contrato em vigor pelo período de pelo menos doze meses e expediu notificação da rescisão unilateral com antecedência mínima de 60 dias, concedendo à autora, inclusive, a faculdade de optar por plano individual, com portabilidade de carências (fl. 38).

No mais, não encontra qualquer empecilho, a decisão tomada pela operadora do plano de saúde de, após processar administrativamente a beneficiária titular, Sra. Cleia, para que obtivesse esclarecimentos sobre a sua situação junto à estipulante do plano coletivo, deliberar pela resilição unilateral, visto que houve ilícito contratual, de descumprimento de cláusula contratual de elegibilidade para adesão ao plano pela parte autora, incontroversa nos autos a falta de víncu-

Acesso ao Sumário

lo entre a autora e o Sindicato do Comércio Varejista de Ribeirão Preto.

E, ainda, o fato de o genro da apelante ter empresa vinculada ao Sincovarp, não habilita a autora a figurar como beneficiária titular do referido plano.

A autora, a qual não demonstrou a ocorrência de vício de consentimento, tinha ciência de que havia aderido ao plano coletivo na qualidade de beneficiária titular, desde a contratação do plano, sem ser associada ou filiada ao sindicato estipulante.

O fato de a operadora do plano de saúde não ter exigido os documentos comprobatórios da elegibilidade anteriormente não significa que tenha havido preclusão do direito de a parte operadora do plano de saúde fiscalizar a própria atividade empresarial, fato que deve ocorrer continuamente, durante a vigência e execução contratual, e se alinha à exigência de atuação com os deveres de probidade e boa-fé objetiva (artigos 421, 422 e 113 do CC/02), até sob pena de ser eventualmente sancionada pela entidade reguladora competente a fiscalizar a sua atuação e que poderia checar o descumprimento dos requisitos de oferta de produto ao mercado, sem a adequada elegibilidade (casos, inclusive, de hipóteses de infração administrativa pela operadora ao "*permitir a adesão de novos beneficiários em contratos coletivos que permaneçam em desacordo com a legislação em vigor*" e "*admitir o ingresso de beneficiário em contrato coletivo que não detenha o vínculo exigido pela legislação*", condutas sancionáveis com multa de R$ 50.000,00 conforme os artigos 20-C e 20-D da Resolução Normativa 124/2006).

Outrossim, não há que se falar em *supressio*, já que para sua aferição não basta o transcurso do tempo (o que a diferencia da prescrição). Nessa toada, destaque-se trecho do acórdão do E. Desembargador J.L. Mônaco da Silva:

> "Por fim, não incide o instituto da supressio, pois não basta apenas o decurso de longo espaço de tempo para que se tenha como caracterizado. A vingar tal raciocínio, estaria implicitamente revogado o instituto jurídico da prescrição. A supressio exige também conduta do titular do direito subjetivo contrária à boa-fé objetiva, acompanhada de circunstâncias objetivas capazes de criar no outro sujeito da relação jurídica a confiança de que não mais haveria o seu exercício, a tanto não equivalendo a pura e simples demora no exercício do direito (...)." (TJSP. Apelação nº 9920040-22.2007.8.26.0000, Rel. Des. J.L. Mônaco da Silva. 5ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 16/01/2013).

Desse modo, a não verificação anterior da situação irregular da autora enquanto beneficiária titular do plano de saúde coletivo não enseja a impossibilidade de correção desse vício. Afinal, a expectativa gerada na apelante não era legítima, antes, fundava-se em conduta ilícita, sancionada pelo ordenamento jurídico.

Acesso ao Sumário

Daí decorre justificada a extinção unilateral do plano.

Parte-se à apreciação da alegação de ilicitude na aplicação de reajustes por faixa etária.

Da leitura dos dados extraídos dos documentos juntados pela parte autora e ré, é possível encadear as seguintes conclusões parciais: (i) o contrato celebrado entre as partes está sujeito à Lei Federal 9.656/98 e à regulação administrativa da ANS 63/2003, vez que firmado em data posterior à edição desses diplomas; e, (ii) há, no instrumento, a previsão de reajustes por faixa etária sobre as mensalidades (cf. fl. 21).

A análise desses dados deve ser feita necessariamente em cotejo com o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial nº 1.568.244/RJ, submetido ao regime de recursos representativos de controvérsia, a propósito dos reajustes por deslocamento de faixa etária em planos/seguros de saúde de natureza individual e familiar.

Ainda que o caso se trate de seguro saúde coletivo, há uma identidade de padrão normativo regulatório aplicável no caso de reajuste por mudança de faixa etária, tendo sido fixado pela ANS de modo indistinto para os planos individuais/familiares e coletivos, empresariais ou por adesão.

Em paralelo, também deve ser considerado o julgamento recente do IRDR nº 0043940-25.2017.8.26.0000, da Turma Especial de Direito Privado 1 deste Tribunal, aplicável aos contratos coletivos por adesão.

No recurso repetitivo (1.568.244/RJ), relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, foram fixadas as seguintes teses, estampadas na ementa do julgado:

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO.
>
> 1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).
>
> 2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional,

Acesso ao Sumário

além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.

3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.

4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado).

5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda 'a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade', apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999

Acesso ao Sumário

e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: **O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.**

11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de

Acesso ao Sumário

preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de 'cláusula de barreira' com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.

12. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1568244 RJ 2015/0297278-0, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/12/2016, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/12/2016)

Em complemento, no IRDR nº 0043940-25.2017.8.26.0000, foram definidas as seguintes teses:

Tese 1 - "É válido, em tese, o reajuste por mudança de faixa etária aos 59 anos de idade, nos contratos coletivos de plano de saúde (empresarial ou por adesão), celebrados a partir de 1/1/04 ou adaptados à Resolução nº 63/03, da ANS, desde que (i) previsto em cláusula contratual clara, expressa e inteligível, contendo as faixas etárias e os percentuais aplicáveis a cada uma delas, (ii) estes estejam em consonância com a Resolução nº 63/03, da ANS, e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso";

Tese 2 - "A interpretação correta do artigo 3º, II, da Resolução nº 63/03, da ANS, é aquela que observa o sentido matemático da expressão 'variação acumulada', referente ao aumento real de preço verificado em cada intervalo, devendo-se aplicar, para sua apuração, a respectiva fórmula matemática, estando incorreta a soma aritmética de percentuais de reajuste ou o cálculo de média dos percentuais aplicados em todas as faixas etárias".

Considerando que a autora aderiu ao plano em junho de 2018, quando já contava com 76 anos de idade, e que a última faixa etária prevista contratualmente é a que abrange os indivíduos com mais de 59 anos, não seria admissível a aplicação de reajustes por alteração de faixa etária nas mensalidades de seu plano de saúde.

No entanto, não há nos autos prova que permita a conclusão de que houve a aplicação indevida dessa modificação.

Os boletos juntados às fls. 34/37, além de não terem sido emitidos no nome da autora e não estarem acompanhados de comprovantes de pagamento, têm valores distintos em razão da incidência de taxas adicionais e da alteração da modalidade do plano de saúde, fatores que não se confundem com um suposto reajuste por alteração de faixa etária.

Acesso ao Sumário

Desse modo, indevida a restituição dos valores hipoteticamente pagos, dada a não demonstração de que o montante cobrado seja abusivo ou ilícito.

Ademais, também o pleito de indenização por danos morais não deve ser acolhido. Em decorrência da inexistência de ato ilícito cometido pela parte ré, não estão presentes os requisitos ensejadores de responsabilidade civil, nos termos do artigo 927 do Código Civil.

Nesse sentido, a motivação posta pelo juízo de Primeiro Grau está em coincidência com a avaliação da Relatoria. Transcreve-se o teor de seus termos mais determinantes, *verbis*:

> "[…] A possibilidade de ser beneficiária condiz com os preenchimentos dos requisitos estabelecidos em regulamentação própria, mais precisamente na Resolução nº 195/2009 da Agência Nacional de Saúde.
>
> Portanto, como será demonstrado, no mérito, a ação é improcedente.
>
> Diante dos fatos narrados por ambas as partes a rescisão contratual do plano de saúde foi de maneira unilateral da ré. O fundamento para esse rompimento foi deque a autora não demonstrou qualquer vínculo de trabalho com a empresa HUGO ROBERTO MAGALHÃES - ME, a qual é vinculada à SINCOVARP.
>
> […] No presente caso concreto a autora firmou contrato com a ré (fls. 19/24) como sendo **beneficiária titular do plano**, ou seja, ela obrigatoriamente deveria ser vinculada a alguma das pessoas jurídicas listadas no artigo 9º, o que no presente caso não restou comprovado.
>
> Ao contrário do que alegado pela autora, a simples condição de ser sogra de beneficiário do plano de saúde firmado entre a SINCOVARP e a ré não a credenciam para ser usufruidora no plano de saúde em questão, **haja vista que o contrato firmado entre as partes foi como titular e não dependente.**
>
> Portanto, lícita a exigência da ré e o rompimento contratual em virtude de a autora não comprovar sua vinculação a pessoa jurídica associada a SINCOVARP.
>
> Além do mais, o rompimento e rescisão contratual ocorreu de forma lícita, não havendo qualquer irregularidade, haja vista que o artigo 17, da também Resolução 195/2009 prevê que a rescisão contratual seja prevista no contrato.
>
> Isto é, a requerida previamente notificou a parte autora acerca do cancelamento do plano em outubro/2019 (fls. 02), como data prevista para o cancelamento em 01.01.2020, ou seja, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, dando-lhe, inclusive, a oportunidade de migração/contratação de plano de saúde na modalidade individual, com cobertura similar ao plano coletivo rescindido, conforme documento de fls. 38.

Acesso ao Sumário

[…] Por fim, inexiste qualquer critério ou conduta típica para a condenação da requerida em supostos danos morais causados a parte autora." (fls. 200/204).

Porque inexistente condenação, altera-se a base de cálculo dos honorários advocatícios, os quais, tendo em vista o trabalho adicional desenvolvido pelo patrono da parte ré, em decorrência da interposição do presente recurso, quedam majorados de 10% para 15% do valor da causa, nos termos do artigo 85, parágrafos 8 e 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade de justiça.

Fica, dessarte, mantida a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

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 artigo 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007907-78.2020.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante OTACILIO MARIANO NETO, são apelados ELECTRONIC ARTS NEDERLAND BV e ELECTRONIC ARTS EUROPE LIMITED.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Leonardo Laporta Costa (OAB/SP 179.039).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.542)**

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

São Paulo, 15 de junho de 2021.

COELHO MENDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. Dano moral. Ação indenizatória intentada por jogador de futebol, alegando violação de direito de imagem por utilização indevida em jogos eletrônicos. Extinção da

ação em razão da prescrição. Insurgência do autor. Prescrição não operada. Violação continuada do direito de imagem, pela permanência na comercialização dos jogos lançados em anos anteriores. Requeridas que não se desincumbiram do ônus de provar a cessão pelo autor do direito de imagem. Dano material não comprovado. Dever de indenizar pela mera utilização desautorizada da imagem. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 1.997/2.003 que reconheceu a prescrição, DECLARANDO A EXTINÇÃO da presente AÇÃO INDENIZATÓRIA ajuizada por OTACILIO MARIANO NETO em face de ELECTRONIC ARTS NEDERLAND B.V. e ELECTRONIC ARTS LIMITED.

Em razão da sucumbência, condenou o autor a reembolsar as rés o que estas despenderam a título de despesas processuais, com atualização monetária a partir do respectivo desembolso. Condenou o autor também no pagamento de honorários de advogado, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

O autor apelou arguindo preliminarmente a nulidade da sentença, pela falta de fundamentação, e no mérito sustentou não ter ocorrido a prescrição, uma vez que a apelada, por si ou por terceiros, continua vendendo as versões antigas de seus jogos e, na medida em que os jogos são lançados anualmente, o dano suportado pelo apelante é continuado, ressalvando ainda que a prescrição aplicável a direitos personalíssimos é a geral, do artigo 205 do Código Civil, e não a trienal, sendo este inclusive o entendimento consolidado nestes Corte nos inúmeros recursos já julgados contra a mesma empresa, em casos análogos de ações interpostas por outros jogadores profissionais. No mais, aduziu que restou devidamente comprovada a utilização da sua imagem e nome pela ré em seus jogos eletrônicos, sem que tenha comprovado a devida autorização pelo requerente, conforme exigido pela Lei Pelé, artigo 87-A, razão pela qual a obrigação de indenizar é patente, sendo irrelevante a alegação de que a FIFPRO teria obtido autorização da FENAPAF e esta, por sua vez, dos sindicatos estaduais dos jogadores para utilização das imagens, eis que os sindicatos no Brasil não têm competência para ceder a imagem dos atletas sem expressa autorização destes, ainda mais para exploração econômica, requerendo a reforma para que seja julgada procedente a ação, com a condenação da requerida ao pagamento de indenização por dano material e indenização por dano moral em razão do uso

Acesso ao Sumário

indevido da imagem, nos valores propostos na inicial (fls. 2.006/2.049).

O recurso é tempestivo e preparado. Contrarrazões às fls. 2.142/2.161.

É o relatório.

OTACILIO MARIANO NETO ajuizou AÇÃO DE INDENIZAÇÃO em face de ELETRONICS ARTS NEDERLAND BV E ELETRONICS ARTS LIMITED. Alegou que manteve carreira como jogador profissional de futebol e teve a sua imagem, apelido desportivo e características pessoais e profissionais utilizadas nas edições 2011 do FIFA Soccer e FIFA Manager. Que houve patente violação ao seu direito de imagem; que a ré é mundialmente conhecida pela comercialização de jogos de vídeo game e aplicativos diversos; que o clube tem contrato de trabalho com o jogador de modo que o direito a imagem não pode ser explorado pela associação; que não celebrou qualquer tipo de contrato de cessão de direitos de imagem ou autorizou sua utilização; que houve clara violação de direito de personalidade pela requerida ensejadora de reparação por dano moral. Requereu a condenação da ré ao pagamento de uma indenização pelo indevido uso a imagem de R$ 96.000,00.

Devidamente citada (fls. 306/307), a ELECTRONIC ARTS LTDA. contestou a ação às págs. 308/362. Pugnou, preliminarmente, seja reconhecida a inexistência de documentos indispensáveis ao julgamento da demanda, extinguindo-a, caso não seja aditada corretamente, na forma dos arts. 320, 321, 330, IV e 485, I, todos do CPC. Seja reconhecida a incidência da prescrição trienal, na forma dos arts. 189 e 206, §3º, V, do CC, extinguindo-se a demanda, ao menos em parte, na forma indicada em tópico próprio e do art. 487, II, do CPC. Requereu, ainda, fosse reconhecido que o ônus da prova pertencente ao Autor, do qual não se desincumbiu de forma adequada. Quanto ao mérito, pretendeu que fosse reconhecida a inexistência do dever de indenizar o autor, porque a EA obteve toda a documentação necessária ao resguardo de todos os direitos envolvidos nos jogos por ela produzidos, seja porque a autorização, na forma indicada pelo Autor, seria despicienda, seja porque não estão presentes os requisitos ensejadores do dever de indenizar, seja porque incidente, *in casu*, o instituto da *supressio*, seja porque configurada a autorização tácita para utilização dos direitos de imagem em questão pela EA. Subsidiariamente que o valor a ser reparado deve ser fixado de maneira razoável; que o autor não possui fama que justifica indenização vultosa. Pugnaram para que fosse determinado o trâmite do presente processo sob segredo de justiça, na forma do art. 189 do NCPC, ou, subsidiariamente, seja decretada o sigilo dos documentos específicos, na forma requerida.

Sobreveio sentença de extinção às fls. 1.997/2.003, desafiando recurso do autor.

Razão assiste ao autor recorrente.

Acesso ao Sumário

Trata-se de demanda indenizatória por uso indevido de imagem de atleta profissional de futebol em jogos eletrônicos.

A sentença foi devidamente fundamentada justificando os motivos legais e fáticos pelos quais reconheceu a prescrição, fixando o *dies a quo* como a data de lançamento dos jogos eletrônicos no mercado, inexistindo violação aos arts. 489, § 1º, IV e 1.022, II, do CPC/2015.

Todavia, respeitado tal entendimento, a violação continuada do direito de imagem, pela permanência na comercialização dos jogos lançados em anos anteriores, ainda que cessada a "mercantilização" da empresa, protrai o início do prazo prescricional, reconhecendo a ré que possam ocorrer vendas posteriores ao ano da edição, ainda que reduzidas, e competia-lhe a prova do recolhimento de todo o material distribuído, relativo às edições anteriores, para que se computasse o início da prescrição trienal.

Consoante o entendimento do STJ:

"*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/2015). DANO. USO INDEVIDO DE IMAGEM DE JOGADOR DE FUTEBOL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. EDIÇÕES EM CIRCULAÇÃO. AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO OU CONDUTA QUE A ENSEJASSE O USO DA IMAGEM. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. DANO. VALOR. SÚMULA Nº 7/STJ. SUCUMBÊNCIA. SÚMULA Nº 326/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 54/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO*". (AgInt no AREsp 1434260/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2019, DJe 05/09/2019).

"*CIVIL. PRESCRIÇÃO. DIREITO DE IMAGEM. Violação continuada. Para fins prescricionais, o termo 'a quo', envolvendo violação continuada ao direito de imagem, conta-se a partir do último ato praticado. Ausência de elementos probatórios quanto à autorização anterior para a publicação da fotografia. Exploração de imagem sem contrato escrito, se limita ao prazo máximo de cinco anos. Art. 49, III da Lei 9610/98. Valor moral arbitrado em consonância com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO IMPROVIDO*". (REsp 1014624/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 20/03/2009).

Assim, afasta-se a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, está devidamente configurada a utilização indevida da imagem do autor. Não há que se falar em *supressio*, porque não existe relação

Acesso ao Sumário

contratual entre as partes que pudesse gerar expectativa de que o autor não questionaria a utilização indevida de seus direitos de imagem.

Nesse sentido, desta Corte:

"*APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR USO INDEVIDO DE IMAGEM - Jogador de futebol profissional - Inserção de imagem e de atributos de personalidade em jogos eletrônicos Fifa Soccer e Fifa Manager sem autorização - Preliminar Inépcia da inicial - Desnecessidade de apresentação dos próprios jogos - Fato incontroverso - Prescrição afastada - Persistência da comercialização dos jogos, reeditados a cada ano - Impossibilidade de aplicação da Supressio - Situação em que não houve tolerância, mas anterior desconhecimento da utilização indevida - Autorização obtida coletivamente por entidades que representam atletas profissionais que não substitui a autorização individual - Uso indevido da imagem caracterizado - Utilização que gera vantagens econômicas em favor da produtora dos jogos - Súmula 403 STJ - Indenização devida - Valor arbitrado em R$5.000,00 para cada edição do jogo que deve ser mantida - Precedentes desta Corte - Juros moratórios mantidos desde o lançamento de cada edição dos jogos - Incidência da Súmula 54 do STJ - Ônus da sucumbência carreado às rés - Incidência da Súmula 362 do STJ - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO*". (TJSP; Apelação Cível 1113077-34.2018.8.26.0100; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/02/2020; Data de Registro: 20/02/2020).

No mais, importa considerar que não se trata de representação genérica do jogador, mas de uma identificação individualizada de suas características pessoais e profissionais, necessária para aproximar as informações dos jogos eletrônicos o máximo possível da realidade desportiva que se procura imitar.

Não há qualquer dúvida que essas características pessoais foram utilizadas.

As rés, detentoras de todas as informações sobre os jogos, detinham melhor do que ninguém condições de infirmar os indícios, apresentando prova de que não houve utilização da imagem, mas não o fizeram.

Nesse contexto, deveriam as rés demonstrar de forma clara que o jogador de futebol profissional autorizou o uso de sua imagem, ou cedeu esses direitos a terceiros que poderiam, então, passar a negociá-los.

Nem os contratos celebrados com a entidade FIFPRO - Federação Internacional de Futebolistas Profissionais ou com o clube referido pelas rés comprova a existência da autorização ou cessão feita por vontade expressa do desportista.

Uma vez configurada a utilização indevida da imagem do autor, resta

Acesso ao Sumário

configurado dano moral.

Nos termos da Súmula 403 do STJ, "***independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais***".

Como o dano moral é presumido, são inócuas as considerações das rés a respeito de sua não comprovação.

Na fixação do valor da indenização pela mera utilização indevida da imagem, o juiz deve considerar entre outros critérios que o caso concreto apresentar, se o retratado era pessoa famosa ou não, o tempo de utilização e o meio utilizado, bem como a abrangência da divulgação, se resultou proveito econômico e se tinha objetivo comercial a transgressão.

No caso, com base nestes critérios, pela ampla comercialização dos jogos em questão, com a imagem de renomado esportista, com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é adequado o valor de R$ 5.000,00, pelo dano à imagem, para cada uma das edições FIFA SOCCER e FIFA MANAGER, ambas de 2011, com atualização monetária pela Tabela Prática do TJSP deste julgamento, com juros de mora de 1% do mês de dezembro do ano anterior à respectiva edição, por afirmar a ré que o lançamento precedia o ano da edição.

Por fim, o requerente não tem direito a indenização do chamado lucro de intervenção.

Define-se o lucro da intervenção como modalidade de enriquecimento sem causa, consistente na intromissão não autorizada em bens e direitos alheios.

Trata-se de obrigação de natureza restituitória, com fundamento na cláusula geral do art. 884 do Código Civil, que reza: "*aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários*".

Na lição de Anderson Schreiber e Rodrigo da Guia Silva:

> "*(...) o enriquecimento do interventor, no sentido de vantagem patrimonial efetiva (e não virtual ou hipotética) poderá consistir, segundo o entendimento geral delineado em doutrina, no incremento do ativo, na diminuição do passivo ou na poupança de despesa, modalidades às quais parecem passíveis de recondução as mais variadas hipóteses fáticas do fenômeno (...). A obtenção à custa de outrem, por sua vez, se depreende da percepção de que a vantagem do interventor decorre, em maior ou menor extensão, do bem ou direito sobre o qual incidiu a intervenção*". (Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018).

Sucede que, no caso dos autos, não se cogita da aplicação da norma subsidiária do art. 884 do Código Civil por se estar diante de violação direta a direito

Acesso ao Sumário

de imagem.

De fato, a pretensão de restituição por enriquecimento indevido está condicionada à inexistência de outros meios de ressarcimento, conforme o art. 886 do Código Civil.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê o ressarcimento imediato do lucro de intervenção somente nos casos específicos da Lei de Propriedade Intelectual (art. 210, II, da Lei nº 9.279/96), do que não se cogita nos autos.

Considerando que a causa de pedir envolve ato ilícito responsabilidade aquiliana e violação direta do direito de imagem e lucros cessantes, inviável invocar a norma subsidiária de ressarcimento do enriquecimento sem causa.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte pela rejeição da restituição do lucro de intervenção:

> "*Indenização por danos morais - Uso indevido de imagem de atleta profissional de futebol - Requeridas que utilizam apelido e outras características físicas do demandante, em personagem de jogos eletrônicos, em 02 versões, sem a expressa e imprescindível anuência do autor - Prescrição e supressio afastadas - Dano moral configurado - Exegese do artigo 87 da Lei nº 9615/98 e da Súmula 403 do Colendo STJ - Precedentes desta E. Corte - Quantum indenizatório que não comporta alteração - Restituição do lucro da intervenção - Inadmissibilidade - Termo inicial dos juros de mora que é a data da edição dos jogos - Incidência do enunciado da Súmula 54 do C. STJ - Correção monetária a partir do arbitramento da indenização - Sentença parcialmente reformada - Recursos parcialmente providos*". (Apelação Cível 1016448-58.2019.8.26.0004; Relator (a): A.C.Mathias Coltro; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/02/2021; Data de Registro: 15/02/2021).

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Observo ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do autor, condenando-se, ainda, as corrés ao pagamento das despesas do processo e em honorários advocatícios de 12% sobre o valor atualizado da condenação, já considerado o trabalho acrescido, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027792-08.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado DAGOBERTO AKIRA SATO.

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 54305)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e RUI CASCALDI.

São Paulo, 21 de junho de 2021.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER - Compra e venda de imóvel em construção - Quitação do preço - Cancelamento de hipoteca - Gravame constituído sobre a unidade em favor do credor hipotecário para garantir dívida da construtora ré - Aplicabilidade da Súmula 308 STJ - Obrigação do credor hipotecário de efetuar a baixa da hipoteca - Compromissários compradores que não podem ser prejudicados por pendências administrativas e financeiras das vendedoras perante o banco - Observância do princípio da boa-fé objetiva - A quitação do preço investe os adquirentes de receber o imóvel livre de gravames - Pedido procedente - Multa cominatória mantida - Ônus de sucumbência a cargo de todas as corrés, que deram causa objetiva à demanda em igualdade de condições - Honorários advocatícios fixados em plena observância ao art. 85, §2º, CPC - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação da sentença de fls. 827/835 em que foi julgada procedente ação de obrigação de fazer (fls. 1) ajuizada por Dagoberto Akira Sato e Sarah Aparecida de Moraes contra Banco Bradesco S/A, Terrara dos Manacás SPE Empreendimento Imobiliário Ltda., Intrag Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., Kinea Ii Real Estate Equity Fundo de Investimento Imobiliário - FII, para condenar os corréus "na obrigação de fazer, consistente no cancelamento da hipoteca relativa à matrícula imobiliária nº 435.839 do 11º

Acesso ao Sumário

Cartório de Registro de Imóveis de Campinas - SP no prazo de 15 dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, até o limite de R$ 30.000,00" (fls. 835). Foram carreados aos corréus os ônus da sucumbência. Inconformado, apelou o banco (fls. 837/848), sustentando, preliminarmente, carecer de legitimidade passiva "ad causam", além de ter transcorrido o prazo prescricional de cinco anos. No mérito, alega não ter praticado nenhum ato ilícito que ensejasse a sua responsabilização. Tampouco teria havido falha na prestação de serviços. Argumenta que caberia ao autor solicitar administrativamente a baixa da hipoteca. Requereu a redução da multa arbitrada e o afastamento dos ônus de sucumbência por não ter dado causa à demanda. Sem contrarrazões, foram os autos encaminhados a esta Corte.

É o relatório, adotado, quanto ao restante, o da sentença apelada.

A preliminar de ilegitimidade passiva "ad causam" confunde-se com o mérito e, como tal, será analisada.

No mais, não se cuidando a hipótese de cobrança de dívida, não se há de cogitar de aplicação da prescrição quinquenal prevista no art. 206, §5º, I, do Código Civil.

Passa-se à análise da questão de fundo.

Os autores a construtora Terrara dos Manacás SPE Empreendimento Imobiliário Ltda. firmaram escritura de promessa de compra e venda de imóvel em construção do empreendimento denominado "Condomínio Terrara", figurando o Banco Bradesco S/A como credor hipotecário das vendedoras (cláusula 8.5.1 - fls. 53 e 71/75).

Quitado o preço (fls. 76), foi regularmente outorgada a escritura definitiva do imóvel pelas corrés a Intrag Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., Kinea Ii Real Estate Equity Fundo de Investimento Imobiliário - FII, a quem foram cedidos os direitos sobre o empreendimento, sem que, entretanto, fosse providenciada a baixa da hipoteca.

A presente demanda é adequada e necessária para se proceder ao cancelamento da hipoteca. A quitação do preço investe os adquirentes de receber o imóvel livre de gravames. E, ao contrário do alegado pelo apelante Banco Bradesco S/A, a obrigação de proceder ao cancelamento da hipoteca é de responsabilidade do agente financeiro, já que constituída exclusivamente em seu favor.

Ora, nos termos do enunciado 308 do Superior Tribunal de Justiça, "*A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel*".

Conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, que "*A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transfe-*

Acesso ao Sumário

rência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre 'os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado' (art. 22 da Lei n.º 4.864/65), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto" (EREsp nº 187940 - SP, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, em 22/9/04, DJ 29/11/04).

Sendo assim, não podem os compromissários compradores ficar à mercê de eventual pendência existente entre as vendedoras e o credor hipotecário, sendo responsável tão somente pela dívida efetivamente assumida, que, no caso, restou integralmente satisfeita.

Não é demais realçar sucessivos julgados desta Câmara em hipóteses semelhantes:

> "*Processual - Cancelamento de hipoteca e adjudicação compulsória - Caso em que o credor hipotecário é o titular do direito real cuja desconstituição se pretende por meio da demanda - Legitimidade "ad causam" configurada - Preliminar rejeitada. Compra e venda - Adjudicação compulsória - Existência de hipoteca contraída pela construtora em favor do agente financeiro - Gravame que não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel - Súmula nº 308 do STJ - Sentença mantida - Recurso não provido*" (Apelação nº 0073559-27.2009.8.26.0114 - Campinas, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Augusto Rezende, em 15/03/2016).
>
> "*Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais - Hipoteca sobre o bem adquirido pelos autores e integralmente pago decorrente de dívida contraída pela construtora - Sentença de procedência em parte, determinando a baixa da hipoteca e a adjudicação do bem aos autores, sem acolhimento do pedido de danos morais - Preliminar de carência de ação afastada - Recurso apenas do credor hipotecário que deve ser conhecido em parte - Insurgência referente à repetição de indébito em dobro que não se insere no objeto da demanda - A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel - Súmula 308 do C. STJ - Agente financiador que tem a incumbência de promover a baixa da hipoteca de forma a não obstar a transferência da propriedade ao adquirente - Precedente desta Colenda Câmara - Obrigação de outorga da escritura que, no entanto, somente pode ser exigida da vendedora. Dá-se provimento em parte ao recurso, na parte conhecida*" (Apelação nº 1006854-78.2015.8.26.0224 - Guarulhos; 1ª Câmara de Direito Privado, Relª. Desª. Christine Santini, em 18/10/2016).

Acesso ao Sumário

Também não há nada a ser alterado no que tange às astreintes; nem mesmo quanto ao valor fixado.

A resistência da ré de cumprir a parte que lhe cabe para exaurir o negócio em questão não tem razão de ser. A argumentação do apelante revela, data venia, mero "jogo de empurra" de suas responsabilidades (expressão candente utilizada no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça em situações assemelhadas, envolvendo o poder público - REsp 1243356/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 04/10/2013), manobra indigna de encômios.

Frise-se que, "*No tocante à multa cominatória, cumpre asseverar que tal medida, de execução indireta, é imposta para a efetivação da tutela específica perseguida ou para a obtenção de resultado prático equivalente nas ações de obrigação de fazer ou não fazer. Em virtude de sua natureza inibitória, destina-se a impedir a violação de um direito, de forma imediata e definitiva. Logo, o valor e a periodicidade das astreintes devem ser de tal ordem que sejam hábeis a forçar o réu, em geral resistente, a cumprir a obrigação na forma específica*. (REsp. nº 1691748-PR, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, em 07/11/2017, DJe de 17/11/17).

O valor arbitrado é razoável, bem observando o conteúdo econômico do contrato e a capacidade financeira da parte ré. Eventual excesso poderá ser cancelado até mesmo de ofício, no momento oportuno, conforme disposto no art. 537, § 1º, I, do Código de Processo Civil. Observe-se que "*O dispositivo indica que o valor da astreinte não faz coisa julgada material, pois pode ser revista mediante a verificação de insuficiência ou excessividade*" (REsp nº 705.914/RN, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, em 15/12/05, DJ 6/3/06, pág. 378).

No que tange aos ônus de sucumbência, é bem certo que, objetivamente, tanto as vendedoras, quanto o banco deram causa à demanda, devendo arcar com as consequências de sua derrota em igualdade de condições.

Nada há, portanto, a ser alterado.

Os honorários advocatícios foram fixados em total observância dos critérios previstos no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, não havendo razão para redução. Por outro lado, não verificado trabalho adicional por parte do patrono da autora nesta sede recursal, não se há de majorar a verba fixada na sentença.

Nessas circunstâncias, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008307-35.2020.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante CREFISA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS, é apelado NIVALDO DE SOUSA ZUMBA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 78885)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO GOSSON (Presidente sem voto), MATHEUS FONTES e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 22 de junho de 2021.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: 1. APELAÇÃO. DEMANDA DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA, COM PEDIDOS CUMULADOS DE RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. 2 . DECISÃO MANTIDA. 3 . DESCONTOS INDEVIDOS EM CONTA CORRENTE DO AUTOR. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PREVISTAS EM CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. MANUTENÇÃO DE SALDO SUFICIENTE PARA DESCONTO DAS PARCELAS. MORA NÃO CONFIGURADA. VALORES DEVIDOS PELO AUTOR QUE JÁ FORAM EFETIVAMENTE PAGOS À RÉ. RESTITUIÇÃO DEVIDA. 4 . DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. TRANSTORNOS DECORRENTES DA BUSCA PELA RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO E INDEVIDA DIMINUIÇÃO DA FRUIÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PESSOA CUJA RENDA É COMPROMETIDA. VERBA INDENIZATÓRIA ARBITRADA EM PATAMAR RAZOÁVEL. 5 . RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 88/93, que julgou procedente demanda

declaratória de inexistência de dívida, com pedidos cumulados de restituição de valores e indenização de danos morais.

Alega a apelante que a sentença não pode subsistir, pois uma das parcelas não foi paga, e outras o foram com atraso, o que implicou a incidência de encargos de mora. Sustenta não ter praticado ato ilícito, motivo pelo qual não deve ser condenada ao pagamento de indenização de danos morais. Bate-se alternativamente pela redução da verba indenizatória. Pede a reforma.

Apresentadas contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Em sua inicial, o autor afirmou ter celebrado contrato de empréstimo com a ré, mas que, não obstante já ter pago todas as parcelas, os descontos em sua conta corrente continuaram. A ré apresentou resposta na qual alegou que houve inadimplemento e que os descontos subsistem em razão da incidência de encargos moratórios.

Nesse contexto, verifico que contrato de empréstimo celebrado pelas partes previa o pagamento por meio de 12 parcelas mensais de R$ 287,04 entre 31.12.2018 e 29.11.2019, descontadas da conta corrente do autor (cf. fls. 20). E o extrato a fls. 79/83 revela que durante todos esses meses o autor manteve em sua conta corrente valores suficientes para que os descontos fossem realizados na forma pactuada. É certo que no mês de fevereiro de 2019 não houve o débito em favor da ré, mas o autor cumpriu a sua obrigação, que era manter saldo o bastante (cf. fls. 79). Desse modo, não restou configurada sua mora (cf. art. 394. do Código Civil), o que afasta a cobrança dos respectivos encargos. Além disso, como bem apontou a magistrada sentenciante, essa parcela acabou sendo paga ao longo do contrato, visto que nos meses de agosto e novembro de 2019 houve descontos a mais do que o previsto, totalizado o valor da parcela de fevereiro (cf. fls. 80/81).

Assim, era mesmo caso de se determinar a devolução dos valores indevidamente descontos, tal como disposto na sentença impugnada.

Acesso ao Sumário

No mais, era caso também de condenar o réu a ressarcir o dano extrapatrimonial sofrido pelo autor, o qual se refere aos transtornos na busca da recomposição do seu patrimônio. Nesse sentido, já se decidiu nesta Câmara em hipótese análoga (cf. Ap. 1.231.669-8, Rel. Des. Matheus Fontes, j. em 30.1.07). Além disso, convém ressaltar que, mesmo depois de ocorrida a devolução do capital mutuado, o réu continuou a promover os descontos impugnados, o que acarretou indevida diminuição do benefício previdenciário do autor, fato que, para qualquer pessoa que tem a renda comprometida com gastos ordinários e mensais, é aflitivo. Assim, prevalece na espécie a função punitiva que a indenização também deve ter, já que a situação extrapolou daquilo que razoavelmente pode ser

admitido, algo que decorre das máximas da experiência, fruto da observação do que ordinariamente acontece (art. 375, do C.P.C.).

Quanto ao valor da indenização, são necessárias algumas considerações. É sabido que a indenização tem caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório, em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, "Responsabilidade Civil", Forense Ed., 1989, p. 67; Delfim Maya de Lucena, "Danos não Patrimoniais", Ed. Almedina, 1985, p. 63; Sérgio Severo, "Os Danos Extrapatrimoniais", Ed. Saraiva, 1996, p. 191; João Casillo, "Dano à Pessoa e sua Indenização", Ed. RT, 2ª ed., 1994, p. 83; Clayton Reis, "Avaliação do Dano Moral", Ed. Forense, 1998, pp. 82, 122 e 126). Além disso, deve ser sempre lembrado que qualquer fixação excessiva gera enriquecimento indevido do ofendido (STJ - Rec. Esp. 596.438/AM, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 24.5.04, p. 283).

Assentadas tais premissas, forçoso concluir que foi razoável o arbitramento da indenização em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), montante que é consentâneo com a magnitude do dano perpetrado e que, espera-se, sirva de desestímulo à concretização de práticas semelhantes. Nesse ponto, portanto, ambos os recursos não merecem provimento.

Diante do integral desprovimento da apelação, incide na espécie o art. 85, § 11, do C.P.C. Assim, majoro os honorários arbitrados para 15% do valor atualizado da condenação.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1085707-12.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEXANDRE MIGUEL LIMA VAREIA, é apelado BANCO C6 S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39992)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ITAMAR GAINO (Presidente sem voto), DÉCIO RODRIGUES e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 24 de junho de 2021.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano mo-

Acesso ao Sumário

ral e material - Apelante que arrematou veículo em um site de leilão - Efetuado o depósito em conta bancária indicada pela empresa leiloeira, não conseguiu mais contato com ela - Busca indenização da instituição financeira detentora da conta bancária - Falha na prestação do serviço - Inocorrência - Não há nexo de causalidade entre a fraude e a atividade empresarial do apelado - Culpa exclusiva da vítima - Sentença mantida - Recurso não provido

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento das verbas de sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Aduz o apelante para a reforma do julgado que não foi demonstrada a regularidade da abertura das contas correntes utilizadas pelos fraudadores tampouco comprovou a sua movimentação acostando os respectivos extratos; a conta foi aberta em 30/07/2020 e o golpe foi perpetrado no dia 25/08/2020; o banco admitiu em sua defesa que se tratava de uma conta fraudulenta; o apelado não adotou qualquer medida de segurança; foi rompido o dever de segurança pela instituição financeira, ocorrendo fortuito interno; inaplicável à hipótese a responsabilidade por fato de terceiro e afirma que sofreu dano material no importe de R$ 54.395,00 bem como dano moral que clamam indenização.

Recurso tempestivo, preparado e contrariado.

É o relatório.

As alegações de ilegitimidade ativa e passiva ventiladas em contrarrazões se entrelaçam ao mérito e com ele serão analisadas.

O apelante arrematou veículo em um site de leilão e diante da notícia de que foi vencedor, após tratativas com a empresa leiloeira, efetuou a transferência do valor do bem para conta bancária, cujos dados lhe foram fornecidos. Após a transferência não conseguiu mais contato com a empresa.

Agora pretende que a instituição financeira responda por seu prejuízo buscando indenização moral e material.

Contudo, o apelante foi vítima de estelionato praticado por terceiros.

A instituição financeira somente recebeu o depósito em conta bancária regularmente aberta, ausente liame entre a fraude experimentada pelo apelante e a atividade empresarial do apelado, inexistente defeito na prestação do serviço.

Diante deste quadro constata-se a culpa exclusiva da vítima que não to-

Acesso ao Sumário

mou as cautelas devidas para realização do negócio.

Como asseverou o d. Juízo *a quo*:

> *Contudo, não obstante se trate de relação de consumo, inexistiu qualquer defeito na prestação de serviços por parte do réu, que apenas recebeu os valores em conta aberta regularmente e permitiu sua transferência a outras pessoas, exercendo sua atividade empresarial de forma regular.*
>
> *Configurada, doutra parte, a excludente de responsabilidade em razão de culpa exclusiva do consumidor, nos termos do art. 14, §3º, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, pois o autor não se cercou das cautelas necessárias quando da realização do negócio que alega fraudulento.*

Já decidiu esta E. Corte:

Ação de obrigação de fazer e indenização por danos materiais. Compra de veículo em leilão eletrônico. Estelionato praticado por terceiros. Demanda proposta pela vítima em face também da instituição financeira, recebedora do pagamento. Sentença de procedência. Autor vítima de estelionato. Alegação de responsabilidade objetiva do banco apelado. Ausência de vínculo causal. Recurso provido, com observação. Não há como imputar responsabilidade à instituição financeira no alegado prejuízo noticiado na inicial. O autor não adotou as cautelas devidas para realização do negócio, em anúncio veiculado pela "internet" para venda de veículo (leilão eletrônico), que reclama prudência, e fez transferência bancária na conta indicada pelo estelionatário. O banco recebedor em nada contribuiu pelos prejuízos suportados em razão do negócio malsucedido. O liame causal deve ser demonstrado com segurança, não socorrendo invocação simplista de responsabilidade objetiva da instituição financeira, sendo o pedido de bloqueio posterior à liberação de numerário. Assim, a única solução possível é a improcedência da ação de indenização em face do banco. (TJSP; Apelação Cível 1103243-36.2020.8.26.0100; Relator (a): Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/05/2021; Data de Registro: 06/05/2021)

Ação de reparação de danos materiais. Sentença de improcedência. Apelação da do autor. Fraude perpetrada por terceiros. Aquisição de veículo em leilão digital. Fraude. Transferência na quantia de R$ 23.940,00. Culpa exclusiva da vítima. Inteligência do art. 14, § 3º, II, do CDC. Responsabilidade objetiva da instituição bancária afastada. Inaplicabilidade da Súmula 479 do STJ, porque não se trata de fortuito interno. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, adotados nos moldes do art. 252 do RITJSP. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1048183-81.2020.8.26.0002; Relator (a): Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro

Acesso ao Sumário

Regional II - Santo Amaro - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/04/2021; Data de Registro: 30/04/2021)

Ação de reparação de danos materiais. Sentença de improcedência. Apelação da do autor. Fraude perpetrada por terceiros. Aquisição de veículo em leilão digital. Fraude. Transferência na quantia de R$ 23.940,00. Culpa exclusiva da vítima. Inteligência do art. 14, § 3º, II, do CDC. Responsabilidade objetiva da instituição bancária afastada. Inaplicabilidade da Súmula 479 do STJ, porque não se trata de fortuito interno. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, adotados nos moldes do art. 252 do RITJSP. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1048183-81.2020.8.26.0002; Relator (a): Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/04/2021; Data de Registro: 30/04/2021)

Por conseguinte, não há qualquer responsabilidade do apelado e assim imperiosa a manutenção da r. sentença tal como lançada.

Em atendimento ao disposto no art. 85, § 11 do CPC, eleva-se a verba honorária para 12% sobre o valor atualizado da causa.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 4004541-97.2013.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante METRO 4 CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO GOLDEN SEVEN.

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 27.232)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), CLAUDIO HAMILTON e CARMEN LUCIA DA SILVA.

São Paulo, 25 de junho de 2021.

HUGO CREPALDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - DESPESAS CONDOMINIAIS - Insurgência da requerida contra sentença de total procedência - Alegação de que o adquirente teria dado causa à sua não

imissão na posse no imóvel, por inadimplência de valores relativos à aquisição do imóvel - Entendimento consolidado do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a responsabilidade da vendedora pelas despesas condominiais apenas pode ser afastada em caso de imissão na posse do adquirente e ciência inequívoca do condomínio acerca da transação - No caso dos autos, condomínio que ajuizou ação inicialmente contra adquirente - Adquirente, por sua vez, que comprovou nunca ter sido imitido na posse, de modo que nunca firmou relação jurídica material com o imóvel - Permanece, portanto, a responsabilidade da vendedora pelas despesas condominiais - Correquerido acertadamente excluído do feito pelo Juízo "a quo" - Imperiosa a manutenção da r. sentença impugnada - Negado provimento.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta por **METRO 4 CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.**, nos autos da ação de cobrança que lhe move **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO GOLDEN SEVEN**, objetivando a reforma da sentença (fls. 501/504) proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Gilberto Vasconcelos Pereira Neto, que julgou procedente a ação para condenar o réu ao pagamento das despesas de condomínio pelo valor de R$ 6.850,25 (seis mil oitocentos e cinquenta reais e vinte e cinco centavos), monetariamente corrigido desde a propositura da ação e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação. Sucumbente, arcará o réu com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios na fração de 10% sobre o valor total da condenação, monetariamente corrigidos até a efetiva quitação.

Apela a ré (fls. 511/520), sustentando que o corréu excluído da lide teria adquirido o bem através de instrumento de cessão. Afirma que com o registro da aquisição do imóvel teria nascido para o adquirente a obrigação de pagamento de taxas relativas aos IPTUs, assim como taxas condominiais e outras inerentes ao imóvel. No entanto, o adquirente não teria realizado o pagamento integral do preço do imóvel, mesmo assim pretenderia receber as chaves do imóvel. Alega que foi a inadimplência do corréu excluído que teria levado à sua não imissão na posse do imóvel. Subsidiariamente, afirma que o débito deveria ser delimitado à data em que o requerido excluído da lide tomou posse do imóvel objeto da controvérsia.

Acesso ao Sumário

Apresentadas contrarrazões (fls. 525/530), o apelo foi recebido no duplo efeito.

É o relatório.

As prestações condominiais consistem no valor pago pelo condômino, na proporção de sua quota-parte, para a conservação, sustento e adimplemento das despesas atinentes às áreas comuns do condomínio edilício. Possuem previsão legal expressa no artigo 1.336, I do Código Civil, bem como no texto do artigo 12 da Lei 4.591/64, que dispõe sobre a propriedade indivisa em edificações e incorporações imobiliárias, traduzindo-se em verdadeiro dever legal imposto àquele que exerce domínio sobre a unidade condominial.

Desta feita, nascem para o devedor exclusivamente em razão do direito real exercido sobre o bem, configurando, portanto, verdadeira modalidade de obrigação *propter rem*. Sobre o tema, válidas as palavras do Eminente Desembargador Celso Pimentel:

> *"A obrigação de pagar despesa de condomínio resulta da propriedade sobre o bem: propter rem. Quem deve é a coisa, metáfora para dizer que quem deve é o dono, cujo nome não importa tanto, porque a garantia da dívida assenta-se sobre a própria coisa. Em outras palavras, não interessa a pessoa de quem gerou as despesas. A obrigação, no caso, é chamada ambulatória que é aquela que acompanha a coisa independentemente de seu titular, ou de seu compromissário comprador, cuidando-se de espécie de obrigação mais real do que pessoal." (in "Condomínio Edilício aspectos relevantes e aplicação do novo Código Civil", Editora Método, p. 254/255)*

Desta feita, tratando-se de uma obrigação *propter rem*, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que tais verbas podem ser exigidas em face de qualquer um daqueles que possua relação jurídica direta com o imóvel, tais como proprietário, promissário comprador ou possuidor, isolada ou conjuntamente, cabendo ao credor eleger aquele que mais prontamente possa responder pelo débito em respeito ao interesse da coletividade do condomínio, que se vê diariamente prejudicada e injustamente onerada em razão do condômino inadimplente.

Na mesma linha, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"Os negócios jurídicos inter vivos não são hábeis para transferir o domínio do imóvel, exigindo o nosso sistema jurídico o efetivo registro do negócio na entidade imobiliária registral própria. Admite-se, entretanto, também, seja acionado o compromissário comprador do imóvel, ou aquele que se identifica como dono e que já se fez conhecer no condomínio como alguém que exerce posse de dono sobre o imóvel. O condomínio, nessa última hipótese, assume o risco de ser impedido de excutir a propriedade que consta registrada em nome de outrem pela dívida não paga. O ideal*

Acesso ao Sumário

é que, diante da eventualidade de se apresentar como dono, perante o condomínio, alguém que não consta como tal do registro imobiliário, ambos sejam acionados, para que se forme em favor da massa título executivo contra os dois." (in "Código Civil Comentado", 7ª Ed., Editora RT, p. 1022)

Em sede de Recurso Especial repetitivo, porém, o Superior Tribunal de Justiça fixou uma limitação a esse entendimento: apesar da concordância com que afirmamos no sentido de que a configuração da responsabilidade pelas despesas condominiais é justificada pela relação jurídica material com o imóvel, deixa de ter responsabilidade o promitente vendedor a partir da imissão na posse pelo adquirente, e desde que o condomínio tenha ciência dessa realidade:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONDOMÍNIO. DESPESAS COMUNS. AÇÃO DE COBRANÇA. COMPROMISSO DE COMPRA EVENDA NÃO LEVADO A REGISTRO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROMITENTE VENDEDOR OU PROMISSÁRIO COMPRADOR. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. IMISSÃO NA POSSE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firmam-se as seguintes teses: a) O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação. b) Havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. c) Se ficar comprovado: (i) que o promissário comprador se imitira na posse; e (ii) o condomínio teve ciência inequívoca da transação, afastase a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador. 2. No caso concreto, recurso especial não provido. (REsp 1345331/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/04/2015, DJe 20/04/2015)

In casu, entendo que a requerida não comprovou a efetiva imissão na posse do adquirente, que foi acertadamente excluído da lide pelo Juízo a quo e substituído pela requerida. Como bem sedimentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, para que a responsabilidade do vendedor seja afastada, é necessário que o adquirente seja imitido na posse e que o condomínio tenha ciência inequívoca da transação.

Acerca da transação, é certo que o condomínio já tinha ciência, uma vez que demandara o adquirente. No entanto, este comprovou que jamais fora imitido na posse, de maneira que a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais permanece da requerida. Ainda que o adquirente não tenha sido

Acesso ao Sumário

imitido na posse por inadimplemento das parcelas referentes à aquisição do imóvel, tal fato repercute sobre a relação negocial de compra e venda, comente.

O liame jurídico material com o imóvel permanece ocorrendo com a requerida, uma vez que não houve a imissão na posse do comprador, devendo as partes resolverem as questões referentes à compra e venda e à efetiva imissão na posse por via própria. O que não se pode admitir é que o adquirente sem relação jurídica material com o imóvel arque com a responsabilidade pelo pagamento de dívida condominial, o que estaria em afronta direta à jurisprudência firmada do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, levando-se em consideração o trabalho adicional realizado em grau recursal pelo patrono da parte vencedora, bem como os parâmetros estabelecidos pelo art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, notadamente o grau de zelo profissional, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para 15% do valor da condenação, conforme preceitua o § 11 deste mesmo dispositivo.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1012173-75.2019.8.26.0001/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante VANDERLEIA LEITE DE ALMEIDA, são embargados HORIZONTES ASSESSORIA EM VIAGENS E TURISMO LTDA. e WELLINGTON FONSECA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeito modificativo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40070)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA e CARLOS ALBERTO LOPES.

São Paulo, 3 de maio de 2021.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de declaração - Limitação da via que se destina a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado - Efeitos infringentes de caráter excepcional que exigem a ocorrência dos vícios elencados no artigo 1.022 do CPC - Hipótese configurada tão somente em relação à fixação de honorários recursais - Majoração da verba honorária - Artigo 85, §11, do CPC - Possibilidade.

Embargos acolhidos em parte, sem efeito modificativo.

VOTO

Vistos.

Embargos de declaração opostos contra o v. acórdão de fls. 359/363, que negou provimento ao recurso de apelação.

Alega a embargante omissão quanto à "*... fixação dos honorários recursais, e/ou majoração da verba honorária fixada em Primeira Instância, para 20% do valor atualizado da condenação, com a incidência de juros e correção monetária, nos termos do artigo 85, §11, do CPC, e ainda condenação dos embargados ao pagamento/restituição de custas e despesas processuais, conforme dispõe o artigo 82, §2º, do CPC*" (fls. 01/05).

Recurso recebido, processado e sem resposta (fls. 09).

É o relatório.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em sua conhecida obra sobre o CPC/1973, 3ª edição, Editora RT, p. 781, "*os embargos de declaração 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. Como regra, não tem caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado. Não mais cabem quando houver dúvida na decisão (CPC 535 I, redação da L 8950/94 1º)*".

Excepcionalmente, tal recurso pode ter caráter infringente, "*quando utilizados para: a) correção de erro material manifesto; b) suprimento de omissão; c) extirpação de contradição*" (autores e obra citada, p. 782).

Quanto aos honorários recursais, assiste razão à embargante, e, constatado o equívoco, de rigor o acolhimento parcial dos embargos, com o que se passa à análise das questões suscitadas.

Nos termos da r. sentença de Primeiro Grau, a ação fora julgada parcialmente procedente, condenadas as partes, ante a sucumbência recíproca, ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, cada qual, bem como

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação, na forma dos artigos 85, §2º, e 86, ambos do CPC (fls. 300/304).

Com efeito, em relação aos honorários recursais, somente é cabível referida majoração quando o recurso não for provido ou não conhecido, tendo em vista que, como se sabe, o objetivo da norma é justamente desestimular a interposição de recursos infundados e protelatórios.

Confira-se: "*A majoração da verba honorária sucumbencial recursal, prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015, pressupõe a existência cumulativa dos seguintes requisitos: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.03.2016, data de entrada em vigor do novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou não provido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso*" (STJ, Jurisprudência em Teses, Edição nº 129, item 4).

Ademais, segundo entendimento do C. STJ, a sucumbência recíproca, por si só, não impede a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência em sede recursal: "*Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial. Processual civil. Honorários recursais. Sucumbência recíproca. Viabilidade. Majoração nos termos dos §§ 8º e 11 do art. 85 do CPC/2015. Agravo interno parcialmente provido.*" (AgInt nos EDcl no AREsp 1546944/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/04/2021, DJe 22/04/2021).

Daí, e como não provido o apelo, de rigor a fixação de honorários advocatícios recursais, nos termos do artigo 85, §11, do CPC, com a majoração em 2% da verba honorária anteriormente arbitrada em favor do patrono da embargante (fls. 300/304).

No mais, relativamente à pretensão de redistribuição da sucumbência, com a "*... condenação dos embargados ao pagamento/restituição da integralidade das custas e despesas processuais*" despendidas pela recorrente, inexiste omissão ou contradição a ser sanada, devendo ser observado o quanto estabelecido na sentença, considerando-se a mantença da referida decisão pelo acórdão embargado, e que a matéria em questão sequer fora devolvida à apreciação do juízo '*ad quem*'.

Por fim, anote-se que, apesar de acolhidos parcialmente para sanar a omissão apontada, os presentes embargos não apresentam efeito modificativo sobre o resultado da demanda estabelecido no julgamento do recurso de apelação.

Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeito modificativo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1008661-10.2021.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ALBETRONIO DE JESUS MELO (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado ITAPEVA XI MULTICARTEIRA FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª 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 20.367)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO GOSSON (Presidente), CAMPOS MELLO e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 2 de junho de 2021.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO: INEXISTÊNCIA. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO. TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS PELAS PARTES FORAM EXPRESSAMENTE ANALISADAS E DECIDIDAS. A INSURGÊNCIA QUANTO AO RESULTADO DO JULGAMENTO DEVE SE DAR PELAS VIAS RECURSAIS TÍPICAS.

A JURISPRUDÊNCIA É PACÍFICA QUANTO AO ENTENDIMENTO DE QUE O JULGADOR NÃO ESTÁ ADSTRITO A REBATER TODOS OS PONTOS LEVANTADOS NO PROCESSO DEVENDO SE CINGIR ÀQUELES QUE REALMENTE IMPORTAM, DENTRO DA SUA CONVICÇÃO, PARA A CORRETA SOLUÇÃO DO LITÍGIO DENTRO DAS BALIZAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO. ADOÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.

EMBARGOS REJEITADOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão de fls. 179/183 daqueles autos, que negou provimento ao recurso de apelação interposto, sob o fundamento de, em suma, omissão quanto à ausência de demonstração da origem do débito pelo banco.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Devem ser rejeitados os embargos.

Não há omissões, contradições ou obscuridades a serem sanadas. Pretende o embargante, em verdade, rediscutir a matéria já julgada, o que não é adequado para essa via recursal.

Todas as questões levantadas pelo embargante foram devidamente apreciadas e julgadas pelo acórdão, não havendo qualquer razão para o acolhimento da irresignação oposta.

Com efeito, lá foi assinalado que a requerida demonstrou a origem do débito que embasou a inscrição perante os órgãos de proteção ao crédito, tendo em vista o contrato assinado pela autora às fls. 54/55, bem como as faturas de fls. 57/67, que evidenciam, de modo pormenorizado, a quantificação do saldo devedor.

Vale dizer, por outro lado, que a jurisprudência é pacífica quanto ao entendimento de que o julgador não está adstrito a rebater todos os pontos levantados no processo, devendo cingir-se àqueles que realmente importam, dentro da sua convicção, para a correta solução do litígio dentro das balizas do ordenamento jurídico.

"A despeito da redação do art. 489, § 1º, do CPC, não houve substancial modificação na ideia de que 'o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos colacionados pelas partes para expressar o seu convencimento, bastando, para tanto, pronunciar-se de forma geral sobre as questões pertinentes para a formação de sua convicção', de modo que, 'desde que os fundamentos adotados sejam bastantes para justificar o concluído na decisão, o órgão jurisdicional não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos utilizados pela parte' (STJ, AgRg no Ag nº 738.892/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma; AgRg no REsp nº 783.856/GO, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma; AgRg no REsp nº 259141, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma; AgRg no Ag nº 186.231, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma).

É dizer: 'a função do julgador é decidir a lide e apontar direta e objetivamente os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, ao contrário do que sucede com os peritos judiciais, que respondem individualmente aos quesitos ofertados nos autos' (TJSP, Apelação nº 0007163-87.2009.8.26.0625; 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Maia, com invocação de precedentes: STF, 1ª Turma, ED no Ag.Reg. no RE nº 739.369/SC, Rel. Min. Luiz

Acesso ao Sumário

Fux; STF, 2ª Turma, Ag.Reg. no RE nº 724.151/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 383.837/RS, Rel. Min. Humberto Martins; e STJ, 3ª Turma, AgRg no Resp nº 354.527/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti).

Frisa-se que 'Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante' (Enunciado nº 12 aprovado no Seminário 'O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil', organizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ENFAM).

Além disso, recorda-se que 'A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa' (Enunciado nº 10 aprovado no Seminário 'O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil', organizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ENFAM).

Convém ainda acentuar que 'O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios' (Enunciado nº 13 aprovado no Seminário 'O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil', organizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM).

Em paralelo, lembra-se que 'a contradição que autoriza os embargos declaratórios é a interna, entre as proposições da própria decisão, ou seja, é aquela existente entre a fundamentação e o dispositivo, relatório e fundamentação, dispositivo e ementa ou ainda entre seus tópicos internos' (STJ, EDcl no AREsp 169.105/RS, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão) 'e não aquela decorrente do confronto entre o decisum e disposições legais ou argumentos da parte. Acaso a hipótese seja essa última, o recurso cabível é outro' (TJSP, ED na Apelação nº 0018690-12.2012.8.26.0114/50000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. João Carlos Garcia.

Desse modo, relembra-se sempre para evitar o reconhecimento de embargos de declaração como mecanismo de protelação que nesse tipo de recurso, 'não se pede que se redecida; pede-se que se reexprima' (PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VII, Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 400) e diante do que se contém no art. 1.022 do Código de Processo Civil, somente são admissíveis quando destinados a obter pronunciamento tendente a eliminar omissão, obscuridade ou contradição interna do provimento jurisdicional" (Decisão do Juiz Leandro de Paula Martins Constant, da 16ª Vara Cível, Foro Central, em Embargos de Declaração, proc. Nº 1124818-71.2018.8.26.010, DJe 1.3.2019).

Em suma, pretende o embargante revolver as questões debatidas e enfrentadas no julgado, o que escapa do âmbito dos embargos de declaração.

Quanto ao intuito de prequestionamento para alçada ao Superior Tribunal

Acesso ao Sumário

de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal, considere-se que o objetivo primordial é que os Tribunais Superiores não se vejam às voltas para tratar de matéria que não foi decidida nas instâncias inferiores, *questão* que assume relevância maior se tratar de tema que não se reveste da categoria de 'ordem pública'. Entre os posicionamentos possíveis e encontrados na jurisprudência das Cortes Superiores, Rodolfo de Camargo Mancuso parece advogar a corrente moderada, segundo a qual é admissível o 'prequestionamento implícito':

"Atualmente, o prequestionamento da matéria devolvida ao STF e ao STJ por força dos recursos extraordinário e especial há que ser entendido com temperamento, não mais se justificando o rigor que engendrou, no STF, a emissão das Súmulas 282, 317, 356 e, no STJ, as Súmulas 98, 211, 320. Desde que se possa, *sem esforço*, aferir no caso concreto que o objeto do recurso está razoavelmente demarcado na instância precedente, cremos que é o bastante para satisfazer essa exigência que, de resto, não é excrescente, mas própria dos recursos de tipo excepcional, malgrado não conste, às expressas, nos permissivos constitucionais que os regem. É que os Tribunais Superiores, não se constituindo em '3ª ou 4ª instâncias', apenas conhecem da matéria jurídica bem delineada na extensão e compreensão do que lhes foi devolvido pelo recurso de tipo excepcional. Por outras palavras, a tais Cortes não se aplicam os brocardos *iura novit curia e da mihi factum, dabo tibi jus*, próprios do Juízos de primeiro grau e dos Tribunais de grande instância (TJ's; TRF's), que conhecem da matéria jurídica e de *fato*. Assim, desde que o tema federal ou constitucional tenha sido agitado, discutido, tornando-se *res dubia* ou *res controversa* (RTJ 109/371), cremos que ele estará prequestionado" (Rodolfo de Camargo Mancuso. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 14ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 320-321).

Em sequência, arremata que:

"Nessa linha *moderada*, que, como antes dissemos, nos parece o melhor caminho a seguir, há diversas decisões do STJ, conforme dá notícia o Min. Athos Gusmão Carneiro: 'A orientação firmada no Superior Tribunal de Justiça, em sessão plenária, foi no sentido de que o prequestionamento implícito 'consiste na apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento *implícito*. São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada' (REsp 155.621, Corte Especial, v.u., rel Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 02.06.1999)'. Ao propósito, decidiu o STJ: 'Esta Corte admite o prequestionamento implícito dos dispositivos tidos por violados, desde que a tese debatida no apelo nobre seja expressamente discutida no Tribunal de origem, o que não ocorreu na hipótese.' (AgInt no AREsp 1159407, rel. Min. Marco Buzzi, j. 27.02.2018, DJ 27.02.2018).

Acesso ao Sumário

Nessa linha decidiu a 2ª Turma do STJ, relatora a Min. Eliana Calmon: 'O prequestionamento implícito é admitido, desde que a tese defendida no especial tenha sido efetivamente apreciada no Tribunal recorrido à luz da legislação federal indicada'. Há outros arestos que perfilham essa exegese moderada (REsp 672.615, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 01.03.2007, DJ19.03.2007, p. 383; REsp769.249, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 13.02.2007, DJ 12.03.2007, p. 203) [...]" (*Ibid*., pp. 322-323).

Do que se depreende a forte tendência para se mitigar o formalismo estrito, que a rigor, nada contribui para a finalidade do instituto, que é o de deixar patente a discussão e decisão acerca da temática específica que se pretende ver solucionada pelas Cortes Superiores, independentemente de se constatar a descrição do dispositivo legal no bojo do acórdão, descrição esta, que muito bem pode apenas refletir uma mera citação *a latere*, às vezes, perdida, sem maiores consequências para o fulcro da questão efetivamente debatida.

Ante o exposto, **rejeitam-se os embargos**.

É como voto.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Cível nº 2057321-27.2021.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que é impetrante DANIEL HENRIQUE JACOMELLI, Pacientes WILIANS ALVES PAIVA e CELIA MARIA PEREIRA PAIVA, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4. VARA CÍVEL DO FORO DE BRAGANÇA PAULISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado 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 31765)**

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

São Paulo, 21 de junho de 2021.

CAUDURO PADIN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Habeas corpus contra decisão que suspendeu a CNH dos pacientes. Não cabimento de habeas corpus. Não se vê violação ao direito de ir e vir. Remédio inapropriado. Precedentes. Habeas corpus denegado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de habeas corpus contra decisão de fls. 156/ 157 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4 ª Vara Cível do Foro de Bragança Paulista, que, em ação de execução de título extrajudicial contra devedor solvente, deferiu o pedido de suspensão da CNH dos pacientes.

Sustenta, em breve síntese, que a medida coercitiva prevista no art. 139, inciso IV, do CPC somente pode ser utilizada em casos excepcionais como dívidas oriundas de ilícito civil e penal; que cabe o remédio constitucional previsto no art. 5º, LXVII da CF; que foram revéis; que houve determinação de suspensão da CNH de ofício; que há violação ao art. 9 º do Pacto de São José da Costa Rica; que já precluiu o prazo para interposição do agravo, por isso, cabe HC; que estão impedidos de se locomover desde agosto de 2018; que há violação à liberdade de locomoção.

A liminar foi indeferida (fls. 38).

Prestadas as informações às fls. 43/46.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 50/65 opinando pela denegação da ordem ou não conhecimento do habeas corpus.

É o relatório.

Depreende-se dos autos da execução que os pacientes foram devidamente citados pelo oficial de justiça e não foram encontrados bens passíveis de penhora.

Diante deste cenário, o exequente pleiteou a suspensão da CNH e suspensão do uso de todos os cartões de créditos/débitos dos executados, o que foi deferido pelo juízo originário.

Não tendo apresentado defesa e sem terem constituído advogado, os pacientes não agravaram da decisão, posto não terem sido intimados.

Cinge-se a controvérsia em apurar o cabimento do Habeas Corpus a fim de desconstituir a decisão acerca da suspensão da CNH dos pacientes.

Sem adentrar no mérito acerca das possibilidades de medidas coercitivas conferidas pelo inc. IV, do art. 139, do CPC e da efetividade acerca da medida, o fato é que não cabe habeas corpus contra tal decisão, inexistente violação ao direito de ir e vir dos executados, até porque podem fazer uso de outros meios de

Acesso ao Sumário

locomoção, como por exemplo, transportes públicos, aplicativos etc.

Confira- se o que diz o E. STJ a respeito:

"*(...) A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do habeas corpus, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza. 12 . Recurso ordinário parcialmente conhecido*" (RHC 97.876/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018).

"*(...) A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem orientação no sentido de que é inadequada a utilização do habeas corpus quando não há, sequer remotamente, ameaça ao direito de ir e vir do paciente, como na hipótese de restrição ao direito de dirigir veículo automotor. 3 . O Habeas Corpus não é sucedâneo do recurso adequado. 4. Habeas corpus não conhecido*" (HC 411.519/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 03/10 /2017).

Merece destaque o que disse a douta Procuradoria Geral de Justiça:

"*Destarte, a pretensão esposada na inicial não deve e não pode ser resolvida por habeas corpus, que é remédio constitucional que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de i legalidade ou abuso de poder, não podendo, entretanto, servir indiscriminadamente para o exame de toda e qualquer situação fático-jurídica (art. 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal).*

(...) No caso, não se trata de situação que envolva qualquer violência ou coação na liberdade de locomoção do paciente."

E não foi demonstrada uma situação excepcional que caracterizasse verdadeira violação ao direito de ir e vir e que tal direito não pudesse ser exercido por outros meios, como já ressaltado.

Ante o exposto, o meu voto denega a ordem.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2090723-02.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ZAIDA FRANCISCO MARTHA E OUTROS, MARIA DENISE GARCIA, ELISABETE PETCOV FURUGUEM, PATRICIA CRISTIANE FIGLIA, DENISE GARDEZANI SAGGIOMO, CLEUSA TASSE ALVES, CLAUDIA BAPTISTA VIEIRA MONTEIRO, MARIA JOSÉ PAIS BRITO, MARIA JOSÉ GIMENES, MARIA DE FÁTIMA GOMES FERNANDES FERREIRA, RODRIGO RODRIGUES DOS SANTOS, ROSANA APARECIDA GEBARA, REGINA CELIA DOS SANTOS, SILMARA ESTRECHECA FERREIRA, SILVANA EUGENIO DOS SANTOS RAMOS, SILVANA HESPANHOLI CEREZINI, WELLINGTON ALVES SOARES, VALÉRIA BEZERRA DA SILVA CAMPOS, VALDECI SANTIAGO DE SOUZA, SONIA PASSARELLO, SONIA MARIA MUNHÓES ROMANO, SELMA TAVARES CORREA OLIVEIRA, IZILDA APARECIDA GIELIO, MARIA APARECIDA DE SOUZA, CONCEIÇÃO ROSA PEREIRA, ELIANA SOUZA DE JESUS FRANCO, BENEDITO EDSON FARTO, DEBORA NASCIMENTO FIGUEIREDO, ELENICE PIERINA DE PRINCE e ALEXANDRA ALVES DOS SANTOS, é agravado 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.233)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente sem voto), TERESA RAMOS MARQUES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 7 de maio de 2021.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Servidores estaduais. Adicional por tempo de serviço. Base de cálculo. Incidência sobre gratificação por atividade de magistério e adicional de qualificação. CF, art. 37,

XIV. Impossibilidade. – O art. 2º e parágrafo único da LCE nº 977/05 prevê que o valor da gratificação por atividade de magistério é de 15% sobre a retribuição mensal do servidor, na qual se inclui o adicional por tempo de serviço; e o art. 37-B da LCE nº 1.111/10 estabelece que o adicional de qualificação incide sobre os vencimentos brutos equivalentes à base de contribuição previdenciária, que também engloba o adicional por tempo de serviço. Assim, tendo em vista que ambas as vantagens adotam o adicional temporal em sua base de cálculo, o quinquênio não pode incidir sobre elas, sob pena de inconstitucionalidade por afronta ao art. 37, XIV da CF. No mais, o acórdão é claro ao prescrever que "os adicionais temporais incidem sobre os vencimentos integrais, excluídas apenas as vantagens eventuais (como diárias, auxílio transporte) e as que o tenham em sua base de cálculo (como a sexta parte)", não havendo que se falar em violação à coisa julgada. – Agravo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls. 922/925, aqui fls. 125/127 que determinou a exclusão da Gratificação por Atividade de Magistério e do Adicional de Qualificação da base de cálculo dos quinquênios. Os agravantes alegam que a sentença, mantida pelo Tribunal, julgou procedente a ação para determinar o recálculo dos quinquênios sobre todas as vantagens que não estão sofrendo a devida incidência, excluídas só as vantagens eventuais; o Adicional de Qualificação é vantagem nitidamente permanente; a Gratificação por Atividade de Magistério é vantagem genérica e de caráter permanente, que se incorpora aos vencimentos; a questão já foi amplamente discutida no processo, estando coberta pela coisa julgada; cita precedentes. Pede o provimento do agravo.

2. Cuidam os autos de cumprimento da sentença de fls. 237/247 (aqui fls. 86/96), que julgou a ação procedente para reconhecer o direito dos autores ao recebimento do adicional por tempo de serviço sobre seus vencimentos integrais, bem como para condenar o Estado no pagamento das diferenças decorrentes e não prescritas, com correção pela tabela prática deste Tribunal até 25-3-2015, a partir de quando deverá ser aplicado o IPCA-E, e acrescidas de juros moratórios a partir da citação, nos termos da LF nº 11.960/09. A Câmara, por unanimidade, desproveu o recurso oficial e do Estado, e proveu o recurso dos autores para determinar que as diferenças sejam corrigidas monetariamente pela Tabela Prática deste Tribunal desde quando os pagamentos deveriam ter sido realizados (fls.

Acesso ao Sumário

290/302, aqui fls. 97/109). O juiz determinou a exclusão da Gratificação por Atividade de Magistério e do Adicional de Qualificação da base de cálculo dos quinquênios (fls. 922/925, aqui fls. 125/127); contra essa decisão vem o agravo.

3. A LCE nº 977/05, que institui a Gratificação por Atividade de Magistério, prevê que:

> **Art. 2º** - O valor da Gratificação instituída por esta lei complementar corresponde à importância resultante da aplicação do percentual de 15% (quinze por cento) sobre a retribuição mensal do servidor.
>
> **Parágrafo único**. Para os fins do disposto neste artigo, considera-se retribuição mensal o somatório dos valores percebido pelo servidor a título de Salário Base ou Carga Horária de Trabalho, Carga Suplementar, Prêmio de Valorização, instituído pela Lei Complementar nº 809, de 18 de abril de 1996, Gratificação por Trabalho Educacional, de que trata a Lei Complementar nº 874, de 4 de julho de 2000, Gratificação Geral, instituída pela Lei Complementar 901, de 12 de setembro de 2001, Gratificação Suplementar, instituída pela Lei Complementar nº 957, de 13 de setembro de 2004, e, quando for o caso, o adicional por tempo de serviço e a sexta-parte.

Por sua vez, a LCE nº 1.111/10, que institui o Plano de Cargos e Carreiras dos servidores do Tribunal de Justiça do Estado, dispõe que:

> **Artigo 37-B –** O Adicional de Qualificação - AQ incidirá sobre os vencimentos brutos equivalentes à base de contribuição previdenciária do cargo em que o servidor estiver em exercício, da seguinte forma: **I** – 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento), em se tratando de título de Doutor; **II** – 10% (dez por cento), em se tratando de título de Mestre; **III** – 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento), em se tratando de certificado de Especialização; **IV** – 5% (cinco por cento), em se tratando de diploma de graduação em curso superior.

4. Como se vê, o valor da gratificação por atividade de magistério é de 15% sobre a retribuição mensal do servidor, na qual se inclui o adicional por tempo de serviço; e o adicional de qualificação incide sobre os vencimentos brutos equivalentes à base de contribuição previdenciária, que também engloba o adicional por tempo de serviço. Assim, tendo em vista que ambas as vantagens adotam o adicional temporal em sua base de cálculo, os quinquênios não pode incidir sobre elas, sob pena de inconstitucionalidade por afronta ao art. 37, XIV da CF, segundo o qual "os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores".

Por fim, observo que os autores (trinta servidores) pediram na inicial o recálculo dos adicionais por tempo de serviço sobre todas as vantagens pecuniárias que não estão sofrendo a devida incidência (fls. 1/17, aqui fls. 11/27). O pedido não especifica as vantagens e o acórdão, que reformou parcialmente a

Acesso ao Sumário

sentença, é claro ao prescrever que "os adicionais temporais incidem sobre os vencimentos integrais, excluídas apenas as vantagens eventuais (como diárias, auxílio transporte) e as que o tenham em sua base de cálculo (como a sexta parte)", não havendo que se falar em violação à coisa julgada. A decisão está correta e deve ser mantidas por seus próprios fundamentos.

O voto é pelo desprovimento do agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2081411-02.2021.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante ANA PAULA SAMUEL RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado MUNICÍPIO DE VERA CRUZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.236)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente), ALIENDE RIBEIRO e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 7 de maio de 2021.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – COVID-19 – Pretensão da agravante, ocupante do cargo de Ajudante Geral I, de suspensão da obrigatoriedade das suas atividades presenciais em razão dos riscos relacionados à pandemia para as pessoas enquadradas no grupo de risco – Liminar indeferida – Decisório que merece subsistir – Revisão pelo juízo de segundo grau do deferimento ou indeferimento da liminar adstrito às hipóteses de decisões ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável – Hipóteses não configuradas no presente caso – Ausência dos requisitos legais para a concessão da liminar – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ANA PAULA SAMUEL RIBEIRO, contra a r. decisão de fls. 25/29, na qual, no bojo da ação de obri-

Acesso ao Sumário

gação de fazer com pedido de tutela antecipada autuada sob o no 1005390-37.2021.8.26.0344, ajuizada em face do MUNICÍPIO DE VERA CRUZ, o Juízo *a quo* indeferiu o pedido de antecipação da tutela de urgência consistente na suspensão das atividades presenciais da servidora até a sua efetiva vacinação, ou, subsidiariamente, enquanto perdurar a fase laranja ou vermelha do Plano São Paulo para o enfrentamento da pandemia de Covid-19.

Irresignada, sustenta ANA PAULA SAMUEL RIBEIRO, em síntese, que se enquadra no grupo de risco por possuir doença inflamatória intestinal (retocolite ulcerativa), atualmente em tratamento imunobiológico. Aduz que a sua manutenção no serviço presencial contraria a saúde pública, em especial nesse momento de pandemia, com o iminente colapso do sistema de saúde. Afirma que estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada como a probabilidade do direito, por ser do grupo de risco e o perigo ao resultado útil do processo, pelo iminente risco de contaminação somada ao iminente colapso do sistema de saúde. Assim, requer o provimento do presente recurso para suspender a obrigatoriedade da atividade presencial até a sua efetiva vacinação ou enquanto perdurar a fase laranja e vermelha do Plano São Paulo.

Agravo tempestivo, ausente pedido liminar e dispensada a resposta da parte contrária (fls. 06/07).

Observado o prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Egrégio Tribunal de Justiça, não houve oposição ao julgamento virtual.

É, em síntese, o relatório.

Bem examinada a questão posta em Juízo, vê-se que a irresignação não comporta provimento, pois examinadas as questões trazidas pela agravante, bem como os fundamentos adotados pelo Magistrado *a quo*, tem-se que a r. decisão de primeiro grau deve mesmo subsistir.

Esta Colenda Câmara de Direito Público tem reiteradamente decidido que a antecipação da tutela é faculdade atribuída ao magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo a concessão de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC/15).

Como destaca Cândido R. Dinamarco:

"Ficam ao critério discricionário do juiz, que ele exercerá prudente e motivadamente em cada caso, a outorga da tutela antecipada total ou parcial...".

Acrescentando o renomado processualista mais adiante que:

"A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o fumus boni juris exigido para a cautelar"

(A Reforma do Código de Processo Civil, págs. 141 e 143).

Em compasso, este Egrégio Tribunal de Justiça também já teve oportunidade de deixar assentado que:

> ***"A tutela provisória de urgência, de natureza cautelar ou antecipada e de evidência, está subordinada, respectivamente, à presença dos requisitos previstos nos artigos 300, 305 e 311 do CPC/15. Ademais, o exame dos pressupostos necessários à concessão da medida excepcional está afeto ao juízo a quo, cabendo a está instância recursal reapreciar a questão, apenas, para verificar se a decisão é teratológica, se foi proferida com abuso de poder ou padece de ilegalidade".***
>
> (TJSP; Agravo de Instrumento 2194012-19.2019.8.26.0000; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Itanhaém - 1ª Vara; Data do Julgamento: 20/01/2020; Data de Registro: 20/01/2020).

E, ainda:

> ***"desaconselhável bulir nas decisões de primeiro grau de jurisdição que concedam ou neguem a antecipação da tutela, salvo quando ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável. Caso contrário, não é prudente que a jurisdição de segundo grau se imiscua no entendimento do Juízo Monocrático, especialmente quando o desfecho a ser dado ao pleito de tutela antecipada está ligado por modo indisfarçável e previsto em lei a influições de ordem subjetiva, na medida em que a concessão depende da verificação de dois fatores inafastáveis, a saber: a existência da prova inequívoca e o convencimento da verossimilhança da alegação (art. 273 do Código de Processo Civil), além da ocorrência dos demais requisitos previstos nos incisos e parágrafos desse dispositivo da lei formal".***
>
> ***"É óbvio que se o Juiz, por mercê dos elementos de convicção que objetivamente lhe sejam presentes, além da valoração personalíssima que forçosamente o incline a entender verossímil o pedido, concluir ser o caso de antecipar a tutela jurisdicional, ele o fará; se não, não".***
>
> ***"Sendo assim, parece desaconselhável que a segunda instância, exceto nas hipóteses especiais já acenadas, esteja a rever o deferimento ou indeferimento antecipatório da tutela, o que decerto poderá turbar o julgamento final da causa, graças à perplexidade que provavelmente resultará da decisão que, em sede de agravo, infirme o desfecho positivo ou negativo a que chegou o Juiz Monocrático, a quem caberá sentenciar o feito"***
>
> (Agravo de Instrumento nº 104.781.4/6-SP, Rel. Ricardo Brancato).

No caso em tela, a decisão, restrita ao indeferimento da tutela antecipada, não se mostra ilegal e tampouco abusiva, porque ao entender não preenchidos

Acesso ao Sumário

os requisitos necessários para a medida de urgência, agiu o Magistrado singular dentro de seu prudente arbítrio, inexistindo qualquer vício na decisão hostilizada a permitir a sua reforma.

De fato, numa análise dos autos contata-se que o laudo médico juntado de fls. 06 dos autos de origem não atesta que a agravante não pode retornar ao seu trabalho presencial em razão da pandemia de Covid-19, mas apenas declara que "é portadora de doença inflamatória intestinal (*Retocolite Ulcerativa) e está em tratamento atualmente com imunobiológico e encontra-se assintomática e em remissão da doença a mais de 2 anos*".

Portanto, não há nos autos demonstração de preenchimento de um dos requisitos exigidos para a concessão da tutela antecipada recursal, qual seja, a probabilidade do direito, o que não autoriza a concessão da medida, já que ausente o elemento necessário apto a afastar a presunção de legitimidade do ato administrativo atacado.

Ademais, no Decreto Municipal no 3.756/21, restou consignado que *"Os serviços administrativos da Prefeitura Municipal irão funcionar com os protocolos de higiene e biossegurança nos horários estabelecidos anteriormente pela Gestão".*

Cumpre destacar que, inexiste nos autos qualquer irresignação da agravante em face do cumprimento dos protocolos de higiene e biossegurança pela Administração Pública Municipal ou da sua ineficácia para a redução dos índices de infecção.

Nessa esteira, o Município de Vera Cruz foi prudente ao determinar no Decreto Municipal no 3.696/20 que os funcionários públicos se submetessem a exames para a detecção do Covid-19 antes de determinar o retorno presencial.

Além disso, como bem pontuou o Juízo *a quo*, *"a decretação da quarentena assim como a retomada gradual dos serviços é medida que invariavelmente está relacionada à discricionariedade administrativa, não cabendo ao Poder Judiciário, salvo em casos de ilegalidade ou flagrante teratologia, reavaliar os critérios de oportunidade e conveniência que foram considerados pelas autoridades estaduais e/ou municipais ao determinar a suspensão ou a reabertura das atividades de cunho essencial ou não essencial.*

Desta feita, a decisão de primeiro grau merece ser confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos, considerando que não há nos autos elementos que permitam o deferimento da medida nessa fase de cognição superficial.

Nesse sentido é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inclusive desta Colenda 1ª Câmara de Direito Público em casos assemelhados:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. INDEFERIMENTO DA TUTELA PRO-

Acesso ao Sumário

VISÓRIA. TUTELA ANTECIPADA. PEDIDO DE LICENCIAMENTO DE SERVIDOR. GRUPO DE RISCO. COVID-19. Não configuração dos requisitos que qualificam a tutela de urgência. Não reconhecimento da consistência da alegação. Servidor afirma que integra grupo de risco em relação ao COVID-19 e quer o afastamento das funções presenciais. Não configuração da excepcionalidade para qualificar o tratamento diferenciado em relação aos demais servidores. Indispensável preservar a igualdade substancial. Tutela provisória indeferida. Decisão mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO".

(TJSP; Agravo de Instrumento 2289134-25.2020.8.26.0000; Relator (a): José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/04/2021; Data de Registro: 13/04/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Pretensão de afastamento sem prejuízo de remuneração em razão de riscos relativos à pandemia Covid-19 – Liminar indeferida – Ausência de requisitos legais – Ausência de documentos que esclareçam a situação jurídica da agravante – Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. É inviável a concessão de medida liminar em mandado de segurança, para determinar afastamento sem prejuízo de remuneração em razão de riscos relativos à pandemia Covid-19, se inexistente prova pré-constituída que esclareça sua situação jurídica perante a Administração".

(TJSP; Agravo de Instrumento 2016033-02.2021.8.26.0000; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Jaú - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2021; Data de Registro: 22/02/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação ordinária – Auxiliar de enfermagem – Licença médica – Afastamento das funções por se enquadrar no grupo de risco para infecção ao Covid-19 – Liminar – Indeferimento – Irresignação – Descabimento – Ausência dos requisitos autorizadores para a concessão da liminar – Decisão que não se mostra teratológica ou revestida de qualquer ilegalidade – Ademais, o risco de irreparabilidade não se mostra latente, o que afasta a verossimilhança e plausibilidade do pedido. Decisão mantida. Recurso desprovido".

(TJSP; Agravo de Instrumento 2157766-87.2020.8.26.0000; Relator (a): Danilo Panizza; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/08/2020; Data de Registro: 31/08/2020).

Assim, não sendo convenientes maiores digressões a respeito da matéria nesta oportunidade, as quais podem ser interpretadas como antecipação do julgamento e supressão de um grau de jurisdição, a decisão impugnada não merece reforma.

Acesso ao Sumário

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).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (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 porque, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037812-13.2021.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é agravante JOÃO MAZIEIRO, é agravado MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PIRES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso, sendo parcialmente favorável o 3º juiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.531)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

REZENDE SILVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – IPTU e CIP – Exercícios de 2005 e 2006 – Insurgência em face de decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade e determinou a liberação do exce-

dente a 30% do valor bloqueado em sua conta bancária – Ilegitimidade passiva – Inexistência de registro do contrato de compra e venda no Registro de Imóveis – Legitimidade do proprietário para responder pela execução – Inteligência do art. 34 do CTN – Súmula 399 do STJ – Nulidade de CDA – Inocorrência – Presentes os requisitos exigidos pelo artigo 202 do CTN e artigo 2º, §§ 5º e 6º da Lei nº 6.830/80 – Título executivo que indica a origem do crédito, a fundamentação legal e o modo de calcular os juros e correção monetária o que possibilitou ao executado o regular exercício do direito de defesa – Prescrição – Inocorrência – Ajuizamento em janeiro de 2008, dentro do prazo prescricional – Valor de R$ 8.604,66 bloqueado, oriundo de aposentadoria – Bem impenhorável, nos termos do art. 833, inciso IV do CPC – Recurso provido em parte, somente para tornar insubsistente a penhora dos valores, com determinação de liberação imediata dos valores ao ora agravante.

VOTO

Vistos.

Trata-se de tempestivo recurso de agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por **JOÃO MAZIEIRO**, por meio do qual objetiva a reforma da decisão copiada a fls. 40/44, integrada pela decisão de fls. 51/52, que rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada por este, deferindo em parte o pedido de desbloqueio de valores, para determinar a liberação do excedente a 30% do valor bloqueado na sua conta bancária.

Em suas razões alega, em suma, que a época do fato gerador a propriedade do imóvel havia sido transferida a terceiro. Realça que o imóvel pertencia a um grupo de pessoas e foi vendido a empresa Marsi Têxtil Indústria e Comércio Ltda., por escritura pública de compra e venda, no ano de 1988. Sustenta a ocorrência de prescrição do crédito tributário. Aduz a nulidade das CDA's, uma vez que nelas consta apenas o agravante, sendo omitido os nomes dos corresponsáveis pela dívida tributária. Afirma que os dados constantes nas CDA's (CPF e endereço residencial, do agravante) estão incorretos. Afirma a impenhorabilidade do valor de R$ 8.604,66 (oito mil, seiscentos e quatro reais e sessenta e seis centavos) existente na conta bancária do agravante, uma vez que advindo de proventos de aposentadoria. Requer a reforma da decisão para extinguir a execução fiscal e imediata liberação dos valores.

Acesso ao Sumário

O pedido de atribuição de efeito suspensivo foi deferido (fls. 67/71).

Contraminuta a fls. 75/82.

É o relatório.

O recurso merece provimento em parte.

Trata-se execução fiscal que visa a cobrança de IPTU e CIP do imóvel situado na Rua Cosmo Rigo, 0, Lote "A", Quadra "área", Centro Ouro Fino Paulista, CCI nº 2000997, dos exercícios de 2005 e 2006 em face de João Maziero e Outros.

O executado João Maziero apresentou exceção de pré-executividade, alegando ilegitimidade de parte passiva, ocorrência da prescrição executiva, nulidade da CDA e impenhorabilidade do valor de R$ 8.604,66.

E se insurge em face de decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade e deferiu em parte o pedido de desbloqueio de valores, para determinar a liberação do excedente a 30% do valor bloqueado na sua conta bancária.

E, com razão em parte.

A exceção de pré-executividade tem cabimento como meio de defesa em execução fiscal, sempre que envolva matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo juiz e que haja prova pré-constituída, sem a necessidade de ampliação da fase instrutória, adotado o entendimento contido na Súmula 393 do STJ, segundo a qual "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória", o que é o caso dos autos.

O agravante alega que alienou o imóvel objeto da execução fiscal em 06.10.1988 a Marsi Têxtil Indústria e Comércio Ltda., juntando escritura de venda e compra (fls. 46/50). Porém não trouxe aos autos nenhuma certidão do registro de imóveis que comprovasse tal transferência.

Dessa forma, o agravante ainda figura como proprietário do imóvel, pois não há como verificar se o compromisso de compra e venda foi ou não levado a registro.

Acesso ao Sumário

Neste sentido veja-se o julgamento do Recurso Especial n. 1.111.202/SP, com repercussão geral, que reconheceu a legitimidade passiva tanto do possuidor (promitente comprador) do imóvel quanto do seu proprietário (promitente vendedor) pelo pagamento do IPTU, nos seguintes termos:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO POSSUIDOR (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO (PROMITENTE VENDEDOR). 1. Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor

a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU. Precedentes: RESP n.° 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18.6.2008; AgRg no REsp 1022614/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 17.4.2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 8.2.2008; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 11.9.2007; REsp 868.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ V.8.2007; REsp 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.2.2006. 3. "Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação" (REsp 475.078/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.9.2004). 4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08" (Relator Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. 10.6.2009, DJ 18.6.2009).

Assim, por força da Súmula nº 399 do Superior Tribunal de Justiça, a qual prevê que "**cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU**", o Município pode eleger o titular do domínio ou o possuidor para figurar como sujeito passivo tributário, a teor do que dispõe o artigo 34 do Código Tributário Nacional, configurando-se legitimidade concorrente.

Esse entendimento guarda coerência com o disposto no art. 123 do Código Tributário Nacional, segundo o qual, salvo expressa disposição de lei em contrário, não se pode opor à Fazenda Pública convenções particulares que modifiquem a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária.

Por isso, sem qualquer comprovação de haver ou não registro do instrumento particular de compromisso de compra e venda junto à matrícula do imóvel, não pode o promitente vendedor invocar a ilegitimidade passiva "ad causam", devendo responder pelo débito.

A certidão de dívida ativa é o documento hábil a comprovar o título executivo fiscal e deve conter os requisitos elencados no artigo 202 do Código Tributário Nacional e parágrafos 5º e 6º do artigo 2º da Lei 6.830/80, para estabelecer a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade.

No caso concreto, as CDA's que instruíram a execução não padecem de qualquer vício de forma, bastando uma simples leitura para se concluir ter ela preenchido os requisitos do artigo 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80. Destaca-se, em especial, a menção à espécie da exação e à legislação aplicável, podendo-se extrair de seus dizeres, pois, sem qualquer dificuldade, o nome do devedor, a origem e a natureza da cobrança.

A certidão aponta, também, a incidência e forma de contagem dos juros,

Acesso ao Sumário

da correção monetária e da multa. Mais não era necessário para a validade do título, convindo lembrar, a propósito, o decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do AI 485.548-RJ-AgRg (1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJU de 19.5.2003), nos seguintes termos:

> **"A nulidade da CDA não deve ser declarada por eventuais falhas que não geram prejuízo para o executado promover a sua defesa. Estando o título formalmente perfeito, com a discriminação precisa do fundamento legal obre que repousam a obrigação tributária, os juros de mora, a multa e a correção monetária, revela-se descabida a sua invalidação, não se configurando qualquer óbice ao prosseguimento da execução".**

Assim, tendo a CDA presunção de validade e de veracidade de seu conteúdo, preenchendo os requisitos legais, não há que se falar em nulidade.

Também não assiste razão ao agravante, quanto a alegação de ocorrência da prescrição, pois a execução cobra débitos dos exercícios de 2005 e 2006 e o ajuizamento foi em janeiro de 2008, dentro do prazo prescricional.

Por fim, o agravante alega que foi bloqueada a importância de R$ 8.604,66 (oito mil, seiscentos e quatro reis e sessenta e seus centavos) em sua conta corrente, que são oriundos de sua aposentadoria (proventos mensais de R$ 3.545,49) e juntou os comprovantes de pagamento do INSS referente janeiro, fevereiro e março de 2019 (fls. 61/63).

Os valores provenientes de salário, aposentadoria, pensão são absolutamente impenhoráveis, nos termos do disposto no art. 833, IV do Código de Processo Civil, o que, a princípio, não admite interpretação que relativize a regra legal e ainda que o crédito esteja disponibilizado em conta corrente, ele não se desnatura.

Dessa forma, é caso de reforma da decisão proferida pela Magistrada "a quo", somente para que se proceda ao desbloqueio total dos valores com expedição da guia de levantamento em favor do ora agravante.

Pelo exposto, meu voto dá provimento em parte ao recurso, somente para tornar insubsistente a penhora dos valores e determinar o seu imediato levantamento, com a entrega do numerário ao ora agravante, mantendo-se no mais, a decisão agravada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2025477-59.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SÃO PAULO, é

agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.818)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 13 de maio de 2021.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. TITULARIDADE DA ÁREA DESAPROPRIADA DEMONSTRADA POR MEIO DA CERTIDÃO DE PROPRIEDADE. LEVANTAMENTO DO PREÇO DO IMÓVEL DESAPROPRIADO QUE DEVE SER DEFERIDO. Diante da comprovação de que a área desapropriada corresponde a uma parte certa, destacada da área maior de imóvel de propriedade da agravante, impõe-se seja autorizado o levantamento do preço depositado. Certidão de propriedade juntada que demonstra de modo inequívoco a propriedade da área maior do imóvel e o desfalque ocorrido em razão da desapropriação, o qual deu origem à matrícula do imóvel desapropriado, como está averbado na transcrição da área maior do imóvel da agravante. Possibilidade de levantamento do preço depositado. Decisão reformada. Recurso provido

VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído da Ação de Desapropriação (nº 0424762-71.1991.8.25.0053), interposto contra a r. decisão de fls. 10/11, proferida pelo **MM. Juiz da Unidade de Processamento das Execuções contra a Fazenda Pública da Comarca da Capital**, que indeferiu o levantamento do valor depositado em favor da agravante.

A Irmandade Santa Casa de Misericórdia interpôs recurso de agravo de instrumento sustentando, em síntese, que sua propriedade está suficientemente comprovada, e modo que faz jus ao levantamento do valor depositado.

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 175/179).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Compulsando os autos, verifica-se que a controvérsia cinge-se na possibilidade de levantamento de valor depositado em virtude de desapropriação de imóvel.

A ação foi proposta pela Municipalidade de São Paulo, objetivando a desapropriação de área de 61.673 m², de modo que a agravante aduz corresponder à parte de uma área maior que tinha o total de 109,5 alqueires, de sua propriedade, adquirida por meio da transcrição 25.161, realizada em 19.04.1901, no 1º Cartório de Registro de Imóveis.

Neste passo, em análise aos elementos dos autos, tem-se que a propriedade da área desapropriada está comprovada por certidão de propriedade como deve ocorrer.

O documento de fls. 130/131, que com a desapropriação foi aberta a matrícula 162.219, do 15º Cartório de Registro de Imóveis, que corresponde à parte certa que foi desfalcada da área maior, com a desapropriação.

Para comprovar que o imóvel desapropriado era parte de maior área de propriedade da agravante, foi juntada a certidão da transcrição do 1º Cartório de Registro de Imóveis, que certificou o desfalque ocorrido por conta da desapropriação, que foi objeto da averbação número 7 feita à margem da transcrição 25.161, onde consta que os imóveis de matrículas 162.219, 174.225, 174.256 e 262.431 foram destacados do imóvel objeto daquela transcrição.

Demonstrada, pois, cabalmente a propriedade da agravante sobre a área maior da qual foi destacada a área desapropriada, objeto da matricula aberta para a nova unidade imobiliária (fls. 140/142).

Ressalte-se, outrossim, que a agravante não alienou, hipotecou ou onerou o imóvel remanescente, que permanece de sua propriedade desde 1901, por força daquela referida transcrição aquisitiva.

Assim, existente prova inequívoca no sentido de que a agravante era a titular do imóvel desapropriado, de rigor o deferimento do levantamento do preço depositado, pois que cumprida rigorosamente a norma do art. 34 do Decreto 3.365/41.

Por tais razões, a r. decisão comporta reparos, devendo ser reformada para o fim de autorizar o levantamento do valor depositado para indenizar a desapropriação de parte do imóvel da agravante, como se verificou ter ocorrido.

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

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e cons-

Acesso ao Sumário

titucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – EDcl no Resp 1662728/RS, Rel. Min. Herman Benjamim, Segunda Turma, DJe 02.08.2018).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2015767-15.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes JOSÉ CARLOS DOS SANTOS (ESPÓLIO), REGINA CELIA DOS SANTOS, MARIA LUCIA DOS SANTOS, MARCO AURÉLIO DOS SANTOS e MARCELO HENRIQUE DOS SANTOS, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.706)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 20 de maio de 2021.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Honorários advocatícios – Retenção – Os honorários contratuais devem ser expressamente convencionados entre as partes, sendo indevida a sua retenção sem a inquestionável autorização da parte credora – No cumprimento de título judicial oriundo de ação coletiva promovida por sindicato, na condição de substituto processual, não é possível destacar os honorários contratuais do montante da condenação sem que haja autorização expressa dos substituídos – Portanto, o contrato pactuado exclusivamente entre o sindicato e o advogado não vincula os filiados substituídos, em face da ausência de relação jurídica contratual entre estes e o advogado – É justamente a hipótese dos autos, uma vez que ausente nos autos autorização de retenção de honorários advocatícios formulada pelos credores, ora recorrentes – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado por **Regina Célia dos Santos e outros** contra ato que consideram ilegal da **MM. Juíza de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública desta Capital**, *Dra. Cynthia Thomé*, e consistente em deferir a retenção de honorários advocatícios contratuais, na fase de cumprimento de sentença.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 97.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento retirado de decisão (fls. 489-1g) que deferiu, na fase de cumprimento de sentença, a retenção dos honorários advocatícios contratuais, fundamentando seu pleito em suposta autorização realizada entre os filiados ao SINDSAÚDE e sua assessoria jurídica, afirmando que fora aprovada em assembleia da categoria.

Cuida-se de pretensão recursal voltada à reforma de decisão interlocutória que deferiu o pedido de retenção de honorários advocatícios contratuais, supostamente aprovados em assembleia da categoria, nos termos do artigo 22 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906/94).

Dispõe o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil o seguinte:

"Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

§ 3º Salvo estipulação em contrário, um terço dos honorários é devido no início do serviço, outro terço até a decisão de primeira instância e o restante no final.

§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica quando se tratar de mandato outorgado por advogado para defesa em processo oriundo de ato ou

Acesso ao Sumário

omissão praticada no exercício da profissão.

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se aos honorários assistenciais, compreendidos como os fixados em ações coletivas propostas por entidades de classe em substituição processual, sem prejuízo aos honorários convencionais.

§ 7º Os honorários convencionados com entidades de classe para atuação em substituição processual poderão prever a faculdade de indicar os beneficiários que, ao optarem por adquirir os direitos, assumirão as obrigações decorrentes do contrato originário a partir do momento em que este foi celebrado, sem a necessidade de mais formalidades."

Como se vê, os honorários contratuais devem ser expressamente convencionados entre as partes, sendo indevida a sua retenção sem a inquestionável autorização da parte credora.

No cumprimento de título judicial oriundo de ação coletiva promovida por sindicato, na condição de substituto processual, não é possível destacar os honorários contratuais do montante da condenação sem que haja autorização expressa dos substituídos.

Nos termos do citado artigo, para que haja a retenção, é imprescindível a previsão contratual.

Na hipótese de o sindicato ter atuado como substituto, mesmo considerando ser ampla a sua legitimação extraordinária para defender *"os direitos e interesses individuais e/ou coletivos dos integrantes da categoria que representa, inclusive para liquidação e execução de créditos nos termos do art. 8º da CF , a retenção sobre o montante da condenação do que lhe cabe por força de honorários contratuais só é permitida quando o sindicato juntar aos autos, no momento oportuno, o contrato respectivo, que deve ter sido celebrado com cada um dos filiados, ou, ainda, a autorização destes para que haja a retenção. (...)."* (REsp 931.036-RS, Terceira Turma, DJe 2/12/2009. STJ, 2ª T., REsp 1.464.567-PB, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/2/2015, DJe 11/2/2015).

Portanto, o contrato pactuado exclusivamente entre o sindicato e o advogado não vincula os filiados substituídos, em face da ausência de relação jurídica contratual entre estes e o advogado.

É justamente a hipótese dos autos, uma vez que ausente nos autos autorização de retenção de honorários advocatícios formulada pelos credores, ora recorrentes.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC NÃO VIOLADO. ENTIDADE SINDICAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATADOS EXCLUSIVAMENTE PELO SINDICATO. RETENÇÃO PELO ENTE SINDICAL.

Acesso ao Sumário

AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DOS FILIADOS. IMPOSSIBILIDADE ANTE A INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONTRATUAL ENTRE OS FILIADOS SUBSTITUÍDOS E O ADVOGADO. ART. 22, § 4º, LEI 8.906194. RECURSO DESPROVIDO. 1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao desate da controvérsia, não padecendo de vícios de omissão, contradição ou obscuridade. Ausência de violação do art. 535 do CPC. 2. Trata-se na origem de execução de título judicial oriundo de ação coletiva promovida por Sindicato na condição de substituto processual. No Recurso Especial discute-se a possibilidade de destacar os honorários contratuais no precatório ou RPV expedido em favor dos substituídos sem que haja autorização dos últimos ou procuração outorgada por eles aos citados causídicos. 3. Ainda que seja ampla a legitimação extraordinária do sindicato para defesa de direitos e interesses dos integrantes da categoria que representa, inclusive para liquidação e execução de créditos, a retenção sobre o montante da condenação do que lhe cabe por força de honorários contratuais só é permitida com a apresentação do contrato celebrado com cada um dos filiados, nos temos do art. 22, § 4º, da, Lei 8.906/94, ou, ainda, com a autorização deles para tanto. O contrato pactuado exclusivamente entre o Sindicato e o advogado não vincula os filiados substituídos, em face da ausência da relação jurídica contratual entre estes e o advogado. Precedente: REsp 931.036/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/11/2009, DJe 2/12/2009 4. Recurso especial não provido. (REsp 1464567/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015) No mesmo sentido: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATADOS EXCLUSIVAMENTE PELA ASSOCIAÇÃO. RETENÇÃO PELO ESCRITÓRIO CONTRATADO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DOS FILIADOS. IMPOSSIBILIDADE ANTE A INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONTRATUAL ENTRE OS FILIADOS SUBSTITUÍDOS E O ADVOGADO. ART. 22, § 4º, LEI 8.906/94. 1. Trata-se na origem de execução de título judicial oriundo de ação coletiva promovida por Associação dos Servidores Públicos Federais Ativos, Aposentados e Pensionistas do Estado da Paraíba, na condição de substituto processual. No Recuso Especial, discute-se a possibilidade de destacar os honorários contratuais em favor dos substituídos sem que haja autorização dos últimos ou procuração outorgada por eles aos citados causídicos. 2. “Ainda que seja ampla a legitimação extraordinária da Associação para defesa de direitos e interesses dos integrantes da categoria que representa, a retenção sobre o montante da condenação do que lhe cabe por força de honorários contratuais só é permitida com a

Acesso ao Sumário

apresentação do contrato celebrado com cada um dos filiados, nos temos do art. 22, § 4º, da Lei n. 8.906/94, ou, ainda, com a autorização deles para tanto." (REsp 1.464.567/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1561883/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016) - destaques acrescidos.

"DIREITO CIVIL. PROPOSITURA, PELO SINDICATO, DE AÇÃO COLETIVA, COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DA CATEGORIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INGRESSO NA FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA, TAMBÉM PELO SINDICATO, COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. RECEBIMENTO DAS VERBAS EM NOME DOS TRABALHADORES. RETENÇÃO, PELO SINDICATO, NO MOMENTO DE RESTITUIR OS VALORES RECEBIDOS AOS TITULARES, DE PERCENTUAL DESTINADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IRRESIGNAÇÃO DA TRABALHADORA. PROPOSITURA DE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PARA QUE A DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RETIDO. PROCEDÊNCIA. – No âmbito da atuação do Sindicato para defesa dos direitos e interesses de seus associados, há profunda diferença entre as ações individuais propostas, nas quais a entidade, se solicitada, limita-se a assistir o trabalhador no exercício de sua pretensão, e as ações coletivas, propostas pelo Sindicato muitas vezes sem o conhecimento dos trabalhadores, na qualidade de substituto processual. - Para as ações individuais, o Sindicato, em princípio, tem direito de ser remunerado pelos serviços prestados, seja pelo réu, quando presentes os requisitos fixados pela Súmula 219/TST, seja pelo trabalhador, dependendo do que dispuser a respeito eventual contrato firmado ou a convenção coletiva de trabalho. Para as ações coletivas, contudo, não há prévio consentimento do trabalhador para a atuação do Sindicato, de modo que não há prévia anuência do titular do direito quanto a eventual remuneração que o Sindicato pretenda receber. - Não havendo prévio consenso entre Sindicato e trabalhador, é indevida a retenção, promovida de mão própria, de parcela do crédito executado pela entidade como substituta processual do obreiro. Se o Sindicato entende ter qualquer valor a receber, compete-lhe exercer tal pretensão mediante a propositura de ação adequada. Nessa ação, facultar-se-á aos trabalhadores manifestar oposição sustentando e provando sua condição de miserabilidade, nos termos do art. 14, §1º, da Lei 5.584/70. Recurso especial improvido." (REsp 931.036/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 2/12/2009).

Com tais considerações, respeitado o entendimento do ilustre magistrado

Acesso ao Sumário

de primeiro grau, reforma-se a decisão agravada, para determinar o prosseguimento do feito executivo sem a retenção da verba honorária advocatícia, nos termos acima especificados.

Dessarte dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2098746-34.2021.8.26.0000, da Comarca de Cândido Mota, em que é agravante MARCOS DAVI GONÇALVES PINTO, é agravado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do agravo de instrumento em face da incompetência absoluta deste C. Tribunal, determinando, por consequência, a remessa dos autos ao E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.497)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) e CYRO BONILHA.

São Paulo, 24 de maio de 2021.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: AÇÃO PREVIDENCIÁRIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO DO SEGURADO – DECISÃO QUE INDEFERIU O RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO – JUÍZO SINGULAR ESTADUAL COM COMPETÊNCIA FEDERAL DELEGADA – Inviabilidade de apreciação da matéria por este E. Tribunal de Justiça – Cuidando de discussão sobre benefício de natureza previdenciária, a competência para dirimir qualquer controvérsia é do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, consoante a disposição dos artigos 108, II, 109, I e §§ 3º e 4º, da Constituição Federal – Recurso não conhecido.

Remessa dos autos ao E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo segurado contra a r. decisão de fls.13, que indeferiu o restabelecimento de auxílio-doença previdenciário, concedido judicialmente pelo Tribunal Regional Federal da 3º Região.

Em suas razões recursais (fls. 01/11) sustentou que recebia auxílio-doença previdenciário, concedido por ação judicial e confirmado pelo Acórdão que tramitou no TRF da 3ª região (processo nº 6075064-98.2019.4.03.9999), o qual foi cessado administrativamente pela autarquia; mencionou estar afastado do labor há 10 anos; argumentou que o ente público não pode cessar o benefício concedido judicialmente; por fim, requereu o restabelecimento do auxílio-doença previdenciário e o provimento do recurso.

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

De início, ressalte-se ser necessário, a priori, aferir se este E. Tribunal de Justiça detém competência para apreciar o feito.

Note-se que matéria discutida no processo não se insere no âmbito Justiça Estadual, limitada exclusivamente às ações de natureza acidentária.

Conforme se verifica às fls. 19/23, o Acórdão preferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (processo nº 6075064-98.2019.4.03.9999), concedeu ao autor auxílio-doença previdenciário, em virtude de incapacidade relativa a sequela de lesão do joelho esquerdo e doença degenerativa da coluna; posteriormente o benefício foi cessado pela autarquia, motivo pelo qual o autor pleiteou seu restabelecimento, e, detendo o Juízo Estadual de primeiro grau competência delegada para a matéria federal, uma vez que a Comarca de Cândido Mota/SP não possui sede de Juízo Federal, negou o pedido para restabelecimento da benesse.

Anote-se que a citada ação e referido pedido tem natureza previdenciária e tramitou no E. Tribunal Regional da 3ª Região e, assim, todos os recursos inerentes a esse caso foram julgados por aquele tribunal.

Não há dúvidas de que se trata de **ação de natureza previdenciária**, razão pela qual o recurso não comporta conhecimento, em face da incompetência absoluta deste E. Tribunal para conhecer e solucionar a matéria.

Diante desse quadro, não se tratando de hipótese de demanda acidentária, cuja competência é da Justiça Estadual na forma do disposto no artigo 109 da Constituição Federal, mas de ação previdenciária, renove-se, a competência recursal para a apreciação da matéria é da Justiça Federal.

Frise-se que o Juízo Estadual de primeiro grau possui competência de-

Acesso ao Sumário

legada para matéria federal, uma vez que a Comarca de Cândido Mota/SP não possui sede de Juízo Federal, atuando o magistrado no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Isto posto, não possuindo este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo competência absoluta para matéria previdenciária, o melhor caminho a trilhar é determinar a remessa dos autos para o Tribunal competente - C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3) DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço do agravo de instrumento em face da incompetência absoluta deste C. Tribunal, determinando, por consequência, a remessa dos autos ao E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, com as nossas homenagens e as cautelas de praxe; comunique-se a vara de origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2065179-12.2021.8.26.0000, da Comarca de São Sebastião da Grama, em que é agravante DELIMIRA DE MELO FERNANDES (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DA GRAMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.092)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 28 de maio de 2021.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Reintegração de Posse. Alegação de incompetência absoluta da Comarca de São Sebastião da Grama. Inadmissibilidade. Eventual recurso do programa "Minha Casa Minha Vida" que não implica automaticamente em competência da Justiça Federal. Ademais, o programa na espécie, foi realizado pelo Município, contando com a participação de empresa privada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Reintegração de Posse. Alegação de incompetência absoluta da Comarca de São Sebastião da Grama, por haver foro de eleição no contrato. Inadmissibilidade. Agravante que sequer tem contrato assinado, não tendo cláusula de foro de eleição em seu favor. Cláusula do foro de eleição que se destina a regrar demandas oriundas do contrato, conforme art. 63 do NCPC, sendo que a hipótese envolve ação possessória, cuja competência do foro da situação da coisa é absoluta, Art. 47, § 2º do NCPC. Ausência, inclusive, de forma reflexa de interesse do ente federal. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de liminar interposto por Delmira de Melo Fernandes contra a r. decisão de fls. 1901/1903 dos autos da ação de reintegração de posse, que ao saneá-la, afastou a alegação de incompetência absoluta e do foro de eleição, mantendo a competência da comarca.

Sustenta a Agravante, em suas razões, que a decisão violou as cláusulas contratuais, no que se refere ao foro de eleição, envolvendo recursos federais nesta ação decorrente do "programa minha casa minha vida", razões pelas quais, a Justiça Estadual é absolutamente incompetente.

O pedido de liminar não foi acolhido (fls. 09/10).

O recurso não foi respondido (fls. 13).

É o relatório.

1. Trata-se de agravo contra decisão de fls. 1091/1093 dos autos da ação de reintegração de posse, que ao saneá-la, afastou a alegação de incompetência absoluta e do foro de eleição, mantendo a competência da comarca.

Postula a agravante a suspensão da decisão, sob argumento de que a Justiça Estadual é absolutamente incompetente para o julgamento da presente ação.

Correta a decisão.

2. O agravo deve ser conhecido, ante o decidido pelo STJ no julgamento do tema nº 988, pois apesar de estar a matéria colocada fora do rol do art. 1.015 do NCPC, haveria risco de prejuízo se a questão fosse examinada quando da apelação.

3. No entanto, não há incompetência absoluta.

O fato do programa seguir o modelo e eventualmente contar com recursos

Acesso ao Sumário

do programa Minha Casa Minha Vida, não implica automaticamente em competência da Justiça Federal.

Como em destacado na decisão recorrida, o programa do caso em tela, foi efetivamente realizado pelo Município, contando com a participação de empresa privada, como se vê pelos contratos de fls. 83 e seguintes.

Não há qualquer interesse de qualquer ente federal tratado no processo.

4. Note-se, ainda, que a demanda é de reintegração de posse.

Deste modo, não há nem de forma reflexa qualquer interesse de ente federal, a justificar a competência da Justiça Federal.

5. Quanto ao foro de eleição, ele não pode ser invocado na presente demanda.

Note-se, em primeiro lugar, a agravante sequer tem contrato assinado, não tendo cláusula de foro de eleição em seu favor para invocar (cf. fls. 19/81 e 1631/1638 dos autos originais).

6. Ainda que assim não fosse, a cláusula do foro de eleição se destina a regrar demandas decorrentes do contrato.

Na dicção do art. 63 do NCPC parte final, para a ação "***oriunda de direitos e obrigações***".

O caso em tela envolve ação possessória.

Para as ações possessórias a competência do foro da situação da coisa é absoluta, como expressamente prevê o art. 47, § 2º do NCPC:

> **Art. 47. Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa.**
>
> **(...)**
>
> § 2º A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta.

Logo, efetivamente competente o foro de São Sebastião da Grama.

Isto posto, **conheço e nego provimento ao recurso**, mantendo-se na íntegra a r. decisão de fls. 1901/1903 dos autos originais.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032608-85.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ADRIANA DA SILVA PEREIRA, são agravados DIRETOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DE SÃO PAULO, DETRAN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.404)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 28 de maio de 2021.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Agravo de Instrumento – Venda de veículo em 2013 – Diante da ausência de regularização da transferência pelo comprador, solicitou o bloqueio do veículo em duas oportunidades – Inserção de pontuação por autos de infração lavrados após os bloqueios – Presença dos requisitos autorizadores para concessão da liminar quanto às infrações após o bloqueio – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ADRIANA DA SILVA PEREIRA contra r. decisão que, em mandado de segurança impetrado contra ato do DIRETOR DO DETRAN, indeferiu a liminar. Pretende a agravante a suspensão da exigibilidade das multas e bloqueio do veículo placas (...), que vendeu em 2013 e solicitou bloqueio em 2015 e 2018, para que a agravante não sofra com futuras autuações.

Deferida em parte a antecipação da tutela recursal tão somente *para determinar a suspensão dos efeitos das autuações lavradas após o bloqueio datado de 19.03.2015 e que não sejam inseridas pontuações relativas a outras infrações tendo em vista o bloqueio já realizado. Observo que o PA 1321274/2015 se relaciona a infrações anteriores a esta data (fls. 25 dos autos de origem)* – fls. 52.

O recurso foi processado e não contrariado (fls. 67).

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ADRIANA DA SILVA PEREIRA contra r. decisão que, em mandado de segurança impetrado contra ato do DIRETOR DO DETRAN objetivando a concessão de liminar para "*determinar o bloqueio do veículo e suspensão da pontuação e dos efeitos dos processos*

Acesso ao Sumário

de suspensão e cassação do direito de dirigir", indeferiu o pedido. A impetrante alega que vendeu o veículo placas (...) em 2013, tendo solicitado o bloqueio do bem em 2015 e, diante de diversas autuações, novamente solicitou o bloqueio em 2018.

A agravante alega que está com direito de dirigir suspenso em razão da inserção de pontuação em seu prontuário. Busca seja afastada a responsabilidade pelas infrações cometidas na direção do veículo de placas (...), após a venda do veículo, bem como as infrações futuras. Requereu a concessão de efeito suspensivo ativo *para suspensão da exigibilidade das multas e bloqueio do veículo para que a agravante não sofra com futuras autuações.*

Primeiramente importante ressaltar que o julgamento se limitará à análise da presença dos requisitos para a concessão ou não da medida liminar pleiteada, sem adentrar ao mérito da demanda, de forma a não haver supressão de instância.

Pressupõe a liminar em mandado de segurança a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para sua concessão.

E dispõe o artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, repetindo a regra anterior que *Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida.*

Discorrendo sobre o tema, destaca CASSIO SCARPINELLA BUENO (A Nova Lei Mandado de Segurança, Editora Saraiva, 2009, p. 40) que "*fundamento relevante" faz as vezes do que, no âmbito do "processo cautelar", é descrito pela expressão latina fumus boni iuris e do que, no âmbito do "dever-poder geral da antecipação", é descrito pela expressão "prova inequívoca da verossimilhança da alegação". Todas essas expressões, a par da peculiaridade procedimental do mandado de segurança, devem ser entendidas como significativas de que, para a concessão da liminar, o impetrante deverá convencer o magistrado de que é portador de melhores razões que a parte contrária; que o ato coator e, ao que tudo indica, realmente abusivo e ilegal. Isto é tanto mais importante em mandado de segurança porque a petição inicial, com os seus respectivos documentos de instrução, é a oportunidade única que o impetrante tem para convencer o magistrado, ressalvadas situações excepcionais como a que vem expressa no § 1º do art. 6º da nova Lei (v.n.8, supra), de que é merecedor da tutela jurisdicional.*

A "ineficácia da medida, caso seja deferida", é a expressão que deve ser entendida da mesma forma que a consagrada expressão latina periculum in mora, perigo da demora da prestação jurisdicional. No mandado de segurança, dado o seu comando constitucional de perseguir in natura a tutela do direito ameaçado ou violado por ato abusivo ou ilegal, é tanto maior a ineficácia da

Acesso ao Sumário

medida na exata proporção em que o tempo de seu procedimento, posto que bastante enxuto, não tenha condições de assegurar o proferimento de sentença apta a tutelar suficiente e adequadamente o direito tal qual venha a reconhecer.

Há que se salientar que o *exame dos requisitos ensejadores da medida liminar está afeto ao juízo monocrático; à instância recursal revisora compete reapreciá-lo desde que a situação dos autos possa indicar exemplo teratológico não resolvido por aquele* (AI nº 92.010-5/2-00, relator Desembargador Vallim Bellochi, j. 11.11.1998).

Na espécie, o recurso merece parcial provimento.

Ao apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal foi destacada a divergência entre o pedido formulados nos autos de origem e no presente recurso:

Há aparente divergência entre o pedido inicial (bloqueio, suspensão da pontuação e dos efeitos dos processos de suspensão e cassação do direito de dirigir; nulidade da pontuação inserida <u>após o bloqueio efetuado em 2015</u>) e o formulado no presente recurso (suspensão da exigibilidade das multas e bloqueio, <u>após a venda do veículo</u>).

Considerando os documentos apresentados pela agravante, aliada à ausência de resposta ao recurso pelo agravado, é possível, nesta sede, determinar <u>a suspensão dos efeitos das autuações</u> lavradas após o bloqueio datado de 19.03.2015 e que não sejam inseridas pontuações relativas a outras infrações tendo em vista os bloqueios já realizados pela agravante em duas oportunidades. Isto é, as autuações após o primeiro bloqueio não devem ser consideradas para fins de instauração de processos de suspensão do direito de dirigir e/ou cassação contra a agravante, bem com fica suspensa a exigibilidade.

Observo que em primeiro grau o impetrado não apresentou defesa, mas apenas informou o cumprimento da antecipação da tutela recursal, confirmado pela agravante.

Por esses fundamentos, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2099629-78.2021.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que são agravantes VERÔNICA DA SILVA CRUZ, JONATHAN DA CRUZ e EBRAIM SILVA DA CRUZ, é agravado MUNICÍPIO DE SOROCABA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Nega-

ram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.191)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente sem voto), TORRES DE CARVALHO e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 1º de junho de 2021.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Sorocaba. Pedido individual de cumprimento de sentença. Título executivo judicial constituído em ação coletiva (Processo n. 81/03 Sindicato dos Servidores Municipais de Sorocaba x Município de Sorocaba). Pagamento de quantia certa. Exequente falecido no decorrer do processo. Habilitação requerida pela viúva e filhos do *de cujus*. Decisão agravada que determinou a regularização do polo ativo, por meio da habilitação do espólio, representado pelo(a) inventariante. Possibilidade. Certidão de óbito que indica a existência de patrimônio, em tese, sujeito à abertura de inventário. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder que justifique a reforma da decisão. Precedentes. Recurso não provido.

VOTO

VISTOS.

Contra decisão que, em pedido individual de cumprimento de sentença relativa a ação de cobrança, indeferiu a habilitação da viúva e dos filhos do autor falecido (p. 16/18), opuseram estes agravo de instrumento alegando que inexiste óbice ao requerimento fundado no art. 687 do CPC, mesmo sem regularização ou abertura de inventário, na medida em que todos os herdeiros constam expressamente da certidão de óbito; disseram que a execução se processa no juízo onde o título se formou e que a exigência de inventário para levantar valores devidos neste processo importa formalismo exacerbado e ofende o princípio da celeridade processual; postularam a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso (p. 01/05); deferido em parte o efeito suspensivo/ativo (p. 20), foi apresentada contraminuta defendendo a decisão agravada (p. 25/30).

É o relatório.

Em que pese a narrativa expendida, o presente recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Extrai-se dos autos que, em ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença e expedição de requisitório, os herdeiros de Roberto José da Cruz formularam requerimento de habilitação processual com vistas ao levantamento de valores existentes no processo, cingindo-se a controvérsia, aqui, à necessidade ou não de abertura de inventário para a pretendida habilitação.

De fato, não cabe ao Juízo da Vara Cível fixar os percentuais atribuíveis a cada sucessor, tampouco perquirir a possível incidência de ITCMD, mormente à luz da informação de que o *de cujus* deixou bens, mas não realizou testamento (cf. certidão de óbito juntada à p. 09).

Não se olvida que a habilitação pode ocorrer alternativamente "*pelo espólio **ou** pelos seus sucessores*" (art. 110, CPC), porém também é certo que a jurisprudência reconhece a possibilidade, no último caso, apenas na inexistência de patrimônio sujeito à abertura de inventário (STJ: AgInt no AREsp 1455705/SP, Relator: Ministro Herman Benjamin, j. 20.08.2019, DJe 13.09.2019), o que não é o caso destes autos.

Diante de tais circunstâncias, decidiu corretamente a magistrada ao dar preferência à remessa ao Juízo da sucessão, como forma de preservar a correta transmissibilidade do precatório, cabendo a esse outro Juízo determinar a cota parte de cada herdeiro, sanear eventuais inconsistências e verificar a incidência, ou não, de Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação. Relevante ressaltar, ainda, que ante a inexistência de inventário, os valores em questão pertencem ao espólio; além disso, é expresso o artigo 192 do Código Tributário Nacional ao determinar que "*nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem a prova da quitação de todos os tributos relativos ao bem do espólio, ou às suas rendas*".

Desse modo, não há que se falar em formalidade excessiva nem prejuízo à celeridade processual, na medida em que "*o inventário tem dupla função, além da individuação dos bens deixados pelo falecido, para se realizar a partilha destes entre os herdeiros, também servirá para a regularização das obrigações assumidas pelo de cujus. Por conseguinte, a sua instauração é regra, ainda que na hipótese de inexistência de bens a serem partilhados, caso este denominado como 'inventário negativo'*" (Apelação nº 0016497-79.2015.8.26.0482, Rel. Des. Arthur Marques, j. 18.07.16).

Impende observar, igualmente, a Instrução Normativa STJ n. 3.2014, *verbis*:

> *"Art. 3º*
>
> [...]
>
> § 6º Falecido o credor, os herdeiros deverão requerer a habilitação no processo de cumprimento de sentença, sendo que a partilha deverá ser feita no juízo competente para inventário.

Acesso ao Sumário

Em havendo precatório ou requisição de pequeno valor já expedido, a habilitação deverá ser requerida naqueles autos.

§ 7º O pagamento aos herdeiros será feito mediante comprovação da partilha [dos créditos decorrentes do precatório] ou aut*orização do juízo do inventário.*

Art. 19. No depósito de valores de precatórios e RPVs cujos credores originais já tiverem falecido, o crédito deverá ser apresentado pelos respectivos herdeiros em processo de arrolamento ou inventário, ou, no caso de estarem esses concluídos, em procedimento de sobrepartilha, cuja partilha será decidida pelo juízo competente em favor dos herdeiros ou do cônjuge sobrevivente, e deverá ser levantado mediante alvará expedido por essa autoridade judicial."

Nesse mesmo sentido, copiosa jurisprudência desta Corte Paulista:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SUCESSÃO PROCESSUAL. INDEFERIMENTO. SUCESSÃO DE HERDEIROS. AUSÊNCIA DE INVENTÁRIO JUDICIAL. Pretensão dos agravantes em serem habilitados no crédito do exequente falecido, José Carlos da Silva, seu genitor, sem a necessidade de ajuizamento de inventário judicial. Cumprimento de sentença para execução de crédito referente às diferenças de 13º salário e 1/3 das férias sobre o Prêmio de Incentivo, com os devidos acréscimos. Decisão a quo que indeferiu a habilitação direta dos ora agravantes pontuando que tal hipótese só se justificaria ante à ausência de bens a se inventariar. MÉRITO. Morte do exequente, pai dos agravantes. Habilitação dos herdeiros restrita à situação em que todos os herdeiros são conhecidos, bem como inexistam bens a inventariar. Inexistência de inventário que inviabiliza a segurança quanto ao quinhão de cada herdeiro. Necessária manutenção da decisão a quo. Decisão mantida. Recurso não provido" (AI n. 2025722-07.2020.8.26.0000, rel. Leonel Costa, j. 30.06.2020).

"Agravo de instrumento – cumprimento de sentença – habilitação de herdeiros e levantamento de quantia reconhecida como devida à servidora falecida – indeferimento, condicionando a habilitação dos herdeiros e o levantamento à comprovação da abertura de inventario/arrolamento – certidão de óbito da servidora falecida que atesta ter deixado bens - recorrentes que não negam o fato, mas apenas afirmam inexistir inventário – necessidade de abertura de inventário/arrolamento para apuração de ativos e passivos – decisão de origem mantida recurso desprovido" (AI n. 2031702-32.2020.8.26.0000, rel. Souza Meirelles, j. 07.08.2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de Sentença. Credor falecido no decorrer do processo. Levantamento requerido pelos herdeiros. Decisão que autorizou a habilitação, mas indeferiu o levantamento. Manutenção. 1.

Acesso ao Sumário

Decisão que entendeu que o crédito deve ser resgatado em juízo de inventário para postulação pelos herdeiros, por meio de pagamento de credores e impostos. Segurança jurídica. Herdeiros habilitados que não efetuaram a abertura do inventário. Valores pertencentes ao espólio. Intelecção dos artigos 642 e seguintes do CPC. Precedentes desta Corte. 2. Recurso não provido." (AI n. 2160890-78.2020.8.26.0000, rel. Oswaldo Luiz Palu, j. 25.09.2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Credor falecido no decorrer do processo. Habilitação e levantamento requerido pelos herdeiros. Decisão que determinou que o crédito deve ser objeto de inventário. Cautela escorreita. Ausência de prova segura da inexistência de patrimônio sujeito à abertura de inventário. Indícios da existência de outros herdeiros. Cabe ao Juízo da sucessão dispor sobre o levantamento dos valores devidos aos falecidos, sanear eventuais inconsistências e verificar a incidência ou não de eventual ITCMD. Precedentes. Decisão agravada que não encerra ilegalidade ou abuso que justifique sua revisão. Agravo desprovido" (AI n. 2234235-77.2020.8.26.0000, rel. Bandeira Lins, j. 11.04.2021).

Em arremate, salienta-se que a decisão impugnada não sonegou aos agravantes o pagamento dos valores que entendem devidos, apenas condicionou o prosseguimento da execução à correta regularização do polo passivo, que, como se viu, não se pode processar unicamente por providência do Juízo da Vara Cível, devido à ausência de inventário.

Portanto, deve ser mantida a decisão agravada, com os acréscimos acima.

A fim de disponibilizar as vias especial e extraordinária e evitar a oposição de embargos de declaração meramente procrastinatórios, consideram-se expressamente pré-questionados os dispositivos constitucionais e legais invocados, aos quais não se contrariou nem se negou vigência.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2110994-32.2021.8.26.0000, da Comarca de Adamantina, em que é agravante MUNICÍPIO DE ADAMANTINA, são agravados EVANDRO FUKUYAMA e BOREAL EMPRESA MERCANTIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª 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 25.259)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), MÔNICA SERRANO e REZENDE SILVEIRA.

São Paulo, 8 de junho de 2021.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – Pedido de pesquisa junto ao INSS para localizar benefício previdenciário recebido pelo executado ou vínculo empregatício – Diligência ineficaz diante da impenhorabilidade de proventos de aposentadoria, pensões e salários – CPC, 833, IV – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, em da execução fiscal[1], indeferiu a expedição de ofício ao INSS ao fundamento de que a medida não impulsionaria o feito diante da impenhorabilidade de eventual benefício encontrado. A agravante alega que inexiste óbice à medida e que a decisão impede a penhora sobre eventuais direitos creditórios ou de, ao menos, 30% dos proventos do devedor, como tem entendido a jurisprudência do STJ, daí propugnando pela reforma da decisão agravada.

Recurso processado sem intimação da agravada, porque não representado na execução.

Relatado.

O recurso não merece provimento

Incumbe à parte interessada fornecer elementos necessários à constrição judicial, admitindo-se, excepcionalmente, a intervenção do juiz na busca e localização do devedor e de seus bens para satisfazer o crédito reclamado, desde que demonstrada a imprescindibilidade da informação sigilosa e as tentativas, sem êxito, levada a efeito pela parte interessada, como o STJ já teve oportunidade de se pronunciar:

> *A requisição judicial, em matéria deste jaez, apenas se justifica desde que haja intransponível barreira para obtenção dos dados solicitados por meio da via extrajudicial e, bem assim, a demonstração inequívoca de que a exequente envidou esforços para tanto o que se não deu na espécie, ou, pelo menos, não foi demonstrado.* (...). (Resp 204329/MG, 2ª Turma, Relator Min. Franciulli Neto, j. 09/05/2000).

> *A jurisprudência desta Corte admite, excepcionalmente, o cabi-*

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa em julho de 2016: R$1.828,72.

mento de expedição de ofício às instituições detentoras de informações sigilosas em que se busque a obtenção de dados a respeito da localização de bens do devedor, quando esgotadas as vias ordinárias para encontrá-los. Precedentes. (REsp 1067260/RS, 2ª Turma Relatora Min. Eliana Calmon, j. 09/09/2008).

No caso, não se justifica a exceção, uma vez que o artigo 833, IV, do Código de Processo Civil, confere impenhorabilidade absoluta aos proventos de aposentadoria, às pensões e aos salários, restando ineficaz a expedição de ofício ao INSS, já que a constrição judicial não poderá recair sobre eventuais valores encontrados, conquanto observado o limite de 30%, como já decidiu este Tribunal:

Agravo de instrumento. Execução fiscal. ***Decisão que indeferiu a penhora de 30% do valor mensal do subsídio que a executada recebe, nos termos do art. 833, IV, do CPC/2015. Insurgência da municipalidade. Pretensão à reforma. Desacolhimento. Impenhorabilidade absoluta do salário, que tem natureza alimentar. Princípio da dignidade da pessoa humana. Inteligência do artigo 833, IV, do CPC/2015. Inaplicabilidade da exceção prevista no no § 2º do art. 833, já que o valor percebido não excede a 50 salários mínimos mensais. Recurso não provido***. (TJSP; Agravo de Instrumento 2187410-12.2019.8.26.0000; Relator: RICARDO CHIMENTI; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo Anastácio - Vara Única; Data do Julgamento: 31/01/2020; Data de Registro: 31/01/2020 – grifado).

Ademais, não há elementos que permitam mitigar a impenhorabilidade destes vencimentos em razão de eventual padrão de vida compatível com alto salário ou nos termos da exceção contida no §2º, do art. 833 do CPC, até porque não encontrados ativos financeiros ou outros bens nas tentativas realizadas através do BACENJUD e RENAJUD, bem como não há declaração de bens à Delegacia da Receita Federal.

Daí porque, **nega-se provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2072601-38.2021.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante INSTITUIÇÃO PAULISTA ADVENTISTA DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL, é agravado MUNICÍPIO DE DIADEMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que inte-

gra este acórdão. **(Voto nº 32.374)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), BURZA NETO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA E ANULATÓRIA – Insurgência da autora contra a r. decisão que indeferiu o pedido de concessão de tutela provisória de urgência, para o fim de suspender a exigibilidade do IPTU referente aos exercícios de 2008 a 2012 – Cabimento – Constatada a presença de *fumus boni iuris* (imunidade tributária - cumprimento dos requisitos do artigo 14 do CTN) – Reforma da r. decisão recorrida, com a suspensão do crédito tributário impugnado até o julgamento da ação, que, *a priori*, se impõe – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

INSTITUIÇÃO PAULISTA ADVENTISTA DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL, nos autos de ação declaratória e anulatória (proc. n. 1001695-42.2021.8.26.0161, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Diadema), que propõe contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE DIADEMA**, interpõe recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de concessão de tutela provisória de urgência, para o fim de suspender a exigibilidade do IPTU referente aos exercícios de 2008 a 2012. A agravante alega fazer jus à imunidade tributária, posto ser manifestamente uma entidade filantrópica, sem fins lucrativos, que visa ao desenvolvimento de aspectos assistenciais, educacionais, culturais e filantrópicos da sociedade. Afirma, ainda, que o imposto cobrado incide no estabelecimento que mantém, denominado Colégio Adventista de Diadema, destinado fundamentalmente aos objetivos mencionados. Requer, assim, a antecipação da tutela recursal, e, posteriormente, a adequação da r. decisão recorrida, suspendendo-se a exigibilidade do tributo em tela.

Acesso ao Sumário

O efeito antecipatório requerido foi deferido (fl. 13).

A contraminuta foi apresentada às fls. 21/33.

Vieram, então, os autos à conclusão.

É o relatório.

Malgrado o posicionamento do ínclito Juízo *a quo*, entende-se que o recurso interposto *reúne condições de ser provido.*

Senão, vejamos.

Com efeito, preceitua o art. 150, VI, "c", da Constituição Federal:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

"VI - instituir impostos sobre:

"c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

Conforme se extrai do contrato social apresentado, a autora, ora recorrente, *a priori*, cumpre os requisitos previstos no art. 14 do Código Tributário Nacional, caracterizando-se como entidade de assistência social, não distribuindo lucros e com a aplicação integral dos recursos na consecução de seus objetivos institucionais.

Desta forma, presente o *fumus boni iuris*, é imperiosa a *reforma* da r. decisão recorrida, deferindo-se a tutela provisória de urgência, para o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário impugnado até o julgamento da ação.

Com isto, **dá-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2201376-08.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLENILDA FERREIRA SOUZA, são agravados SERVIÇO FUNERÁRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.507)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERREIRA RODRIGUES (Presidente) e RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 17 de junho de 2021.

ANA LIARTE, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de Reintegração de Posse – Permissão de uso de bem público – Insurgência contra a decisão que deferiu a liminar de reintegração de posse – Pedido de suspensão do processo por 180 dias – Inadmissibilidade – Notificação para desocupação voluntária da área pública e inércia da Agravante – Discricionariedade e precariedade do ato administrativo – Decisão mantida – Agravo de Instrumento desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por CLENILDA FERREIRA SOUZA em face do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e do SERVIÇO FUNERÁRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO contra a decisão (fls. 24) que concedeu a tutela antecipada de reintegração de posse, com prazo de cumprimento de 30 (trinta) dias.

Inconformada, sustenta a Agravante (fls. 01/23), em síntese, que é detentora da permissão de uso desde 1996; que, após ser notificada em novembro de 2017, encaminhou uma carta ao Município; que a ausência de resposta impede a imediata retomada da área pública; que as atividades da lanchonete encontram-se suspensas desde 24.03.2020 em decorrência da pandemia COVID-19, o que agravou ainda mais sua situação financeira; que a liminar de reintegração de posse em período de quarentena pode provocar aglomeração de pessoas, aumentando o risco de contágio. Por tais motivos, requer a revogação da tutela de urgência que determinou a reintegração de posse, suspendendo-se o processo por 180 dias.

Ausentes os requisitos legais, indeferiu-se o pedido de concessão de efeito suspensivo (fls. 91/93).

A Procuradoria Geral de Justiça declinou de sua atuação no feito por entender que o mérito da demanda diz respeito a direito individual disponível, envolvendo partes maiores e capazes (fls. 105/106).

Recurso regularmente processado, preparado (fls. 88/89) e acompanhado de contrarrazões (fls. 97/100).

É o relatório.

Na origem, cuida-se de Ação de Reitegração de Posse proposta pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e pelo SERVIÇO FUNERÁRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, na qual pretendem a reintegração de área localizada no "Cemitério da Vila Formosa", objeto de subpermissão de uso em favor de CLENILDA FERREIRA SOUZA desde 1996 (fls. 01/10 – autos de origem).

Contra a decisão que concedeu a tutela antecipada de reintegração de

Acesso ao Sumário

posse, insurge-se a Agravante.

Consoante se depreende dos autos, o recurso não comporta provimento.

De início, cumpre observar que a permissão de uso "é ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração quando o interesse público o exigir, dados sua natureza precária e o poder discricionário do permitente (...). A revogação faz-se, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração." (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 33ª ed., p. 527).

A par disso, tenha-se presente o que dispõe o Termo de Subpermissão de Uso nº 07 (fls. 30/36) objeto desses autos:

> 6.1 O SERVIÇO FUNERÁRIO poderá, a qualquer tempo e a seu exclusivo critério, revogar a Subpermissão de Uso objeto do presente termo, mediante simples notificação prévia de 60 (sessenta) dias.

No caso, conforme bem mencionado pelo MM. Juiz *a quo*, vê-se que a Agravante, apesar de notificada em novembro de 2017 para desocupação da área pública, quedou-se inerte.

Desse modo, a alegação de que encaminhou uma carta ao MUNICÍPIO e que a ausência de resposta impede a imediata retomada da área pública não afasta o caráter precário da permissão de uso, que pode ser rescindida unilateralmente pela Administração em observância aos critérios de conveniência e oportunidade.

Note-se, ademais, que os documentos que instruem o recurso não permitem afirmar *prima facie* o direito à manutenção da permissão de uso, bem como a existência de qualquer ilegalidade cometida pela Municipalidade.

Por fim, em que pese o inconformismo da Agravante, ressalte-se que a situação de pandemia decorrente do coronavírus não justifica a suspensão do processo por 180 dias.

Sendo assim, de rigor a manutenção da decisão recorrida.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao Agravo de Instrumento, mantendo-se a decisão agravada.

ACÓRDÃO

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

Acesso ao Sumário

2101302-09.2021.8.26.0000, da Comarca de Itápolis, em que é agravante MUNICÍPIO DE ITÁPOLIS, é agravado AEROCLUBE DE ITÁPOLIS.

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 28.345)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 19 de junho de 2021.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença.

1. Decisão que homologou laudo pericial para fixar o valor de hangaragem em 1,9330 salário-mínimo a incidir desde março de 2012 até 23 de abril de 2018 (data da efetiva retirada do avião do local conforme documento de fl. 63 dos autos principais) e condenou o agravante ao pagamento de multa de 5% do valor corrigido do débito por litigância de má-fé. Manutenção.

2. Resistência injustificada ao cumprimento da obrigação. Título judicial que foi claro quanto à obrigação de efetuar o pagamento do período em que se utilizou dos serviços de hangaragem do Aeroclube de Itápolis. Inviabilidade de se alegar ilegitimidade de parte neste momento processual. Manutenção da decisão agravada.

3. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de **agravo de instrumento**, **com pedido de efeito suspensivo**, interposto em confronto à r. decisão de **fl. 156/166 dos autos principais** que, em cumprimento de sentença proposta pelo **AEROCLUBE DE ITÁPOLIS** em face do **MUNICÍPIO DE ITÁPOLIS**, **homologou o laudo pericial de fls. 103/123** para fixar o valor de hangaragem em 1,9330 salário-mínimo a incidir desde março de 2012 até 23 de abril de 2018 (data da efetiva retirada do

avião do local conforme documento de fl. 63 dos autos principais) e condenou o agravante ao pagamento de multa de 5% do valor corrigido do débito por litigância de má fé. **Inconformado, o Município** interpõe o presente recurso **(fls. 01/19**) e sustenta indevida a aplicação da multa de litigância de má-fé porque suas manifestações de **fls. 129/131** e **150/153** dos autos principais têm o condão de apontar ilegitimidade de parte no que se refere à identificação no laudo pericial homologado de pessoa jurídica que não fez parte do processo de conhecimento, não havendo qualquer relação obrigacional em relação à **E.J. Escola de Aviação Civil Ltda**. na medida em que a perícia foi realizada nos hangares da empresa **EJ Escola de Aviação Civil Ltda**. de propriedade do ex-prefeito municipal e não em qualquer hangar identificado e pertencente ao Aeroclube de Itápolis. Entende o agravante estar desconexa com a coisa julgada a realização e homologação de laudo pericial confeccionado nas instalações de empresa que sequer integrou a lide no processo de conhecimento, não tendo qualquer relação com o título executivo. Reitera que sua insurgência se baseou em inadequação do local periciado e não genericamente no alto valor locatício. Ademais, quanto ao valor determinado afirma que diante de seu absoluto endividamento (público) demonstrado em janeiro do corrente ano no importe de R$ 102.668.965,65 em contraposição a um pífio orçamento anual aprovado em 2020 no importe de R$ 124.735.815,00, sendo R$ 115.100.000,00 do Orçamento Fiscal e R$ 9.635.815,00 do Orçamento da Administração Indireta não permite manifestação em sentido contrário diante dos prejuízos experimentados pelo agravante. Pretende a concessão do efeito suspensivo.

Recebido o recurso e indeferida a medida jurisdicional postulada **(fls. 29/32)**, sobreveio contraminuta às **fls. 35/42**. É o relatório.

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. Pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

2. Ao que se observa o título judicial condenou o agravante ao pagamento da indenização a ser apurada por arbitramento em liquidação de sentença pela prestação dos serviços de hangaragem da aeronave modelo **BEM-326 GB (XAVANTE)**, desde março de 2012 até a efetiva retirada do avião do local **(fl. 34 dos autos principais).** A petição do agravante de **fls. 59/60** dos autos principais noticia a entrega do bem público ao Secretário Municipal de Serviços Públicos em **20.04.2018** e o documento de **fls. 61/64 dos autos principais**, datado de **20.04.2018**, emitido por **EJ Escola de Aviação Civil Ltda.** não pode ser considerado documento novo porque já existia à época da prolação do v. acórdão proferido em **10.04.2019**. Ademais, os limites do cumprimento de sentença abrangem, tão somente, o valor a ser cobrado do agravante pelo período em que a aeronave permaneceu nas dependências da agravada – **março de 2012 até 23.04.2018.** Parece claro que a perícia foi realizada em setembro de 2020 – período posterior à retirada da aeronave das dependências da agravada.

Acesso ao Sumário

Ademais o laudo pericial foi realizado com base em **dados comparativos** do próprio Aeroclube agravado, cuja ilegitimidade de parte aduzida pelo agravante não se justifica tampouco o exime ao cumprimento de obrigação efetivamente reconhecida no título executivo judicial.

3. A agravante pretende rediscutir matéria que deveria ter sido abordada no processo de conhecimento. Nesta fase de cumprimento de sentença compete exclusivamente aferir o valor a ser indenizado conforme os parâmetros estabelecidos no título judicial. Acrescente-se que a falta de recursos orçamentários não serve de supedâneo para que o agravante se exima de obrigação reconhecidamente devida.

4. O laudo pericial elaborado minudentemente concluiu que o valor de locação válido para o mês de setembro de 2020 é de R$ 2.020,00, consubstanciado em critérios publicados pelo **Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia**, bem como as seguintes normas técnicas exaradas pela **Associação Brasileira de Normas Técnicas**. O valor apurado no laudo pericial é bem semelhante ao valor da locação que o agravante pretendia pagar ao Aeroclube de Itápolis, qual seja, dois salários-mínimos, conforme se observa no título judicial. Insiste o agravante em afirmar ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda ao fundamento que a aeronave nunca ficou hangarada nas dependências do Aeroclube de Itápolis **(fls. 129/131; 150/153 dos autos principais)**, entretanto já fora reconhecido no título judicial a existência de contrato verbal entre as partes sobre a prestação de serviço de hangaragem a partir do mês de março de 2012 configurando incontroverso que o Aeroclube prestou o serviço contratado e o Município não efetuou o pagamento pela contraprestação. A coisa julgada está formada, razão pela qual bem fixada a litigância de má-fé no valor de 5% sobre o valor corrigido do débito, nos exatos termos dos artigos 80 e 81 do CPC, que assim estabelecem expressamente:

> "Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
>
> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II - alterar a verdade dos fatos;
>
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
>
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
>
> VI - provocar incidente manifestamente infundado;
>
> VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.
>
> Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e

Acesso ao Sumário

com todas as despesas que efetuou."

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2088734-58.2021.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante EDMAR OLIVEIRA DA SILVA, são agravados DIRETOR(A) DA ESCOLA ESTADUAL "MORAIS PACHECO" e DIRIGENTE REGIONAL DE ENSINO DA REGIÃO DE BAURU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.170)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERREIRA RODRIGUES (Presidente) e ANA LIARTE.

São Paulo, 25 de junho de 2021.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROFESSOR ESTADUAL – RETORNO PRESENCIAL ÀS AULAS – "GREVE SANITÁRIA" – Pretensão inicial voltada à concessão da ordem liminar para determinar que as autoridades coatoras mantenham anotações de presença regular do impetrante durante a "greve sanitária" e que se abstenham de fazer qualquer desconto em sua remuneração nesse período, bem como que seja autorizada a prestação de seus serviços de forma remota enquanto durarem as fases mais restritivas do Plano São Paulo ou enquanto a greve permanecer – Decisão interlocutória que indeferiu a liminar – Pretensão de reforma – Inadmissibilidade – Aparente legalidade no ato administrativo que determinou o retorno presencial às escolas dos docentes estaduais a partir de 08.02.2021 – Possibilidade, em tese, de efetuar descontos nos dias em que o servidor deixou de comparecer presencialmente ao trabalho, resguardada a possibili-

Acesso ao Sumário

dade de eventual acordo entre as partes – Elementos carreados aos autos que não são capazes de demonstrar, por ora, ilegalidade flagrante na conduta adotada pela autoridade administrativa, mostrando-se necessária a formação do contraditório para melhor análise do pleito – Ausência dos requisitos necessários para a concessão da medida de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) - Inteligência do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009 – Decisão interlocutória mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **EDMAR OLIVEIRA DA SILVA** contra a r. decisão interlocutória proferida pelo Juízo *a quo* (fls. 318/319 do processo principal) que, nos autos do "mandado de segurança" impetrado pelo agravante em face de ato dito coator do **DIRETOR DA ESCOLA ESTADUAL "MORAIS PACHECO"** e do **DIRIGENTE REGIONAL DE ENSINO DE BAURU**, *indeferiu* a medida de urgência requerida – para determinar que as autoridades coatoras não computem como ausência os dias em que o impetrante não compareceu presencialmente ao trabalho, diante da "greve sanitária", sendo-lhe garantido o direito de permanecer realizando seu trabalho de forma remota durante as fases mais restritivas do Plano São Paulo ou até o fim da greve –, sob o fundamento de que não estão presentes os requisitos autorizadores para a concessão da medida, sendo necessária a vinda de informações por parte da autoridade impetrada para melhor análise do pleito.

Em sua minuta (fls. 01/23), sustenta o impetrante que estão presentes todos os requisitos para a concessão da liminar, vez que se mostra absolutamente ilegal o ato praticado pelas autoridades coatoras de indeferir a possibilidade de exercício de atividade remota e aplicar falta pela ausência presencial, pois tem direito ao exercício de greve sanitária sem aplicação de penalidades em razão da situação emergencial vivenciada, bem como esteve disponível para o trabalho de forma remota. Argumenta que inexiste perigo de irreversibilidade da medida e, ao fim, requer o provimento do recurso, com a reforma da r. decisão interlocutória, deferindo-se a liminar que fora negada pela origem, para que as autoridades coatoras não computem como ausência os dias em que o impetrante não compareceu presencialmente ao trabalho, sendo-lhe garantido o direito de permanecer realizando seu trabalho de forma remota durante as fases mais restritivas do Plano São Paulo ou até o fim da greve.

Acesso ao Sumário

Preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal (art. 1.015, **inciso I**

cc. arts. 1.016 e 1.017, do CPC/2015), sem que haja necessidade de requisição de informações ao Juízo de primeiro grau, o agravo comporta **julgamento direto** (art. 9º, parágrafo único, inciso I, do CPC/2015).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Colhe-se da exordial que o impetrante é servidor público estadual no cargo de Professor de Educação Básica II, em exercício na escola da rede estadual de ensino no Município de Bauru - SP.

Vislumbrando melhora nas condições da pandemia e a necessidade de normalização do ensino escolar, a Secretaria de Educação convocou os docentes para atividades presenciais a partir de 08.02.2021.

Todavia, por entenderem inexistir condições sanitárias para o retorno presencial, os professores estaduais filiados à APEOSPE, em assembleia geral da categoria realizada no dia 05.02.2021, deliberaram e decidiram, por maioria, pela "*paralisação das atividades presenciais a partir das 07:00 do dia 08.02.2021*", dando início à chamada "*greve sanitária*", com observação de que todos os docentes ficariam à disposição para o trabalho remoto, nos termos da legislação aplicável, tal como efetuado durante todo o ano de 2020.

A deliberação de greve foi comunicada no próprio dia 05.02.2021 ao Secretário da Educação do Estado de São Paulo (fl. 29 do processo principal).

No dia 07.02.2021, o impetrante comunicou ao Diretor da Escola E. E. Morais Pacheco o seu intento de "*não comparecimento às atividades docentes presenciais, diante dos riscos à minha vida e saúde que esse trabalho presencial acarretam, e em decorrência do movimento de paralização (greve sanitária pela vida e pela saúde*)...", e requereu ao final "*que não seja lançado em meu prontuário nenhuma falta, diante do direito legal e constitucional de greve em defesa da vida*" (fls. 30 do processo principal).

Em resposta, a Direção da Unidade Escolar informou:

"Em atenção a dúvida registrada, oriento que se faça uma leitura do Artigo 1º do Decreto 64.864/2020 transcrito abaixo:

Artigo 1º - Os Secretários de Estado, o Procurador Geral do Estado e os dirigentes máximos das entidades autárquicas implantarão, em seus respectivos âmbitos, a prestação de jornada laboral mediante teletrabalho, independentemente do disposto no Decreto nº 62.648, de 27 de junho de 2017, visando a contemplar servidores nas seguintes situações:

I - idosos na acepção legal do termo, por contar com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos);

II - gestantes;

III - portadores de doenças respiratórias crônicas, cardiopatias, diabetes,

Acesso ao Sumário

hipertensão ou outras afecções que deprimam o sistema imunológico.

Analisando a motivação alegada pelo professor, para o cumprimento remotamente de suas atribuições docentes, constata-se que não está contemplada pelo referido artigo 1º acima descrito.

Assim, o não comparecimento de forma presencial se caracterizará como falta, e por conseguinte, a ausência deve ser identificada com a legislação em vigor." (fl. 32 dos autos principais).

Segundo alega, o impetrante "*continuou desenvolvendo seu trabalho normalmente, mas de forma remota (em home office)*", conforme cópia de tela de sistema informatizado, onde são descritas suas atividades docentes (fl. 31 do processo principal).

Aduz ser absolutamente ilegal o ato praticado pelas autoridades coatoras ao indeferir a possibilidade de exercício de atividade remota e aplicar falta pela ausência presencial, pois tem direito ao exercício de greve sanitária sem aplicação de penalidades em razão da situação emergencial vivenciada e esteve disponível para o trabalho em home office, não deixando, assim, de prestar os seus serviços.

Nesse contexto, com o escopo de regularizar a situação, o autor EDMAR OLIVEIRA DA SILVA impetrou mandado de segurança em face de ato dito coator do DIRETOR DA ESCOLA ESTADUAL "MORAIS PACHECO" e do DIRIGENTE REGIONAL DE ENSINO DE BAURU pleiteando, em síntese, a concessão de medida liminar para determinar que as autoridades coatoras regularizem e mantenham anotações de presença do impetrante durante o período da greve sanitária, sem descontos em seus vencimentos, sendo- lhe permitido o exercício de suas funções docentes de forma remota, enquanto durarem as fases mais restritivas do Plano São Paulo ou enquanto a greve permanecer.

Ao apreciar a inicial, o Juízo *a quo indeferiu* a medida de urgência requerida, sob o fundamento de que não estão presentes os requisitos autorizadores para a concessão da medida, sendo imperiosa a necessidade da vinda de informações por parte da autoridade impetrada para melhor análise do pleito, decisão esta que ensejou a interposição do presente agravo de instrumento.

Pelo que depreende do acervo fático- probatório coligido aos autos, o recurso **não** comporta provimento.

O art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, ao tratar da possibilidade de concessão de medida liminar em *Mandado de Segurança*, dispõe:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, **quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficá-**

Acesso ao Sumário

cia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

(...)

§ 2º. Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Assim, são exigidos dois requisitos para que se possa deferir, *in limine litis*, a medida assecuratória necessária à preservação da eficácia de ulterior ordem de segurança, a saber: ***(i)*** fundamento relevante (*fumus boni iuris*); ***(ii)*** risco de ineficácia da medida pelo decurso do tempo (*periculum in mora*).

In casu, frise-se, em um juízo de cognição sumária, conquanto o risco inerente à demora do provimento jurisdicional final seja latente, **não restou evidenciada** a prova inequívoca e pré-constituída da verossimilhança do direito líquido e certo deduzido pela parte, razão pela qual o indeferimento da liminar merece ser mantido.

Pois bem.

O art. 37, VII, da Constituição Federal consagrou o direito de greve aos servidores públicos, mas ressalvou que o seu exercício deverá ocorrer "*nos limites definidos em lei específica*".

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Tendo em vista a ressalva final contida no dispositivo constitucional, parte da doutrina e jurisprudência sempre defendeu tratar-se de norma de eficácia contida, isto é, com aplicabilidade direta, imediata e integral, mas de alcance restringível em razão da posterior edição de lei específica, a significar que o direito de greve do servidor público poderia ser exercido desde a vigência da Constituição Federal.

Outros, porém, dentre os quais José dos Santos Carvalho Filho, sustentam ser a norma de eficácia limitada, motivo pelo qual o direito de greve apenas surgiria com a edição de lei ordinária que fixasse os contornos e parâmetros do instituto, bem como meios e instrumentos a serem utilizados pelos servidores para o exercício do direito.

Acesso ao Sumário

A questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal que, no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670/ES, 708/DF e 712/PA, decidiu que os servidores públicos podem fazer greve, ainda que não editada a lei de que trata o art. 37, VII, da CF, devendo ser aplicada a lei regulamentadora da greve para os trabalhadores da iniciativa privada (Lei Federal 7.783/89), observando-se, todavia, o princípio da continuidade do serviço público.

Tomando como base esse entendimento, imperioso verificar-se o preenchimento dos requisitos constantes da Lei Federal 7.783/89 para a deflagração de greve no serviço público, dentre os quais:

a) tentativa de negociação prévia, direta e pacífica, e frustração ou impossibilidade de negociação ou de se estabelecer uma agenda comum (art. 3º[1]);

b) deflagração após decisão assemblear (art. 4º[2]);

c) comunicação aos interessados, no caso, ao ente da Administração Pública a que a categoria se encontre vinculada e à população, com antecedência mínima de 72 horas, uma vez que todo serviço público é atividade essencial (art. 13[3]);

d) adesão ao movimento por meios pacíficos (art. 6º[4]); e

e) a garantia de que continuarão sendo prestados os serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades dos administrados (usuários ou destinatários dos serviços) e à sociedade (art. 11[5]).

A partir dos elementos de prova carreados aos autos, verifica-se que os 04 primeiros requisitos foram aparentemente preenchidos, pois houve tentativa frustrada de manter o ensino remoto a partir do início do ano letivo de 2021, e, em razão disso, deliberou-se em assembleia realizada no dia 05.02.2021 pela "*paralisação das atividades presenciais a partir das 07:00 do dia 08.02.2021*", dando início à chamada "*greve sanitária*", com prévia comunicação para a Administração com 72 horas de antecedência.

Não obstante, há sérias dúvidas quanto ao preenchimento do 5º e último requisito, qual seja, a garantia de que continuaram sendo prestados os serviços

Acesso ao Sumário

1 **Art. 3º** - Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

2 **Art. 4º** Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.

3 **Art. 13** Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.

4 **Art. 6º** São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:
I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;
II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

5 **Art. 11.** Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

indispensáveis ao atendimento das necessidades dos administrados (usuários ou destinatários dos serviços) e à sociedade.

Neste ponto, imperioso destacar que compete única e exclusivamente ao Poder Executivo, nas três esferas da Federação, pautar-se em normas e critérios técnicos e científicos – estabelecidos por organizações e entidades nacionais e internacionais reconhecidas – para o fim de estabelecer parâmetros e, assim, definir e explicitar quais e quando os setores de serviços prestados pelo Estado deverão voltar às atividades presenciais.

Se o Governo do Estado de São Paulo, após detida análise da situação pandêmica então vigente no início de fevereiro de 2021, decidiu que os docentes deveriam comparecer presencialmente para às suas atividades a partir de 08.02.2021, **não** se mostra possível que o Judiciário se imiscua nessa seara – sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes –e, a seu bel prazer, sem auxílio de critério técnicos e científicos, defina qual o melhor momento para o retorno das atividades escolares presenciais.

Nesse sentido, foi ajuizada demanda pelo Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo (Apeoesp) objetivando impedir o retorno dos professores à atividades presenciais (Processo nº 1065795-73.2020.8.26.0053) e, embora a liminar tenha sido inicialmente concedida, foi suspensa por decisão do Exmo. Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, desconhecendo-se sua revogação por Corte Superior.

Assim, se o Executivo Estadual, por meio de sua Secretaria de Educação, determinou o retorno das atividades presenciais a partir de 08.02.2021 – ressalvados os casos excepcionais devidamente justificados por atestado médico circunstanciado –, presume-se que o descumprimento dessa determinação implicou por prejudicar a adequada continuidade dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades dos administrados (usuários ou destinatários dos serviços) e à sociedade, o que retiraria a legitimidade da "greve sanitária".

Ainda que o ano letivo de 2020 tenha, excepcionalmente, transcorrido quase que integralmente por meio de ensino remoto, tal circunstância não garante o direito dos docentes de se manterem nessa situação se a Administração entende que o serviço educacional é melhor prestado pela via (ordinária) presencial.

Outrossim, o simples fato de os docentes se colocarem em disponibilidade "*para o trabalho em home office*" não ensejou, aparentemente, prestação adequada do serviço público, ante a imprescindibilidade da presença física dos professores nas escolas estaduais, necessidade esta previamente manifestada pela Administração.

De qualquer forma, os fatos serão melhor elucidados após as informações prestadas pelas autoridades coatoras, sendo que, por ora, não se vislumbram a

Acesso ao Sumário

presença de todos os requisitos para o exercício legítimo da "greve sanitária" de que participou o agravante, a indicar que a Administração pode, em tese, efetuar o desconto dos dias não trabalhados nos moldes exigidos.

Ainda que se admitisse, por hipótese, a regularidade da "greve sanitária" deflagrada professores estaduais filiados à APEOSPE, mesmo assim o Supremo Tribunal Federal definiu que a Administração deve fazer o desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, resguardada a possibilidade de acordo em caso de compensação:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. (...) Mandado de segurança. Servidores públicos civis e direito de greve. Descontos dos dias parados em razão do movimento grevista. Possibilidade. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso do qual se conhece em parte, relativamente à qual é provido. (...) 2. A deflagração de greve por servidor público civil corresponde à suspensão do trabalho e, ainda que a greve não seja abusiva, como regra, a remuneração dos dias de paralisação não deve ser paga. 3. O desconto somente não se realizará se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos civis ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho, tais como aquelas em que o ente da administração ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorresse ou em que haja negociação sobre a compensação dos dias parados ou mesmo o parcelamento dos descontos. 4. Fixada a seguinte tese de repercussão geral: "A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público". 5. Recurso extraordinário provido na parte de que a Corte conhece. (**RE 693456, Relator: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, REPERCUSSÃO GERAL**).

Conforme já referido, o impetrante apresentou tela de sistema informatizado, onde são descritas algumas atividades docentes por ele realizadas durante o período da greve sanitária (fl. 34 – p.p.).

Conquanto indique assertividade por parte do agravante, tal documento é unilateral, e não tem o condão de comprovar a prestação efetiva de **todas** as atividades exigidas pela Direção Escolar que seriam exercidas presencialmente e, consequentemente, não é apto a demonstrar a manutenção integral do seu vínculo funcional durante o período discriminado na exordial.

Acesso ao Sumário

Ainda, em cognição sumária, não sendo demonstradas efetivamente quais as atividades exercidas pelo impetrante de forma remota, tampouco se estão de acordo com as exigências da Direção da Escola em que leciona, não é possível o deferimento da liminar no sentido de que permaneça prestando seus serviços de forma remota.

Em resumo, à luz dos elementos fáticos e documentais até o momento apresentados, não se pode concluir pela existência de ilegalidade flagrante na conduta estatal de efetuar o desconto dos dias não trabalhados presencialmente, tampouco de impedir que o agravante permaneça prestando seus serviços de forma remota, motivo pelo qual não se justifica, neste momento processual, o controle preventivo pelo Poder Judiciário, prevalecendo a presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo impugnado.

Nesse sentido, preleciona 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"[6].

Confira-se, na mesma linha, precedente deste Tribunal em caso análogo:

Mandado de segurança. Indeferimento de liminar. Inexistência de direito líquido e certo, a revelar regularidade no despacho agravado. Alegada deflagração de "greve sanitária". Situação, entretanto, não compatível com "estado de greve". Agravo desprovido. **(Agravo de Instrumento nº 2073064-77.2021.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, 13ª Câmara de Direito Público, j. 07.04.2021).**

Em conclusão, ao menos neste momento de cognição sumária, ausentes os requisitos necessários para a concessão da medida, era mesmo de rigor o indeferimento da liminar, devendo ser mantida a decisão interlocutória, sendo imperioso aguardar as informações a serem prestadas pela autoridade coatora para melhor esclarecimento da questão de fundo.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso do impetrante, de modo a MANTER integralmente a r. decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

6 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 30ª ed., p. 158.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2124594-23.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de Franca, em que é agravante MUNICÍPIO DE FRANCA, é agravado FRANCA PLACAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.496)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 18 de junho de 2021.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão do relator que aprecia antecipação de tutela recursal no agravo de instrumento – Reiteração dos argumentos anteriormente deduzidos e já apreciados, em contexto de antecipação de tutela recursal, na decisão monocrática – Antecipação da análise do mérito do agravo de instrumento inadmissível. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Município de Franca** contra decisão monocrática que indeferiu a antecipação da tutela recursal no agravo de instrumento interposto contra **Franca Placas Ltda**.

O agravante pretende a reforma da decisão agravada, para que seja concedida a tutela provisória recursal requerida, reiterando suas alegações.

É o relatório.

Apesar das substanciosas razões expostas, o agravante limita-se a reiterar os argumentos anteriormente deduzidos por ocasião da interposição do agravo de instrumento.

E, neste passo, a decisão monocrática atacada apreciou o requerimento dantes formulado motivadamente e de maneira fundamentada, em contexto

Acesso ao Sumário

excepcional, de cognição preliminar e sumária, para verificação dos requisitos autorizadores da tutela provisória de urgência recursal.

O presente recurso, portanto, em nada inova o que já foi apreciado e decidido.

Por outro lado, é inadmissível antecipar, para este momento, o exame do agravo de instrumento, pois a apreciação do mérito do recurso do recurso originário, com análise mais detida de seus argumentos e de todos os documentos juntados, dar-se-á por ocasião de seu julgamento.

Observe-se, tão somente, que a decisão agravada foi expressa ao mencionar que a atividade da agravada é essencial.

Desta forma, por qualquer ângulo que se analise a questão, o presente agravo não comporta acolhimento.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000253-03.2016.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é apelante/apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE, é apelada/apelante IRACEMA APARECIDA SANTINELLI SILVA (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: Recurso da Municipalidade não provido e da autora parcialmente provido, para tanto, com determinação (notícia ao MP da conduta ilegal do falso médico). V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.527)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente), LEONEL COSTA e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 26 de abril de 2021.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MÉDICO SEM DIPLOMA – SERVIÇOS MÉDICOS PARA A SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DO MUNICÍPIO – Pretensão do Município de São

Acesso ao Sumário

Roque ao reconhecimento da ilegitimidade passiva para figurar nos autos, pela existência de convênio com a Santa Casa Municipal – Inocorrência – Competência atribuída pela Constituição Federal ao Município, sendo possibilitada a celebração de contratos e convênios com entidades privadas prestadoras de serviço de saúde pública – MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – Inocorrência – O ajuizamento de ações em face de pessoas distintas, ainda que em decorrência do mesmo evento danoso, não enseja a presunção de má-fé da parte autora – Inocorrência das hipóteses previstas no art. 80, incisos, CPC – Sentença reformada em parte, para anular a multa por litigância de má-fé, mantidos o benefício da gratuidade processual e a sucumbência recíproca – Recurso da Municipalidade não provido e da autora parcialmente provido, para tanto, com determinação (notícia ao MP da conduta ilegal do falso médico).

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos tempestivamente pelo *Município de São Roque*, às fls. 579/584, e por *Iracema Aparecida Santinelli Silva*, às fls. 594/602, em face da r. sentença de fls. 568/576, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da autora, extinguindo o processo com resolução de mérito, com base no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Foram fixados honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, com determinação de que fossem rateados pelas partes, em virtude da sucumbência recíproca.

Inconformado, o Município requer a reforma da r. sentença, a fim de que a demanda seja julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

Aduz que o Município apenas repassa a verba para a Santa Casa de Misericórdia, que é entidade filantrópica, de modo não ser responsável pela fiscalização do serviço prestado pelos médicos que fazem parte da rede de saúde municipal.

Argumenta que tanto pelas normas previstas na Constituição Federal (artigos 196 a 200), quanto pela Lei Federal nº 8.080/90, não se vislumbra qualquer responsabilidade do Município, de modo que a r. sentença deve ser reformada no tocante à condenação solidária.

Alega que o Município estava exercendo o encargo administrativo de intervenção na Santa Casa de São Roque, entretanto, em nenhum momento assu-

miu os riscos do negócio, nem se beneficiou com os lucros obtidos pela prestação do serviço público.

A autora, de igual forma, interpôs recurso de apelação requerendo a reforma de alguns pontos da r. sentença. Aduz que não cabe, na espécie, a condenação por litigância de má-fé.

Explica que o ajuizamento de três ações distintas se justifica pelos diferentes atos ilícitos cometidos por cada um dos réus. Aponta desconhecer a impossibilidade de ajuizar tais ações autônomas. Aponta que em nenhum momento omitiu a informação de que outras ações haviam sido ajuizadas.

Questiona a revogação da gratuidade processual, apontando o entendimento do *E. Superior Tribunal de Justiça*, pelo qual se observa que a condenação à litigância de má-fé não enseja automática revogação da gratuidade processual.

Insurge-se também contra a sucumbência recíproca determinada pelo r. juízo "*a quo*", apontando que o pedido principal fora julgado procedente, motivo pelo qual o rateio das verbas sucumbenciais não se mantém.

Contrarrazões às fls. 588/593 e 606/610.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por danos morais proposta por *Iracema Aparecida Santinelli Silva* em face do Município de São Roque alegando, em síntese, que em 18 de junho de 2015, a sua mãe foi internada no Hospital Santa Casa de Misericórdia, com diagnóstico de pneumonia feito pelo suposto médico Pablo Galvão.

Relata que a sua mãe não recebeu os devidos cuidados médicos, agravando o quadro clínico da paciente que faleceu no dia 30 de junho de 2015.

Aponta que, durante o período de internação, descobriu que a pessoa que estava ministrando os medicamentos não era médico, e se utilizava do nome e do número de cadastro no Conselho Regional de Medicina do verdadeiro médico *Dr. Pablo Vinicius Tomaz Galvão*.

Explicitados os fatos, passo para a análise jurídica dos argumentos.

Primeiramente, não é o caso de se reconhecer a ilegitimidade passiva do Município pelo fato de o serviço médico ser prestado pela Santa Casa de Misericórdia. Afinal, inobstante o convênio celebrado, o ente público municipal é o titular do serviço públicos, nos termos do art. 196 da Constituição Federal.

A Constituição atribui ao Poder Público a tarefa de garantir o direito à saúde, tendo primazia sobre todos os demais interesses juridicamente tutelados.

Por isso, a execução de serviços na área da saúde pela Santa Casa não descaracteriza sua natureza pública ou de interesse público, sendo que a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde se estabelece em caráter

Acesso ao Sumário

complementar (art. 4º, §2º, Lei nº 8.080/90), conforme explicitado inclusive pela ré, em suas razões de apelação.

Neste sentido, inclusive, está a jurisprudência deste *E. Tribunal de Justiça*:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.* ***Legitimidade passiva do Município de Jahu e da Irmandade da Santa Casa reconhecidas. Responsabilidade solidária. O Município não pode se desincumbir de seu dever de responsabilidade de promover a universalidade e integralidade do acesso à saúde a todos os cidadãos.*** *Erro médico caracterizado. Paciente que por diversas vezes procurou atendimento médico no pronto socorro da ré. Atendimento médico realizado de modo superficial, sem buscar detalhamento ou investigação dos sérios sintomas narrados. Parte que foi a óbito em decorrência do não diagnóstico e tratamento em tempo efetivo. Prepostos que foram negligentes. Existência de nexo-causal. Análise da prova pericial e documental que demonstra o acerto do decidido. Dano moral configurado. Verba indenizatória readequada. Sentença reformada em relação ao quantum. Recursos conhecidos e parcialmente providos". [grifou-se].* (TJSP; Apelação Cível 1000609-74.2016.8.26.0302; Relatora: Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Jaú - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/11/2020; Data de Registro: 27/11/2020).
>
> *"AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. MAUS TRATOS. HOSPITAL PSIQUIÁTRICO.* ***FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. Responsabilidade Civil. Alegação de maus tratos ocorrido em hospital privado credenciado pelo Sistema Único de Saúde - SUS. Responsabilidade solidária do Estado afastada. Competência atribuída ao Município para celebrar e controlar a execução de contratos e convênios com entidades privadas prestadoras de serviço de saúde. Precedentes. Extinção do processo com fundamento no art. 485, VI, do CPC. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MUNICÍPIO DE SOROCABA. Não caracterização. Convênio firmado entre o Município de Sorocaba Municipalidade e o Hospital Psiquiátrico Instituto Professor André Teixeira Lima (entidade privada) para atendimento aos usuários do SUS. Responsabilidade do Município para celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e fiscalizar sua execução, nos termos do art. 18, X e XI, da Lei Federal nº 8.80/1990.*** *Precedentes do STJ. MÉRITO. Pretensão à reparação por danos morais por maus tratos e agressões físicas pelos funcionários do hospital psiquiátrico. Falha no cumprimento de guarda e vigilância. Demonstrada a falha na prestação do serviço. Nexo causal configurado. Dever de indenizar. Responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º, CF). Valor da indenização por danos morais reduzidos*

para R$ 15.000,00 (quinze mil reais). Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO". [grifou-se].

(TJSP; Apelação Cível 1017310-83.2016.8.26.0602; Relator: Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/08/2019; Data de Registro: 15/08/2019).

A conclusão, portanto, é a de que conquanto a Municipalidade procure excluir a sua responsabilidade, certo é que possui o dever de fiscalizar o serviço prestado pelo hospital conveniado com o SUS através dos profissionais da saúde, sendo reconhecida, na espécie, a sua legitimidade passiva.

No tocante às alegações da autora, entendo que a sua irresignação merece acolhimento em parte.

O r. juízo "*a quo*" condenou a autora ao pagamento de 1% sobre o valor da causa por litigância de má-fé, em virtude do ajuizamento de três ações distintas em virtude do mesmo fato.

Ocorre que, como se observa, as ações foram ajuizadas em face de pessoas distintas, todas responsáveis pelo evento danoso.

Como não há, no caso concreto, litisconsórcio passivo necessário, e, tendo em vista que o ajuizamento da ação em face da *Empresa Innovva* foi devidamente reconhecido nos autos, suscitando, inclusive, a prejudicialidade para a prolação da sentença de mérito, não há que se falar em litigância de má-fé, porque não evidenciado o dolo da autora, nem identificada qualquer hipótese prevista no art. 80, incisos, do Código de Processo Civil.

Cumpre salientar que a presunção do ordenamento jurídico é da boa-fé das partes, e, como não demonstrado o dolo da autora para supostamente enriquecer-se ilicitamente às custas do ajuizamento das ações (fls. 510/511), é o caso de dar provimento ao recurso de apelação neste ponto.

Como consequência do afastamento da multa por litigância de má-fé, mantém-se a gratuidade processual deferida às fls. 124/125, tendo em vista que a sua revogação teve como causa a condenação da autora à litigância de má-fé.

Por fim, em se considerando que a r. sentença foi de parcial procedência e concluiu pela condenação solidária do Município e da Santa Casa de Misericórdia ao pagamento do montante arbitrado nos autos registrados sob o nº 1001303-64.2016.8.26.0586 (R$ 200.000,00), mantém-se a sucumbência recíproca, nos termos fixados em r. sentença.

Cabe ainda se oficiar ao Ministério Público, na origem, nos termos do art. 40 do CPP, para apurar a conduta do falso médico, o que constará no resultado do julgamento, como determinação.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitu-

Acesso ao Sumário

cional e constitucional, observando-se que é pacífico no *E. Superior Tribunal de Justiça* que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

Isso posto, pelo meu voto **nega-se provimento ao apelo da Fazenda Municipal *e* dá-se provimento parcial ao da autora, para afastar a condenação por litigância de má-fé e restabelecer a gratuidade judiciária (majorados os honorários advocatícios, em sede recursal, para 12% [doze por cento] do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC), *com determinação (expedição, na origem, de ofício ao M.P. para apurar a conduta do falso médico, com base no art. 40 do CPP).***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008776-50.2017.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante DANIELA ANTUNES ROCHA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE TATUÍ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.702)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 5 de maio de 2021.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL – Improbidade administrativa – Majoração da remuneração de servidora que se fez por meio de portaria, sem base legal – Ilegalidade configurada – Ausência de responsabilidade da servidora reconhecida pela própria Municipalidade, que sequer argumenta com a existência de má-fé – Verba alimentar cuja repetição não se pode exigir, ausente a má-fé, nem mesmo em sede de ação por ato de improbidade administrativa – Descabida a condenação da autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios (art. 18 da LF 7.347/85) – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação civil por ato de improbidade administrativa movida pela Municipalidade de Tatuí em face de José Manoel Correa Coelho e de Daniela Antunes Rocha, na qual narra a autora que o primeiro requerido, na condição de Prefeito de Tatuí, nomeou a segunda requerida para ocupar cargo em comissão (Diretora de Convênios), criado pela Lei Municipal nº 4.321/2010, seguindo-se alteração do valor dos vencimentos, que passaram de R$ 2.481,01 para R$ 4.696,50, porque a ela se aplicou, na base de simples portaria, a Referência Salarial I-IX, do Anexo I, da Lei nº 3.706/2005, com redação dada pela Lei nº 4.175/2009, padrão de vencimento não correspondente ao cargo. Requer a procedência da ação a fim de ver condenados os requeridos nas sanções previstas na regra do artigo 12, II e III, da Lei Federal 8.429/92.

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação para condenar ambos os requeridos, solidariamente, ao ressarcimento do dano causado ao Erário – cujo valor, a ser apurado em liquidação, corresponde à majoração injustificada dos vencimentos, devidamente corrigido –, incidentes juros de mora de 1% ao mês, desde a sentença, condenando o réu, José Manoel Correa Coelho, ainda, à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos, por três anos, e proibindo-o de contratar com o Poder Público, de receber benefícios, incentivos fiscais, creditícios, direta ou indiretamente, mesmo que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por igual período. Na oportunidade, condenou os requeridos, de forma solidária, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação (fls. 791 a 800).

Apela Daniele Antunes Rocha, buscando a reforma da r. sentença, e isto sob o argumento de que não participou do ato ilegal, dizendo ainda que exercia suas funções com presteza e responsabilidade, ausente má-fé. Argumenta, ademais, com a natureza alimentar de que se reveste a remuneração, razão por que impossível a repetição do indébito. Sustenta, ademais, a legalidade à vista da regra do artigo 2º da Lei Federal nº 8.429/92. Pede, por fim, a inversão do ônus da sucumbência, com a condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios (fls. 805 a 816).

Em sede de contrarrazões, pugnou a Municipalidade pelo improvimento do recurso de apelação (fls. 821 a 830).

No parecer juntado a fls. 833 a 838, o Ministério Público opina no sentido do improvimento do recurso, assim como a Douta Procuradoria de Justiça (fls. 844 a 850).

É o relatório.

Não há dúvida quanto à ilegalidade da majoração dos vencimentos cor-

Acesso ao Sumário

respondentes ao cargo ocupado pela requerida, no concernente ao período entre janeiro a junho de 2015.

Com efeito, em 29 de janeiro de 2015, por meio da Portaria nº 18/2015, o Prefeito Municipal majorou os vencimentos da Diretora de Convênios (de R$ 3.580,29 para R$ 4.231,08), o que fez mediante a aplicação da remuneração correspondente à Referência I-IX, do Anexo I, da Lei nº 3.706/2005, com redação dada pela Lei nº 4.175/2009 (fls. 457).

É bem de ver que o juízo declarou a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.175/2009, diante da criação das referências salariais I-VIII até I-XXI, sem que houvesse indicação dos respectivos cargos passíveis de enquadramento, em afronta à norma do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e do artigo 111, *caput*, da Constituição Estadual. Cumpre destacar, contudo, que a parte não se volta contra a declaração incidental de inconstitucionalidade, razão por que, configurada a preclusão máxima desse capítulo da r. sentença, não há de se falar na incidência da cláusula de reserva de que trata a norma do artigo 97 da Constituição Federal.

E a menção à regra do artigo 2º da Lei Federal nº 8.429/92 não socorre a tese da legalidade do ato praticado, pois a equiparação legal não tem a menor pertinência para o arbitramento da imputação feita ao agente político e à servidora pública, tudo consistindo em saber se o aumento da remuneração, por meio de portaria, configura ou não improbidade administrativa.

No que diz respeito à responsabilidade da apelante, é inegável que se viu beneficiada pelo ato de improbidade administrativa. Contudo, de acordo com a própria Municipalidade, é certo que "não foi constatado que o servidor em questão tenha participado da elaboração do ato reputado ilegal", inexistindo, ademais, sequer alegação no sentido de que Daniela Antunes Rocha tivesse agido de má-fé ou mesmo com culpa.

Ademais, tratando-se de verba alimentar – e mais, ausente a má-fé –, inexigível se revela sua devolução, pois alimentos não são passíveis de repetição. Trata-se, pois, de reformar a r. sentença para julgar a ação improcedente em relação à apelante, Daniela Antunes Rocha.

Descabida, porém, a condenação da Municipalidade ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, em face da regra do artigo 18 da Lei Federal nº 7.347/85 – aplicável à ação por ato de improbidade administrativa (STJ, REsp. 577.804/RS, rel. Min. Teori Zavascky, DJ 14.02.2006) –, porquanto inexistente comprovada má-fé por parte da autora.

Nestes termos, dou parcial provimento ao recurso.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003234-08.2020.8.26.0572, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é apelante JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – JUCESP, é apelado MÁRCIO LOURENÇO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.070)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente) e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 11 de maio de 2021.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: JUCESP – Autor figurando como sócio de empresas indevidamente - Inclusão promovida por falhas na realização dos registros – Atos registrados depois de a JUCESP ser transformada em autarquia na forma da LCE nº 1.187/12 e praticados sem reconhecimento de firma ou confrontação com a cédula de identidade e CPF – Defeito na prestação do serviço público configurada – Anulação dos atos e pagamento de indenização devidos – Art. 37, § 6º, da CF/88 – Precedentes – Recurso não provido, com observação.

VOTO

Recurso de apelação contra a sentença de fls. 164/166 e 173, que julgou parcialmente procedente ação de procedimento comum movida em face da Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP para o fim de anular, em razão de fraude cometida por terceiro, atos constitutivos de pessoas jurídicas nas quais o autor figura como sócio e condenar a ré ao pagamento de danos materiais no valor de R$ 1.548,37, a ser acrescido de correção monetária e juros de mora "contados da citação", afastando condenação em danos morais e reconhecendo a sucumbência recíproca, arbitrando verba honorária aos advogados de ambas as partes em "10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico obtido", observada a gratuidade.

Apela a requerida insurgindo-se tão somente quanto à condenação em danos materiais, defendendo que na hipótese não houve atuação ilícita de agente

Acesso ao Sumário

público e não restou comprovado o nexo de causalidade, a afastar o seu dever de indenizar. Aponta, ainda, que não foi provocada pelo interessado "para apurar as falsidades alegadas" na esfera administrativa, insistindo que realiza apenas uma verificação formal dos documentos apresentados, conforme jurisprudência transcrita, sustentando, ao final, que o montante condenatório envolve seguro- desemprego que pode ser sacado pelo autor após a decisão anulatória (fls. 178/175).

Apelo tempestivo e dispensado de preparo; contrarrazões às fls. 190/199.

É o relatório.

O autor ajuizou "ação declaratória de nulidade de ato constitutivo de pessoa jurídica c.c. danos materiais e morais" em face da JUCESP alegando que tomou conhecimento que figurava como sócio, indevidamente, em empresas que desconhece, inclusão promovida por descuido na realização dos registros, pleiteando a anulação dos atos e o pagamento de indenização por danos materiais e morais (fls. 01/22).

Anoto que o requerente pediu a condenação da requerida em danos materiais, pois deixou de receber R$ 1.506,84 a título de seguro-desemprego justamente porque figurava como titular de pessoas jurídicas (em especial fls. 10). Na data da propositura da demanda referido valor atualizado correspondia a R$ 1.548,37 (fls. 21).

O sentenciante julgou a ação parcialmente procedente para o fim de anular, em razão de fraude cometida por terceiro, os atos constitutivos de pessoas jurídicas nas quais o autor figura como sócio e condenar a ré ao pagamento de danos materiais no valor de R$ 1.548,37, a ser acrescido de correção monetária e juros de mora "contados da citação", afastando condenação em danos morais (fls. 164/166 e 173), provimento jurisdicional atacado somente pela requerida (fls. 178/185).

Ausente recurso de apelação do requerente e tendo em vista que o montante condenatório afasta a exigência do reexame necessário (art. 496, § 3º, II, do Código de Processo Civil - CPC), a controvérsia recursal está restrita à matéria levantada no apelo de fls. 178/185.

Ao que consta dos documentos de fls. 42 e seguintes, os atos questionados foram registrados em 2019 e 2020, ou seja, depois de a JUCESP ser transformada em autarquia na forma da Lei Complementar Estadual - LCE nº 1.187/12, a justificar o direcionamento da ação apenas em face ré.

É certo que a JUCESP tem obrigação de verificar a regularidade formal dos atos submetidos a registro, arquivando os respectivos documentos; a falsidade de assinatura, em princípio, escapa ao âmbito do seu controle, conforme predominante jurisprudência, contudo, no caso em análise, restou demonstrado que não foram observados os requisitos formais exigidos para o referido arqui-

vamento.

Isso porque as normas aplicáveis para a abertura e registro de sociedade, as quais estão disponíveis no próprio *site* da JUCESP, apontam a necessidade de apresentação conjunta de cópias autenticadas de identidade e Cadastro de Pessoas Físicas - CPF dos sócios (conforme o "Manual de orientações – procedimentos de registro de atos de empresas mercantis"), o que não foi observado, ressaltando, ademais que a Junta Comercial editou posteriormente enunciados com "Uniformização dos Critérios de Julgamento" (por meio da Deliberação JUCESP nº 13/12) indicando expressamente que

"As assinaturas lançadas nos requerimentos para arquivamento de atos, antes da efetivação do registro, deverão ser verificadas quanto à autenticidade e à legitimidade do signatário, formulando-se exigência, quando for o caso, para que o requerente sane as irregularidades encontradas, nos termos do art. 1.153, do Código Civil" (com sublinhado meu).

Aqui, pelo que se verifica dos documentos juntados às fls. 42/73, o autor foi incluído em quadros societários de empresas sem reconhecimento de firma ou confrontação com a cédula de identidade e CPF, documentos que eram igualmente exigidos para o ato.

Nesse contexto, é reconhecido que houve falha na prestação do serviço público (nesse sentido: AP nº 1058692-05.2019.8.26.0100, j. 04/08/2020 e AP nº 0102983-74.2007.8.26.0053, j. 18/12/2017, ambas de minha relatoria), a permitir o pagamento de indenização por danos materiais, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal - CF/88, como bem concluído pelo sentenciante (em especial fls. 165), tendo em vista que requerente deixou de receber valor a título de seguro-desemprego justamente porque figurava indevidamente como titular de pessoas jurídicas, configurando o nexo de causalidade. Nessa direção:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL – Registro empresarial fraudulento – Indenização por danos morais e materiais – Alteração societária em razão de fraude promovida por terceiros – Incúria em relação ao serviço prestado pelo Poder Público – Mínima conferência que poderia ter evitado a concretização do registro – Caracterizada a responsabilidade da ré pelo evento danoso – Configurado o dano moral e material, passíveis de ressarcimento – Ação julgada parcialmente procedente na 1ª Instância – Sentença reformada em parte – Recurso provido*" (AP nº 1072253-33.2018.8.26.0100, rel. Des. Leme de Campos, j. 14/06/2019).

Fica observado, contudo, que os encargos incidentes sobre o montante condenatório devem ser calculados segundo o critério pacificado tanto pelo Supremo Tribunal Federal - STF quanto pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ nos temas de repercussão geral nº 810 e de recursos repetitivos nº 905, respectivamente.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do recurso, com a observação acima lançada, majorando a verba honorária devida pela JUCESP em 02 (dois) pontos percentuais, na forma do art. 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1044299-27.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante STILLO'S FORMATURAS S/S LTDA. - EPP, são apelados FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON e PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.025)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 14 de maio de 2021.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação anulatória – Multa aplicada pelo Procon – Pleito que visa à anulação da decisão administrativa que impôs a penalidade de multa por violação aos dispositivos do CDC, com o consequente cancelamento, em razão da existência de cláusulas abusivas em contrato de prestação de serviços – Sentença de improcedência – Cláusulas contratuais que violam o disposto no art. 51, I e IV do CDC – Cobrança por emissão de boleto bancário – Ausência de violação ao art. 39, V, do CDC – Possibilidade de se cobrar tarifa para a emissão de boleto bancário – Previsão a respeito em documento, além de disponibilização de outras formas para pagamento – Adequação do valor da multa às infrações reconhecidas – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Stillo's Formaturas SS Ltda. EPP (fls. 347/357) em face da r. sentença de fls. 338/342, proferida pelo MM. Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, nos autos da ação anulatória de débito fiscal promovida em face do PROCON - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor, visando à anulação da decisão administrativa que impôs a penalidade no importe de R$ 5.386,67, com o cancelamento na multa imposta por suposto descumprimento aos artigos 39, V, 51, IV, 51, I, da Lei 8.078/90.

O Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido e manteve a suspensão da exigibilidade do débito em razão do depósito efetuado, até o trânsito em julgado da decisão.

Recorre a autora, pugnando pela reforma da sentença monocrática. Para tanto, aduz que em análise aos autos de infração, denota-se que não houve qualquer explicação dos elementos que ensejaram o convencimento do referido órgão para aplicação da penalidade ora em questão. Assevera que a questão tratada na exordial não é a competência ou legalidade da apelada, mas sim se houve infrações a direitos consumeristas e, por evidente, se a multa é cabível ou não, vez que não colacionou aos autos aos autos as reclamações que motivaram a decisão pela aplicação da multa ou qualquer prova da ocorrência das infrações que alega ter a apelante cometido. Salienta que em se tratando de empresa organizadora de eventos na área de formatura, apenas realiza a intermediação dos formandos e fornecedores (espaços, buffet, artigos de decoração, etc.), ou seja, apenas administra os interesses dos formandos, e cabia a cada um deles efetuar o pagamento da cota parte de outras formas além do boleto bancário, e caso optasse por tal forma as despesas oriundas deviam ser suportadas por ele, sendo certo que a legislação que passou a proibir a cobrança de despesas financeiras para emissão de boletos (Lei nº 14.463/2011), entrou em vigor em 25.05.2011, a despeito do contrato ter sido entabulado em setembro/2010 e a reclamação formulada pela consumidora Valéria em 08.02.2011, além do que o Processo Administrativo para analisar suposta infração teria sido instaurado em dezembro/2011, ou seja, após a promulgação da referida lei. Assevera que, diversamente do entendimento do Magistrado sentenciante em relação aos serviços de guarda-volumes, comumente conhecido como "chapelaria", tais serviços são prestados por empresas especializadas no ramo, todavia, no caso em apreço, não houve contratação, tanto que consta do contrato informação sobre a isenção de responsabilidade dos objetos pessoais portados no evento fora da "chapelaria", ou seja, qualquer objeto deixado fora do local apropriado é de responsabilidade de seu proprietário. Alega, por fim, que não há qualquer abusividade quanto à multa e prazo para cancelamento do contrato, pois além de não extrapolar o valor da obrigação principal, além do que tal medida se faz necessária para garantir a execução do evento na data escolhida pelos formandos, e a desistência de

Acesso ao Sumário

um implica em ônus aos demais contratantes, sendo que a multa tem o intuito de minimizar o prejuízo da coletividade com a desistência imotivada de um participante. Ao final, requer o provimento do recurso para julgar procedente a ação.

Contrarrazões às fls. 365/382.

É o relatório.

Trata-se de ação ajuizada pela empresa Stillo's Formaturas SS Ltda. EPP em face do Procon - Fundação e Proteção e Defesa do Consumir, na qual busca à anulação do auto de infração nº 01910-D8, que lhe impôs multa no valor de R$ 5.386,67, nos termos dos artigos 56, inc. I e 57, ambos do Código de Defesa do Consumidor, por suposto descumprimento aos artigos 39, V, 51, I e IV, da Lei 8.078/90, assim descritas:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

As infrações dizem respeito à abusividade de cláusulas inseridas no contrato particular de prestação de serviços nº 2589, objeto de reclamação de consumidora, relacionadas e analisadas a seguir:

I) Art. 51, inc. IV da Lei Federal nº 8.078/90 o contrato de adesão e compromisso, em sua cláusula 6, prevê vantagem exagerada ao impor valor desproporcional a título de multa por desistência, assim como não aceitar pedidos de cancelamento após 180 dias do ano letivo de conclusão do curso;

A infração ao art. 51, inc. IV, do CDC foi constatada na cláusula sexta – RESCISÃO CONTRATUAL, ao estipular que "*o formando poderia desistir de participar do evento e rescindir seu contrato de adesão e compromisso até 180 (cento e oitenta) dias antes do término do ano letivo de conclusão do curso, desde que pago a título de multa de 30% do valor total do contrato de*

Acesso ao Sumário

adesão, além dos custos havidos pela CONTRATADA até a data de seu pedido de rescisão. Após esse período, em virtude das proximidades dos eventos e dos compromissos assumidos com terceiros, será exigido o pagamento integral do contrato." (fls. 85).

Neste caso, o PROCON entende que o contrato em questão deixa o consumidor em situação de desvantagem exagerada.

De fato, a cláusula que impõe ao consumidor o percentual de 30% do valor total do contrato estipulado a título de multa por rescisão contratual, e estabelece que após o período de 180 dias do ano letivo de conclusão do curso o contrato deve ser pago integralmente, mostra-se abusiva.

Consoante entabulado pelo art. 51, inciso IV, do CDC, tal cláusula é desarrazoada por colocar o consumidor em plano distinto do fornecedor na relação de consumo, de modo a provocar um desiquilíbrio contratual; e o CDC, após reconhecer em seu art. 4º, inciso I, a vulnerabilidade do consumidor, instituiu no art. 6º, inciso IV, a proteção contra cláusulas abusivas, visando evitar que sejam praticadas no mercado de consumo.

Dessa forma, autuação, neste ponto, está correta.

II) Art. 51, inc. I, da Lei Federal nº 8.078/90 – o fornecedor exime-se do seu dever de vigilância necessária ao não se responsabilizar por objetos pessoais, pertencentes aos formandos e seus convidados no local do evento.

No contrato de prestação de serviços firmados entre as partes há previsão de que a empresa não se responsabiliza por objetos pessoais levados aos eventos organizados por ela.

Por certo, o consumidor que vai a uma festa de formatura, precisará levar consigno objetos pessoais, tais como celular, bolsa e carteira com documentos, valor em espécie, além de cartões de crédito.

Não há como simplesmente se eximir da vigilância dos pertences dos formandos, ou dispor se não fornecer, ao menos, de local em que possam ser mantidos em segurança. Não há como deixar de considerar, na atualidade, o celular como um item pessoal necessário. Uma vez ausente local específico e seguro para a guarda dos bens e com clara orientação que devem ser ali guardados, a cláusula que exime a empresa de eventos de qualquer responsabilidade pelos objetos levados pelos formandos é abusiva e, portanto, nula, nos termos do art. 51, I e IV, do CDC.

Somente poderia se eximir de tal responsabilidade se disponibilizasse um local seguro para que os pertences dos formandos fossem guardados, pois, nesse caso, a opção de não os guardar em tal lugar, acarretaria a eles a responsabilidade de vigilância sobre os mesmos, a despeito da alegação de necessidade de contratação de serviço de "chapelaria" para tanto.

Acesso ao Sumário

Com relação a tais infrações, a multa foi aplicada de acordo com os critérios estabelecidos no Capítulo III, Seção V, da Portaria Normativa PROCON nº 45/2015 (artigos 29 a 36), que têm como fundamento os artigos 56, I e 57 do CDC, assim descritos:

> *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.*

No que se refere à cobrança da taxa referente à emissão de boleto bancário, é o caso de acolhimento da alegação da recorrente em relação à legalidade da cobrança da tarifa para emissão de boleto bancário.

A empresa foi autuada pela cobrança de emissão de boleto bancário, no valor correspondente a R$ 3,00 cada um (art. 39, inciso V, da Lei nº 8.078/90).

Consoante constou da cláusula segunda do contrato de prestação de serviços nº 2589 (fls. 83), foram disponibilizadas várias formas de pagamento, dentre as quais, cartão de crédito, cheques pós-datados e boletos bancários; e no caso desta última opção pelo consumidor, consignou-se advertência expressa a respeito da cobrança de taxa administrativa no valor de R$ 3,00 por boleto enviado, de forma que o consumidor tinha plena ciência do custo cobrado pela emissão do documento.

Por outro lado, a quantia cobrada para a emissão de boleto (R$ 3,00) não se revelou abusiva, nem tampouco consubstanciada situação de desvantagem "manifestamente excessiva" ao consumidor.

Não bastasse, na hipótese dos autos o contrato fora firmado no ano de 2010, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei Estadual nº 14.463/2011, de modo que o repasse ao consumidor da tarifa de emissão de boletos não se afigura abusivo ou ilegal.

Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu no julgamento do REsp 1246622/RS, que a cobrança de tarifa similar (TEC tarifa de emissão de carnê) é plenamente válida, mas apenas se especificamente prevista no contrato e desde que não haja manifesta abusividade (STJ, REsp nº 1.246.622/RS, Rel.

Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.11.2011), como é o caso dos autos, eis que se verifica previsão específica da tarifa e também do valor no contrato de adesão firmado entre as partes (fls. 74/89).

Dessa forma, é o caso de afastar o reconhecimento de violação ao art. 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso para julgar parcialmente procedente a pretensão inicial para afastar o reconhecimento da violação ao disposto no art. 39, inciso V, da Lei Federal nº 8.078/90, sendo de rigor empreender-se a redução da multa em 1/3 do valor fixado pelo Procon, considerando que das três infrações imputadas, duas foram reconhecidas. Assim, esse valor se revela apropriado e proporcional para se assegurar equivalência em relação às infringências ao diploma consumerista.

Em razão da sucumbência recíproca deverá cada parte arcar com o pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios dos patronos da parte adversa, fixados em 10% sobre o valor da causa.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Isto posto, **dá-se parcial provimento** ao recurso, nos termos acima dispostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001721-15.2020.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é apelante LUCINDA MINHOLLA BRIGUENTE, são apelados INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSP e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.982)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA

Acesso ao Sumário

ALVES.

São Paulo, 19 de maio de 2021.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação Cível – Administrativo – Pretensão de fornecimento de tratamento "home care" a pessoa idosa acometida de demência e sequelas de AVC – Sentença de improcedência – Recurso pela autora – Provimento parcial de rigor.

1. Fornecimento de "home care", com atendimento 24h/dia à autora – Impossibilidade de concessão na extensão almejada – Inexistência de previsão a respeito na norma de regência – DE nº 13.420/79, art. 72, IV que prevê apenas atendimento domiciliar (visitas) e que, ademais, está revogado pelo DE 14.744/80 – Direito à saúde que não se confunde com a pretensão de disponibilização de serviços de cuidador – Entretanto, impõe considerar que dentre as finalidades do IAMSPE está a de prestar serviços de assistência médica de elevado padrão (art. 2º do Decreto nº 257/70) o que, sopesado com o princípio da dignidade da pessoa humana, acarreta a necessidade de prestar auxílio a pessoa vinculada ao sistema e acometida de AVCs e debilidade motora – Pleito de "home care" com cuidador e fisioterapeuta que, no entanto, excede a razoabilidade e isonomia e, portanto, autorizada a limitação a períodos de seis horas por dia além de fisioterapia três vezes por semana e, ainda, orientação médica e nutricional uma vez por mês – Eventual provimento na extensão almejada que ensejaria ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e eficiência de alocação de recursos públicos além de vulneração da viabilidade do próprio sistema.

2. Sucumbência recíproca reconhecida.

R. Sentença reformada – Recurso da autora provido parcialmente.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Por r. Sentença de fls. 105/108, cujo relatório ora se adota, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Osvaldo Cruz, nos autos de **Ação de**

Obrigação de Fazer proposta por **Lucinda Milholla Briguente** (representada por sua curadora Claúdia Ivone Briguente) em face do **Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual**, assim decidiu: "JULGO IMPROCEDENTE a presente demanda ajuizada por LUCINDA MINHOLLA BRIGUENTE, em face do INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSPE e, extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Revogo a liminar concedida. Condeno o requerente ao pagamento de custas honorários que fixo em 10% do valor da causa, observada a gratuidade de justiça a que faz jus".

Não conformada apela a autora **Lucinda Milholla Briguente** (representada por sua curadora Claúdia Ivone Briguente) com razões de fls. 111/127.

Pretende a reforma da r. Sentença no sentido de "Isto posto, respeitosamente, requer-se: a) Conceda a antecipação da tutela recursal, liminarmente e em caráter de urgência, expedindo ordem para que o Apelado continue a prestar o atendimento de internação domiciliar (home care), nos moldes da r. decisão de fls. 52/53; b) Alternativamente ao item "a", acima, o recebimento deste apelo em ambos os efeitos, determinando-se seja restaura a tutela de urgência em vigor, com a consequente manutenção dos serviços que vem sendo prestados à apelante; c) Ao final, pelo provimento do presente apelo, confirmando a procedência da pretensão inicial, tornando definitiva a prestação dos serviços médicos oferecidos à apelante, com a consequente inversão dos ônus da sucumbência condenando, por conseguinte, a apelada no pagamento de verba honorária da sucumbência, em seu grau máximo". Para tanto, em resumo, argumenta que padece de severas doenças que exigem atendimento diário permanente por equipe multidisciplinar em consonância com a Súmula nº 90 do TJSP e que a circunstância de a adesão ao IAMSPE ser voluntário/facultativo o equipara a plano de saúde cabendo-lhe "prestar serviços de assistência médica, alicerçados num regime contributivo próprio, destinado apenas a servidores públicos estaduais e seus dependentes. Portanto, não se confunde com o regime do SUS, por exemplo, assemelhando-se mais aos planos de saúde particulares. O Decreto Lei nº 257, de 29 de maio de 1970, dispôs sobre a finalidade e organização do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE e estabeleceu, no seu artigo 2º: o IAMSPE tem por finalidade precípua prestar assistência médica e hospitalar, de elevado padrão, aos seus contribuintes e beneficiários". Colaciona julgados que lhe seriam favoráveis.

Contrarrazões às fls. 131/138, subindo os autos.

O Parecer da D. e I. Procuradoria de Justiça, fls. 153/158, opina pelo provimento do recurso.

2. Comporta reforma a r. Sentença recorrida.

Trata-se de **Ação de Obrigação de Fazer** proposta por **Lucinda Milholla Briguente** (representada por sua curadora Claúdia Ivone Briguente) em face do **Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual**, por meio da

Acesso ao Sumário

qual almeja condenação da requerida na obrigação de custear o tratamento domiciliar "home care" na forma prescrita por seu médico, e ao pagamento de 10 (dez) salários mínimos a título de danos morais, incontestavelmente sofridos. Para tanto, em resumo, argumenta que padece de severas doenças, notadamente, sequela de AVC e Demência de origem vascular e que, segundo prescrição médica, está a exigir "auxílio constante 24 horas de profissionais de enfermagem, assim como orientações médicas com visita semanal, fisioterapia motora e pulmonar diária e acompanhamento mensal com nutricionista" destacando que é agregada ao IAMSPE e que a pretensão se funda em preceito constitucional de acesso e garantia à Saúde.

De proêmio, anote-se que o pleito relativo à indenização não foi renovado no recurso de apelação e sequer apresentada argumentação correlata. Deste modo, se circunscreve o presente julgamento ao pleito relativo à condenação na obrigação de fazer consistente na prestação de serviços de "Home Care".

Em que pese a delicada situação vivenciada pela autora, bem como as dificuldades impostas pelo seu quadro de saúde, não há como se acolher a pretensão na extensão formulada, impondo-se sua limitação.

No caso presente, embora se reconheça a proeminência do direito à saúde, o que se pretende é a disponibilização de tratamento diferenciado (técnico de enfermagem 24h/dia), em regime de "home care", em afronta clara ao princípio da isonomia bem como em desprestígio da eficiência do serviço público prestado pela autarquia, com vistas ao atendimento de maior número de pessoas.

Convém destacar o disposto no art. 72, IV, do Decreto Estadual nº 13.420/79, ao contemplar o Serviço de Assistência Domiciliar não objetiva contemplar o fornecimento de "home care", com enfermeiros 24h/dia, *mas visitas domiciliares quando necessárias*.

E, mesmo que assim não fosse, importa observar que referida norma está de há muito revogada, mais precisamente pelo Decreto nº 14.744/1980[1].

De outra parte, contudo, forçoso considerar que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, corporifica um conjunto de direitos fundamentais, dentre os quais o acesso a tratamentos de saúde que garantam o seu

Acesso ao Sumário

1 **DECRETO N. 14.744, DE 21 DE FEVEREIRO DE 1980**

Revoga o Decreto n. 13.420, de 14 de março de 1979 e dá providências correlatas

PAULO SALIM MALUF, GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, no uso de suas atribuições legais e com fundamento no Artigo 89 da Lei n. 9.717, de 30 de janeiro de 1967,

Decreta:

Artigo 1.º - Fica revogado o Decreto n. 13.420, de 14 de março de 1979, que aprovou o Regulamento do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE.

Artigo 2.º - Fica restabelecida a vigência do Decreto n. 52.474, de 25 de junho de 1970, que aprovou o Regulamento do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, adaptando-o ao Decreto-lei n. 257, de 29 de maio de 1970, observadas as alterações posteriores.

Artigo 3.º - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, 21 de fevereiro de 1980.

PAULO SALIM MALUF

bem-estar.

É princípio que está tipificado dentre os **fundamentos** e não dentre os objetivos da Constituição Federal, não devendo, por isso, ser tratada como um simples *dever-ser* sem qualquer eficácia imediata.

Por esses motivos, conclui-se que a decisão, que assegura à parte o respeito a um direito, não configura indevida ingerência do Judiciário em poder discricionário do Executivo, mas simples exercício de sua missão constitucional de fazer cumprir e respeitar as normas legais em vigor (art. 5º, XXXV, da CF).

No tocante ao pleito propriamente considerado, isto é, o fornecimento de "home care", com a disponibilização de técnico de enfermagem e fisioterapeuta (3 sessões por semana em casa), necessário diferenciar-se direito à vida e à saúde assegurados constitucionalmente (preconizados no art. 196 da CF), da pretensão ora pleiteada de prestação privada de serviço de cuidador diário e personalizado e atendimento de enfermagem.

E, por isso, não há como se acolher a pretensão da autora na extensão desejada, embora cabível o auxílio a ser disponibilizado pelo **Instituto de Assistência Médica do Estado** a pessoa vinculada ao sistema.

O art. 2º do Decreto-lei nº 257/1970, que estabelece as finalidades e organização do **IAMSPE**, consigna que: "*O IAMSPE tem por finalidade precípua prestar assistência médica e hospitalar, **de elevado padrão**, nos seus contribuintes e beneficiários*".

Neste contexto e considerando o quanto acima já destacado acerca dos preponderantes princípios constitucionais sobre o tema, reputo que embora não admissível a concessão da pretensão na extensão formulada de rigor a determinação ao **IAMSPE** para que disponibilize atendimento alternativo, mais especificamente, serviço de cuidador adequadamente treinado por período de seis (06) horas a cada dia além de acompanhamento por fisioterapeuta (motora e pulmonar) três (03) dias por semana e de maneira ininterrupta enquanto necessário para a autora e, orientação médica e nutricional de uma vez por mês.

Esta solução alternativa e intermediária atende a um só tempo as necessidades constatadas da autora e os demais princípios norteadores da Administração Pública, tais como o da impessoalidade, isonomia e eficiência na alocação de recursos públicos com vistas a permitir e preservar recursos financeiros para as demais finalidades estatais no âmbito de serviços de saúde, com acesso universal e igualitário.

Com base neste princípio e sopesado com o direito à saúde é que se deverá aquilatar da pertinência da pretensão almejada.

Destarte, é de ser reformada a r. Sentença para o fim de julgar parcialmente procedente a ação para o fim de reconhecer o direito da autora **Lucinda Milholla Briguente** (representada por sua curadora Claúdia Ivone Briguente)

Acesso ao Sumário

a atendimento por equipe multidisciplinar em extensão menor do que a postulada, ou seja: cuidador com treinamento adequado ou enfermeiro ou técnico de enfermagem por período único de 06 (seis) horas diárias e acompanhamento por fisioterapeuta (motora e pulmonar) três (03) dias por semana bem como orientação médica e nutricional uma vez por mês, por tempo indeterminado isto é, enquanto perdurar sua necessidade.

Por derradeiro, em razão do presente desfecho decisório se impõe o reconhecimento da sucumbência recíproca na forma do art. 86 do CPC.

Assim, considerando-se a natureza da demanda e sua mediana complexidade, hei por bem em condenar as partes no pagamento das custas e despesas do processo na proporção de 50% para cada e, ainda, no pagamento de honorários advocatícios ora arbitrados em atenção ao disposto no § 8º, do art. 85 do CPC em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para o patrono de cada parte, observada a gratuidade de Justiça de que beneficiária a autora.

Para efeito de eventual prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou todas as questões postas no recurso sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional, restando expressamente prequestionados todos os artigos implícita e explicitamente mencionados.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte o apelo da autora **Lucinda Milholla Briguente** (representada por sua curadora Claúdia Ivone Briguente) para o fim de julgar parcialmente procedente a ação para o fim de reconhecer o direito da autora a atendimento por equipe multidisciplinar em extensão menor do que a postulada, ou seja: cuidador com treinamento adequado ou enfermeiro ou técnico de enfermagem por período único de 06 (seis) horas diárias e acompanhamento por fisioterapeuta (motora e pulmonar) três (03) dias por semana bem como orientação médica e nutricional uma vez por mês, por tempo indeterminado isto é, enquanto perdurar sua necessidade. Reconhecida a sucumbência recíproca na forma do voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000223-72.2021.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que é apelante SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE IBITINGA, é apelado MUNICÍPIO DE IBITINGA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Preliminares afastadas e, no mérito, recurso desprovido, por V.U.", em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 32.030)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 20 de maio de 2021.

Jeferson MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Preliminares de cerceamento de defesa e perda superveniente do objeto afastadas – No mérito, pretensão de garantir o direito ao afastamento ou teletrabalho dos profissionais da rede de ensino enquanto durar a pandemia – Inocorrência de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes –Decreto Municipal nº 4.868/2021 editado nos moldes do Decreto Estadual nº 65.384/2020, regulamentado pela Resolução SEDUC nº 11/2021, que não trazem tal obrigatoriedade – Inexistência de afronta ao direito à saúde – Sentença que julgou improcedente a ação mantida, ainda que por fundamentos diversos – Preliminares afastadas e, no mérito, recurso desprovido".

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE IBITINGA** em face do **MUNICÍPIO DE IBITINGA.** Alega, em síntese, que por meio do Decreto Municipal nº 4868/2021, o município réu, seguindo as diretrizes do Estado de São Paulo, nos termos do Decreto Estadual nº 65.384/2020, determinou o retorno das aulas presenciais à partir de 01 de fevereiro sem, contudo, fazer qualquer ressalva aos servidores pertencentes ao grupo de risco. Postula o reconhecimento do direito dos servidores da rede escolar municipal que façam parte do grupo de risco, mediante apresentação de atestado médico, de serem afastados por tempo indeterminado, enquanto durar a pandemia ou, alternativamente, lhes seja reconhecido o direito de exercer seu trabalho na modalidade remota (teletrabalho).

A r. sentença de fls. 144/148 julgou improcedente a ação, sem condenação em custas e honorários advocatícios.

Apela o autor (fls. 153/181). Preliminarmente, sustenta o cerceamento de defesa, em razão da não concessão de prazo para oferecimento de réplica. No mérito, sustenta ser legítima a atuação do Poder Judiciário e que os servidores do grupo de risco devem ter o direito de afastamento durante a pandemia ou de se manter em regime de teletrabalho.

Acesso ao Sumário

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls.185/195).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 213/221).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

A preliminar de cerceamento de defesa em razão da ausência de oportunidade de apresentação de réplica deve ser afastada, tendo em vista que não incide ao caso hipótese do art. 351 do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, não merece guarida a preliminar aventada pelo ente público, de perda superveniente do objeto, em razão da edição do Decreto Municipal nº 4.883/2021, uma vez que referida norma dispôs a suspensão das aulas presenciais apenas na fase vermelha de classificação do "Plano São Paulo", sendo que o objeto da presente ação é mais amplo, pelo afastamento dos servidores da rede de ensino pertencentes ao grupo de risco, independentemente da fase de classificação da pandemia, mas enquanto ela perdurar.

Diante disso, afasto as preliminares arguidas.

No mérito, ao contrário do fundamento adotado pela r. sentença, entendo que o provimento jurisdicional aqui postulado não implicaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes, eis que cumpre ao Poder Judiciário garantir a atuação positiva do Estado no que se refere à proteção do direito à saúde.

Assim sendo, perfeitamente possível que questões acerca da realização e manutenção de políticas públicas que visem a proteção de tal direito constitucional, como *in casu*, onde se pretende garantir à saúde de pessoas com comorbidades em razão da pandemia do COVID-19, sejam analisadas pelo Poder Judiciário.

Nesta linha, com o início da pandemia do COVID-19, foi promulgada a Lei Federal nº 13.979/2020, com alterações posteriores, dispondo sobre as medidas para enfretamento da emergência de saúde pública, tendo previsto, dentre outros, sobre medidas a serem adotadas pelas autoridades no âmbito de suas competências federal, estadual e municipal.

Acesso ao Sumário

Vale ressaltar, que a competência concorrente entre os entes da federação, para atuarem em cooperação recíproca e conjunta, com a necessária observância aos interesses e peculiaridades locais, foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Adin nº 6.341/DF, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio Melo.

No âmbito do Estado de São Paulo, foi editado o Decreto Estadual nº 64.994, de 28 de maio de 2020, que tratou sobre a medida de quarentena, além de instituir o denominado "Plano São Paulo", consignando em seu art. 2º:

Art. 2º. Fica instituído o Plano São Paulo, resultado da atuação coordenada do Estado com os Municípios paulistas e a sociedade civil, com o

objetivo de implementar e avaliar ações e medidas estratégicas de enfrentamento à pandemia decorrente da COVID-19.

Parágrafo único - A íntegra do Plano São Paulo está disponível no sítio eletrônico (*Endereço eletrônico constante no texto original*).

Especificamente no que tange ao setor da educação e, em alinho às ações de combate à pandemia e de retorno gradativo das atividades sociais, foi editado o Decreto Estadual nº 65.064, de 13 de julho de 2020, dispondo acerca da retomada das aulas e atividades presenciais.

Sobreveio o Decreto Estadual nº 65.384 de 17 de dezembro de 2020, que reconheceu o ensino como atividade essencial e reformulou o plano de retomada das aulas e atividades presenciais nas redes pública e privada de ensino e, considerando recomendações do Centro de Contingência do Coronavírus da Secretaria Estadual de Saúde, passou a disciplinar que:

Art. 3º - As aulas e demais atividades presenciais serão retomadas, gradualmente, nas unidades de educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, localizadas em áreas classificadas, nos termos dos artigos 3º e 5º do Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020:

I - nas fases vermelha ou laranja, com a presença limitada a até 35% do número de alunos matriculados;

II - na fase amarela, com a presença limitada a até 70% do número de alunos matriculados;

III - na fase verde, admitida a presença de até 100% do número de alunos matriculados.

Art. 4º - As aulas e demais atividades presenciais poderão ser retomadas, gradualmente, nas instituições de ensino superior localizadas em áreas classificadas, nos termos dos artigos 3º e 5º do Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020, na fase:

I - amarela, com presença limitada a até 35% do número de alunos matriculados;

II - verde, com a presença limitada a até 70% do número de alunos matriculados.

Parágrafo único - As aulas e atividades presenciais dos cursos de medicina, farmácia, enfermagem, fisioterapia, odontologia, fonoaudiologia, terapia ocupacional, nutrição, psicologia, obstetrícia, gerontologia e biomedicina poderão ser retomadas em qualquer fase do Plano São Paulo, admitida a presença de até 100% do número de alunos matriculados.

(...)

Art. 7º - A Secretaria da Educação poderá, mediante ato próprio, convocar servidores para a prestação de atividades presenciais em seus respectivos locais de trabalho, independentemente do disposto no inciso I do artigo 3º do Decreto nº 64.879, de 20 de março de 2020, e do inciso II do artigo 1º do Decreto nº 65.320, de 30 de novembro de 2020.

Acesso ao Sumário

Por sua vez, valendo-se da prerrogativa conferida pelo art. 7º, do Decreto nº 65.384/2020, a Secretaria da Educação editou a Resolução SEDUC nº 11/2021, que assim dispôs:

> *Art. 11. As jornadas e as cargas horárias de trabalho dos profissionais da educação da rede estadual deverão ser cumpridas presencialmente na unidade escolar a partir de 29 de janeiro de 2021.*
>
> §1º ***A dispensa de realização de atividades presenciais está condicionada à apresentação de atestado médico atualizado a partir desta resolução e com o respectivo código da Classificação Internacional de Doenças - CID-10, que comprove pertencimento ao grupo de risco para a COVID-19, permitindo o desenvolvimento das atividades de docência, planejamento e formação exclusivamente por meio remoto, enquanto perdurar a medida de quarentena instituída pelo Decreto nº 64.881, de 22.03.2020.***
>
> §2º Os profissionais que se encontrem no grupo de risco, conforme normativa vigente da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo*, poderão participar das atividades presenciais mediante assinatura de termo de responsabilidade disponibilizado na Secretaria Escolar Digital-SED.*
>
> §3º Os profissionais que se encontrem no grupo de risco para a COVID-19 e estiverem realizando teletrabalho deverão exercer atividades como: *1. Acompanhamento remoto de estudantes; 2. Transmissão de aulas a partir do aplicativo do Centro de Mídias da Educação de São Paulo; 3. Produção e correção de atividades a serem enviadas para os estudantes; 4. Ações de busca ativa; 5. Orientações para famílias dos estudantes; 6. Interação por meio da ferramenta de chat do Centro de Mídias da Educação de São Paulo; 7. Demais atividades compatíveis com o teletrabalho.* (g.n.).

No âmbito municipal e, **expressamente considerando** o estabelecido no Decreto Estadual que tratou do "Plano São Paulo", bem como, na Resolução SEDUC, o Município de Ibitinga editou o Decreto nº 4.863 de 22 de janeiro de 2021, dispondo sobre a retomada gradual das aulas e atividades letivas das redes pública e privada de ensino no contexto da pandemia.

Acesso ao Sumário

Na mesma linha do art. 7° do Decreto Estadual n° 65.384, referido decreto municipal estabeleceu em seu art. 6° que "*A Secretaria Municipal da Educação poderá, mediante ato próprio, convocar os servidores públicos municipais para a prestação de atividades presenciais em seus respectivos locais de trabalho, independente do disposto no art. 1º do Decreto nº 4.636, de 18 de março de 2020, haja vista a essencialidade da retomada das atividades educacionais, ainda que em situação de pandemias de saúde como a de COVID-19*".

No entanto, o dispositivo acima citado não indica a obrigatoriedade de comparecimento presencial dos servidores da rede de ensino pertencentes ao grupo de risco.

Tendo em vista que o decreto municipal foi editado nos mesmos termos do decreto estadual que, por sua vez, foi regulamentado pela Resolução SEDUC, que expressamente autorizou àqueles pertencentes ao grupo de risco, manterem-se, mediante apresentação de atestado médico, em regime de teletrabalho, conclui-se que tal previsão também se aplica aos servidores da rede de ensino do Município de Ibitinga.

Assim sendo, o art. 6° do Decreto nº 4.863 de 22 de janeiro de 2021 traz uma faculdade, a ser exercida sem em obediência aos limites impostos na Constituição Federal e normas infraconstitucionais.

Vale ressaltar que, o reconhecimento do direito aqui postulado, de afastamento ou teletrabalho enquanto durar a pandemia, é deveras genérico, mesmo porque, há outros fatores que devem ser analisados em conjunto, como por exemplo, a colocação prioritária daqueles pertencentes à rede de ensino na fila de vacinação, que já encontra-se em andamento.

Por todo o exposto e, ainda que por fundamentos diversos, entendo que a r. sentença que julgou improcedente a ação deve ser mantida.

Ocorrendo isto, **AFASTO AS PRELIMINARES ARGUIDAS E, NO MÉRITO, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002372-87.2019.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante J.C.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado P. M. DE O.

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 40.425)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 20 de maio de 2021.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – Exercício de 2007 – Município de Osasco – Alegada impenhorabilidade do imóvel tributado – Inaplicabilidade, *in casu*, da proteção ao bem de fa-

Acesso ao Sumário

mília na espécie – Dívida tributária incidente sobre o imóvel – Ressalva do art. 3º, inciso IV, da Lei nº 8.009/90 – Por outro lado, não restou caracterizado o alegado excesso de penhora – Improcedência dos embargos corretamente decretada – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Embargos à execução fiscal fundada em IPTU do exercício de 2007, do Município de Osasco, julgados improcedentes pela sentença de fls. 43, proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito José Tadeu Picolo Zanoni.

Apela o embargante (fls. 47/53) buscando a reforma aos seguintes argumentos, em síntese: a penhora que recaiu sobre o bem de família não pode persistir, sob pena de afronta aos arts. 5º e 6º, ambos da CR; por outro lado, há excesso de penhora, uma vez que o valor do imóvel constrito supera, em muito, o do crédito tributário, devendo, por conta disso, ser substituído pelos bens ofertados.

Regularmente processado e respondido (fls. 63/68).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento. Trata-se de execução fiscal fundada em IPTU do exercício de 2007, incidente sobre imóvel onde reside o executado.

Afasta-se, de início, a alegação de impenhorabilidade do imóvel que, segundo o executado, constitui bem de família.

Tal afirmação, no presente caso, não comporta amparo no sistema jurídico-tributário, incidindo a exceção prevista no art. 3º, inciso IV, da Lei nº 8.009/90, a seguir transcrito:

"Art. 3º - A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...).

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar".

Quanto à alegação de excesso do valor do bem constrito, a levar-se em conta a avaliação do imóvel pelo oficial de justiça a fls. 17 (R$ 250.000,00), poder-se-ia dizer, *a priori*, excessiva a penhora, em se considerando também o montante da dívida ora cobrada, R$ 6.482,53 (fls. 7). Por muito que represente a diferença, porém, está claro que não cabe desfazê-la, diante da recusa motivada dos bens ofertados nos presentes autos, nos termos da impugnação de fls. 24/29,

Acesso ao Sumário

cumprindo, nas circunstâncias, registrar a observação no sentido da possibilidade de eventual substituição do bem constrito, a critério do Juízo e ouvida a Fazenda.

De rigor, portanto, a manutenção da sentença.

Corolário do que ora se decide, em observância ao disposto no art. 85, § 11 do NCPC, e levando-se em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, ficam elevados os honorários devidos ao(s) advogado(s) do apelado para R$ 900,00, observada a concessão de gratuidade de Justiça.

Para que dúvida alguma paire a respeito, por fim, assenta-se que a presente decisão não representa negativa de vigência a nenhum dos dispositivos invocados pelo apelante.

Para esse fim, então, na conformidade do exposto, meu voto propõe negar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001483-72.2019.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes JEFERSON LUIZ GIAMPIETRO e ROSANGELA DE FÁTIMA TORRES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Apelo dos requeridos provido para julgar improcedentes os pedidos da ação; prejudicado o recurso ministerial. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.248)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente) e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 26 de maio de 2021.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: APELAÇÕES – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LOTEAMENTO ALDEIA DA BALEIA.

1. Apelam as partes da r. sentença por meio da qual o D. Magistrado *a quo*, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face dos proprietários das edificações localizadas nos lotes 17 e 18, da Quadra E3, do Loteamento Aldeia da Baleia, julgou

parcialmente procedentes os pedidos da demanda para condenar os requeridos, solidariamente, às seguintes obrigações: i. de não fazer, consistente em cessar toda e qualquer atividade, inclusive comercial, na área de preservação permanente do imóvel, isolando-a, impedindo a ocupação humana, a realização de aterros, supressão da vegetação, edificações, parcelamentos, plantio de espécies exóticas, despojamento de entulhos, ou qualquer outra intervenção ou atividade, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a 90 (noventa) dias; **ii. de fazer, consistente na total recuperação ambiental da área de preservação permanente incidente sobre o imóvel, em sua faixa legal de 15 (quinze) metros (mediante o desfazimento de todas as construções existentes e a remoção do entulho para local adequado, fora de áreas de preservação permanente e em atenção à legislação de resíduos sólidos, dos materiais resultantes do desfazimento, descompactação do solo, retirada de espécies exóticas introduzidas na área de preservação permanente, isolamento da área de fatores de degradação ambiental, tais como animais e pessoas, recomposição da vegetação nativa mediante o plantio de espécies nativas da restinga do Litoral Norte do Estado de São Paulo, com a condução da regeneração natural pelo período de 12 meses). Determinou, outrossim, que os requeridos apresentem e aprovem junto ao órgão ambiental competente Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD) prevendo a recuperação integral de toda a área ilegalmente degradada, assinado por profissional habilitado, no prazo de 60 dias. Após aprovação do PRAD, fixou o prazo de 30 dias para início da execução e para finalização completa o prazo máximo de 180 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a 90 (noventa) dias, corrigida monetariamente.**

2. De rigor a improcedência dos pedidos da ação civil pública. Existência de incontestável prova pericial produzida nos autos, demonstrando que as edificações não estão insertas em APP e estão constituídas em zona urbana consolidada. Loteamento regular

Acesso ao Sumário

e submetido a licenciamento junto aos órgãos competentes. Eventual desfazimento de benfeitorias que resultaria em movimentação de máquinas pesadas e na liberação de gases para atmosfera. Reforma da r. sentença. Apelo dos requeridos provido para julgar improcedentes os pedidos da ação; prejudicado o recurso ministerial.

VOTO

Vistos,

Apelam as partes da r. sentença de fls. 440/446, por meio da qual o D. Magistrado *a quo*, em ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em face de JEFERSON LUIZ GIAMPIETRO e de ROSÂNGELA DE FÁTIMA TORRES, julgou parcialmente procedentes os pedidos da demanda para condenar os requeridos, solidariamente, às seguintes obrigações: **i.** de não fazer, consistente em cessar toda e qualquer atividade, inclusive comercial, na área de preservação permanente do imóvel, isolando-a, impedindo a ocupação humana, a realização de aterros, supressão da vegetação, edificações, parcelamentos, plantio de espécies exóticas, despojamento de entulhos, ou qualquer outra intervenção ou atividade, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a 90 (noventa) dias; **ii.** de fazer, consistente na total recuperação ambiental da área de preservação permanente incidente sobre o imóvel, em sua faixa legal de 15 (quinze) metros (mediante o desfazimento de todas as construções existentes e a remoção do entulho para local adequado, fora de áreas de preservação permanente e em atenção à legislação de resíduos sólidos, dos materiais resultantes do desfazimento, descompactação do solo, retirada de espécies exóticas introduzidas na área de preservação permanente, isolamento da área de fatores de degradação ambiental, tais como animais e pessoas, recomposição da vegetação nativa mediante o plantio de espécies nativas da restinga do Litoral Norte do Estado de São Paulo, com a condução da regeneração natural pelo período de 12 meses). Determinou, outrossim, que os requeridos apresentem e aprovem junto ao órgão ambiental competente Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD) prevendo a recuperação integral de toda a área ilegalmente degradada, assinado por profissional habilitado, no prazo de 60 dias. Após aprovação do PRAD, fixou o prazo de 30 dias para início da execução e para finalização completa o prazo máximo de 180 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a 90 (noventa) dias, corrigida monetariamente.

Por meio das razões recursais de fls. 450/467, o Ministério Público, em síntese, pretende a condenação dos requeridos à recuperação integral da APP de

Acesso ao Sumário

curso d'água na faixa legal de 30 metros, além do pagamento de indenização por danos intercorrentes e morais coletivos.

JEFERSON LUIZ GIAMPIETRO e ROSÂNGELA DE FÁTIMA TORRES também apelam (vide recurso de fls. 469/505) e, após traçarem breve síntese dos fatos e da demanda, impugnam de forma específica a r. sentença, suscitando o laudo pericial produzido em juízo e pleiteando a improcedência dos pedidos da ação, no sentido de que a área em tela não está inserta em APP, mas sim área urbana consolidada. Juntam documentos e julgados.

As partes, devidamente intimadas, apresentaram as contrarrazões (fls. 558/577: Jeferson e Rosângela e fls. 578/591: Ministério Público).

Há expressa oposição ao julgamento virtual (vide petição de fl. 598 e de fl. 671), porém, posteriormente, a mesma parte manifestou concordância a tal forma de julgar (vide petição de fl. 685).

A D. Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer (fls. 604/660), opinando no sentido do desprovimento do apelo dos requeridos e no sentido do provimento parcial da apelação ministerial.

Inicialmente distribuído o feito ao Des. Marcelo Martins Berthe, constatou-se a minha competência preventa para o feito (vide decisão monocrática de fls. 662/665).

É o breve Relatório. Passa-se ao voto.

O apelo dos requeridos comporta provimento.

De fato, a prova pericial produzida em Juízo é inconcussa no sentido de que imóvel não está localizado em APP, mas sim em zona urbana consolidada.

Trata-se de robusto e inarredável elemento probatório (vide laudo pericial de fls. 393/422) que afasta todas as pretensões autorais, impondo-se a improcedência dos pedidos da ação. Veja-se relevantes excertos de referido trabalho, cujas respostas aos quesitos das partes e do Juiz dirimem a lide por completo:

> *2. A área degradada está em zona urbana? Sim. A área degradada está inserida na zona urbana (...)*
>
> *3. O entorno da área em questão se encontra urbanizado? Em caso positivo, detalhar.* ***Sim. O entorno da área em questão se encontra urbanizado. O imóvel estudado está inserido no interior de um empreendimento imobiliário já consolidado que conta com os atributos de uma área urbanizada.***
>
> *4. Qual a distância das edificações até o curso d'água?* ***O curso de água natural mais próximo do imóvel é o Rio Preto, cuja distância é de 48,06 metros*** *(...)*
>
> *5. Qual a data do início da ocupação da área em questão? O empreendimento foi implantado na década de 1980, já o imóvel do Requerido foi*

Acesso ao Sumário

ocupado no ano de 2004 (16 anos) (...)

8. As edificações existentes no local foram submetidas a licenciamento junto aos órgãos competentes? Sim. ***As edificações existentes no local foram submetidas a licenciamento junto da Prefeitura Municipal de São Sebastião*** *(...)*

9. Existem imóveis no entorno em igual situação? Em caso positivo, estes imóveis foram objetos de autuação pela Polícia Ambiental ou de inquérito civil movimentado pelo Ministério Público? Sim. Os imóveis do entorno estão em situação ambiental similar. Sim. Os imóveis posicionados na porção nordeste do empreendimento (acima do Rio Preto) foram objetos de autuação pela Polícia Ambiental e de inquérito civil movimentado pelo Ministério Público.

10. As edificações são servidas por concessionárias de água, esgoto e energia elétrica? Sim. As edificações são servidas por concessionárias de energia elétrica. Tanto a água como o esgoto são servidos por sistemas próprios do empreendimento.

11. As edificações em questão são atendidas por rede pública de esgoto? As edificações em questão são atendidas por rede de água e estação de tratamento de esgoto particular, administrados pelo empreendimento (...)

Quesito 5 – As intervenções realizadas são compatíveis com as hipóteses excepcionais previstas no Código Florestal para supressão/intervenção em área de preservação permanente? ***Sim. As intervenções realizadas são compatíveis com as hipóteses previstas no Código Florestal. O local não é considerado de preservação permanente*** *(...)*

2. Trata-se de um loteamento regular? Caso a resposta seja negativa, favor fundamentar com justificativas e provas. ***Sim. Trata-se de um loteamento regular*** *(...)*

4. Queira o senhor perito esclarecer se a região, e mais especificamente, o local onde o imóvel está inserido, conta com vias implantadas, lotes ocupados, distribuição de energia elétrica, telefonia, internet, TV a cabo, coleta de lixo, limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos, abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, entre outros? ***O imóvel em estudo encontra-se inserido em local que conta com vias implantadas, lotes ocupados, distribuição de energia elétrica, telefonia, internet, TV a cabo, coleta de lixo, limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos, abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.***

5. O loteamento Aldeia da Baleia pode ser considerado como área urbana consolidada? Caso a resposta seja negativa, favor fundamentar com justificativas e provas. ***Sim. O loteamento Aldeia da Baleia pode ser considerado como área urbana consolidada.***

Acesso ao Sumário

6. Queira o Sr. Perito esclarecer se o loteamento Aldeia da Baleia está implantado, assim dispondo das vias e equipamentos urbanos segundo a Lei Federal nº 6.766/79? Esclarecer ainda se os lotes estão devidamente delimitados e na sua maioria ocupados? ***Sim. O loteamento Aldeia da Baleia está implantado e dispõe de vias e equipamentos urbanos segundo a Lei Federal nº 6.766/79. Os lotes estão devidamente delimitados ocupados na sua maioria*** *(...)*

11. A presença de edificações, ruas e demais equipamentos urbanos situados nas proximidades da vala de drenagem supostamente caracterizado como curso d'água, compromete o fluxo gênico de fauna e flora e consequentemente compromete a função ambiental desta suposta Área de Preservação Permanente? Caso a resposta seja negativa queira o senhor perito apresentar justificativas e todas metodologias utilizadas. ***Não se trata de área de preservação permanente. A presença de edificações, ruas e demais equipamentos urbanos situados entre o lote em análise e a drenagem, não compromete o fluxo gênico da fauna e da flora****. Da mesma forma, não compromete a função ambiental do local (...)*

17. Considerando a antropização verificada, queira o senhor perito informar se o desfazimento das benfeitorias do imóvel do Requerido possibilitaria o restabelecimento de fluxo gênico de fauna e flora? Caso positivo, justificar, fundamentar e apresentar a metodologia utilizada; ***As benfeitorias do imóvel do Requerido estão inseridas em área urbana consolidada. A sua demolição não traria melhoria significativa para o restabelecimento do fluxo gênico da fauna e da flora local*** *(...)*

20. Queira o senhor perito informar se o desfazimento das benfeitorias (edificações) no local resultaria na movimentação de máquinas pesadas (tratores e caminhões), que consequentemente liberariam para atmosfera material particulado, além da poluição causada pelos combustíveis e compactação do solo? Sim. O desfazimento das benfeitorias e da edificação no interior do imóvel do Requerido resultaria na movimentação de máquinas pesadas (tratores e caminhões) que consequentemente liberariam gases para a atmosfera e compactariam o solo.

Ora, o laudo pericial foi expresso ao afirmar que o imóvel objeto desta lide não está inserido em APP, que o projeto foi aprovado pelo Poder Público Municipal, que está obediente à Lei Federal nº 6.766/79 e é compatível com as hipóteses previstas no Código Florestal, de modo que a pretensão ministerial soçobra por completo. Patente o laudo, outrossim, no sentido de que eventual demolição não trará melhora significativa para o restabelecimento do fluxo gênico da fauna e da flora local.

Diante do exposto, voto no sentido do ***provimento do apelo dos requeri-***

dos, para julgar os pedidos da ação improcedentes e, por conseguinte, ***prejudicado o apelo Ministerial.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1035167-04.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado TOKIO MARINE SEGURADORA S/A.

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 11.723)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 27 de maio de 2021

KLEBER LEYSER DE AQUINO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS POR ACIDENTE DE VEÍCULO – AÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA POR SEGURADORA – Pretensão de obter o pagamento de indenização referente ao valor adimplido ao segurado que foi vítima de acidente de veículo decorrente de colisão com um animal (capivara) em rodovia – Sentença de procedência – Pleito de reforma da sentença – Cabimento – Nexo de causalidade não configurado – Ausência de "faute du service" – Boas condições e sinalizações da rodovia – Presença do animal de forma abrupta, visto que não foi identificado sua origem nas redondezas – Sentença reformada – APELAÇÃO provida, com inversão das verbas de sucumbência.

VOTO

Trata-se de **apelação** interposta pelo **Fazenda** Pública do Estado de São Paulo contra a r. **sentença** (fls. 106/117), proferida nos autos da **ação de indenização por danos materiais**, ajuizada por **TOKIO MARINE SEGURADORA S/A** em face do apelante e do **Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo**, que **julgou procedente** a ação, condenando a apelante ao pagamento

de R$ 19.112,40 (dezenove mil, cento e doze reais e quarenta centavos) a título de danos materiais, com correção monetária e juros de mora desde a data do desembolso. Condenou a apelante também ao pagamento das custas/despesas processuais e honorários advocatícios no valor de 10% sobre o valor atualizado da causa.

Na ação principal referida, a apelada visa em ação regressiva o ressarcimento da quantia de R$ 19.112,40 (dezenove mil, cento e doze reais e quarenta centavos) que a apelada desembolsou em favor do segurado, em razão de acidente de trânsito decorrente da colisão do veículo deste com um animal (capivara) em rodovia de responsabilidade do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo.

Alega a apelante no presente recurso (fls. 137/144), em síntese, que a existência de animal sobre a pista não pode ser interpretada como omissão da autarquia quanto a seus deveres de manter segura a rodovia. Afirma que seria impossível e desarrazoado exigência de construção de cercas ao redor de todas as rodovias ou que se adotasse um sistema de fiscalização onipresente e onisciente para retirada de animais das estradas. Sustenta que não há provas de que o acidente tenha ocorrido em razão da presença de animal na via. Pondera que ainda que o acidente tenha se dado pela presença do animal, este é de pequeno porte, uma capivara, o que afasta o nexo de causalidade com o alegado dano. Defende que no caso dos autos, o fato de ter ocorrido o sinistro não pressupõe autorização para o direito regressivo, pois o segurado cumpriu o contrato com o pagamento do prêmio e franquia, restando ao segurador o cumprimento de sua obrigação de indenizar. Assevera que a apelada não comprovou a autora a idoneidade dos valores despendidos, limitando-se a juntar uma tela de um sistema. Pede a reforma da sentença, com o julgamento de improcedência da ação e, subsidiariamente, que o valor da franquia e do prêmio adimplidos pelo segurado seja descontado do valor da indenização, sendo o pagamento efetuado com juros de mora a partir da citação.

Em contrarrazões (fls. 132/148), alega a apelada, em síntese, o acerto da r. sentença, diante da constatação evidente dos autos, que no local do acidente não há divisórias entre a pista e a vegetação, bem como não houve fiscalização por parte da autarquia, vindo o animal a invadir a pista e causar o acidente, provocando danos. Sustenta que a responsabilidade da apelante é objetiva, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Afirma que os fatos foram comprovados pelo Boletim de Ocorrência e pela fotografia da capivara atropelada. Afirma que o valor da apólice não pode ser descontado do pedido de ressarcimento, uma vez que se trata de valor contratual realizado entre seguradora e segurado para definir as coberturas contratadas na apólice.

Recurso tempestivo e recebido, em primeira instância, no duplo efeito.

Acesso ao Sumário

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Extrai-se dos autos que em 01/01/2020, o Sr. Celso Antonio Tolotto trafegava pela rodovia SP 320, Km 486, em Tanabi/SP, com o veículo Ford/KA Hatch SE Plus 1.0 12v 4p Flex, 2015/2015, Placa (...), ocasião em que colidiu com um animal (capivara).

O veículo era segurado pela apelada (fls. 21/29) e em virtude do acidente sofreu perda total, tendo a apelada arcado com indenização ao segurado no valor total de R$ 31.738,00 (trinta e um mil e setecentos e trinta e oito reais) (fls. 40/41). A apelada com a venda do salvado do veículo obteve o valor de R$ 12.625,60 (doze mil e seiscentos e vinte e cinco reais e sessenta centavos), remanescendo o prejuízo no valor de R$ 19.112,40 (dezenove mil e cento e doze reais e quarenta centavos), o qual com esteio no direito de regresso visa o ressarcimento.

É cediço que a responsabilidade objetiva do Estado é prevista na Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo 6º, que assim dispõe:

> Art. 37. (...)
>
> §6°. 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.

E por tratar-se de dano decorrente de ação estatal a **responsabilidade é puramente objetiva**, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello[1]:

> "45. Parece-nos que a solução correta do problema à luz dos princípios inerentes ao Estado de Direito prescindindo-se, pois, de disposições particulares porventura estabelecidas nos Direitos Positivos Constitucionais, exige o discrímen de três situações distintas, a saber:
>
> a) **casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano. Trata- se, portanto, de conduta positiva, é dizer, comissiva, do Estado.**
>
> b) casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar. É a hipótese da 'falta de serviço', nas modalidades em que o 'serviço não funcionou' ou 'funcionou tardiamente' ou, ainda, funcionou de modo incapaz de obstar à lesão. Excluiu-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí, estaria configurada conduta comissiva produtora da lesão. Trata-se, aqui, apenas de conduta omissiva do Estado ensejadora (não causadora) de dano.
>
> c) casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se cria a situação propiciatória do

Acesso ao Sumário

1 Curso de Direito Administrativo; Celso Antonio Bandeira de Mello; 30ª ed.; São Paulo; Edit. Malheiros; 2013; pgs. 1.033-1.038, 1.039 e 1.046 e 1.047.

dano, porque expôs alguém a risco (em geral embora nem sempre em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação

(...)

a) **Danos por ação do Estado**

46. **Na primeira hipótese – o Estado gera o dano, produz o evento lesivo – entendemos que é de se aplicar a responsabilidade objetiva. A própria noção de Estado de Direito postula esta solução.**

47. Deveras, já se referiu que a noção de Estado de Direito reclama a de Estado responsável. Mencionou-se, outrossim, a verdade cediça de que as condições em que o Poder Público pode produzir dano são muito distintas das que ocorrem nas relações entre particulares. O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. **Por tudo isto, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal comissivo gera, produz, causa, dano a alguém.** (negritei).

Assim, para **configurar a responsabilidade objetiva do Estado, é necessário apenas que se comprove o nexo causal entre a conduta omissiva do agente administrativo e o dano provocado.**

Trata-se da **teoria do risco administrativo**, que, por força da Constituição Federal é adotada pela Administração Pública, na qual o dever de indenizar decorre da atuação do agente público e o respectivo resultado danoso, sem necessidade de aferição de culpa.

Nesse sentido, também temos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles[2], a saber:

"... **A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta de serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado**. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço, na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. Aqui, **não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público**. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no "risco" que a atividade pública

Acesso ao Sumário

2 Direito Administrativo Brasileiro; Edit. Malheiros; 36ª edição; pag. 682.

gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública." (negritei)

Aliado às lições doutrinárias supra, podemos citar também o posicionamento do C. Supremo Tribunal Federal:

"A **teoria do risco administrativo**, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, **confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão – Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público** – Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o 'eventus damni' e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal" (RTJ 55/503 RTJ 71/99 RTJ 91/377 RTJ 99/1155 RTJ 131/417) **(STF, Recurso Extraordinário nº 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Data do julgado 28/05/1996, DJ 02/08/1996).**

Nessa toada, os fatos alegados pela apelante não ficaram suficientemente comprovados nos autos, não sendo demonstrada a **conduta omissa** da apelante, e, por conseguinte, o respectivo "**nexo causal**".

Segundo consta dos autos, o acidente envolvendo o segurado ocorreu enquanto ele trafegava pela Rodovia SP 320, km 486, quando, segundo este, várias capivaras invadiram a pista, ocorrendo a colisão do seu veículo com uma delas.

Em que pese a autoridade policial tenha corroborado o atropelamento da capivara (fl. 38), segundo suas próprias declarações "não foi registrada a imagem do local", vale dizer, não houve testemunha presencial dos fatos, especialmente para afirmar a invasão de várias capivaras como declarado pelo condutor do veículo, restringindo-se a prova a fotografia de uma capivara morta, localizada perto do local do acidente (fl. 36).

Por outro lado, não se verifica a conduta omissiva da apelante, vale dizer,

Acesso ao Sumário

não ficou comprovado que esta tenha deixado de cumprir com o dever específico de fiscalizar a rodovia de forma a zelar pela segurança dos veículos que ali trafegam, por meio da adoção de medidas de conservação do asfalto, iluminação, colocação de cercas e sinalização, conforme lhe atribui o Decreto-Lei Estadual nº 16.546, de 26/12/1.946[3].

Insta consignar que o registro de ocorrência de trânsito (fl. 33), o qual detalha as informações complementares do local, descreve que as condições das pistas estavam boas, sem obras na pista, superfície seca, ausência de fumaça, sinalização horizontal e vertical boa.

Ademais disso, fácil perceber que a presença do animal "provavelmente" foi abrupta, ainda mais por não ter sido identificado sua suposta origem das redondezas da rodovia. Note-se que não há notícias de frequente aparecimento de capivaras naquela localização.

Insta consignar que a ação da apelante só é exigível quando há o mínimo de previsibilidade sobre o evento, vale dizer, quando houver a possibilidade de evitar ou remediar a situação. Isto porque a Administração não é onipresente, de modo que não é possível o controle sobre fato gerador cuja previsibilidade inexiste.

Desse modo, a apelante agiu conforme os ditames legais, sendo assim ausente a "faute du service"[4], vale dizer, a "omissão" causadora do evento.

Destarte, não há se falar em responsabilidade da apelante pelo evento danoso, ficando afastado o seu dever de responder pelos danos causados ao proprietário do veículo acidentado e suportados pela apelada.

Assim, deve ser reformada a r. **sentença**, para **julgar improcedente o pedido** de ressarcimento pela apelante do valor despedido pela apelada para indenização do segurado, ficando prejudicada a apreciação das demais matérias aduzidas no presente recurso.

Diante da inversão do julgamento, condeno a apelada ao pagamento de custas/despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa (R$ 19.112,40, de 21/07/2020), considerado o trabalho desempenhado pelos patronos em segunda instância, nos termos do artigo 85, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à presente **apelação**, para **reformar** a r. **sentença**, julgando improcedente o pedido da apelada, com a inversão do ônus de sucumbência, como consta acima.

Acesso ao Sumário

3 Art. 2° - Ao D.E.R. compete:
a. executar e fiscalizar todos os serviços técnicos e administrativos concernentes a estudos, projetos, especificações, orçamentos, locação, construção, reconstrução e melhoramento das estradas de rodagem estaduais, inclusive pontes e demais obras complementares;
b. conservar permanentemente as rodovias estaduais;
c. exercer a polícia do tráfego nas estradas estaduais; (...).

4 "falha de serviço"

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014844-80.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado ROBERTO CÂNDIDO DA SILVA (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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.459)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente sem voto), BANDEIRA LINS e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 31 de maio de 2021.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – DANOS MATERIAIS E MORAIS.

Pretensão de indenização por danos materiais e morais decorrentes de queda de árvore sobre o autor enquanto caminhava pelo Parque do Ibirapuera.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – Existência de dano – Prejuízos sofridos pelo autor devidamente comprovados – Inexistência de elementos que indiquem culpa exclusiva ou concorrente da vítima – Município que tem por obrigação de zelar e manter pelas árvores localizados em seu território **– Falha na atividade de zeladoria – Indenização devida. DANO MATERIAL – Comprovação nos autos dos alegados danos materiais, em sua modalidade lucros cessantes – Autor que ficou afastado de seu trabalho por 20 dias – Condenação em R$ 800,00 que deve ser mantida.**

DANO MORAL – Caracterizado – Ofensa moral configurada – Dano efetivo, embora não patrimonial, posto que atinge valores internos e anímicos da pessoa – Ferimentos significativos oriundos do acidente – Va-

Acesso ao Sumário

lor de R$ 15.000,00 que é proporcional aos prejuízos causados – Dupla finalidade atendida – Punição do ofensor e compensação do ofendido, sem geração de enriquecimento sem causa.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS NAS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA – Tese 810 da repercussão geral decidida pelo E. STF no RE 870947 – Correção monetária quanto aos danos morais deve incidir desde o arbitramento – Súmula 362, do C. STJ – Juros de mora devem correr a partir do evento danoso – Súmula 54, do C. STJ.

Sentença de parcial procedência mantida. Recurso não provido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS ajuizada por ROBERTO CÂNDIDO DA SILVA contra a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, objetivando indenização por danos materiais por lucros cessantes em R$ 7.200,00, bem como danos morais em R$ 15.000,00, devido galho de árvore sobre o autor enquanto caminhava no parque do Ibirapuera, que teria gerado graves ferimentos no braço, rosto e peito, ficando 6 meses incapacitado para o exercício de atividade laborativa.

A sentença, acostada às fls. 123/124, julgou o feito parcialmente procedente, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, para condenar a MUNICIPALIDADE requerida a pagar ao autor, a título de indenização pelos danos materiais sofridos o valor de R$ 800,00 e pelos danos morais o valor total de R$ 15.000,00, corrigido monetariamente e acrescidos dos juros desde a data do evento em 16/10/2016, nos termos dos índices que serão decididos pelo E. STF no bojo do Tema 810 e nas ADIs 4425 e 4357. Ante a sucumbência recíproca, custas e despesas processuais rateadas entre as partes na medida da sucumbência de cada uma, bem como condenadas em honorários advocatícios que será arcado por cada parte em relação ao causídico da outra em 10% do valor do ganho econômico, observando-se a isenção da requerida em relação às custas e a gratuidade processual concedida ao autor.

Inconformada com o supramencionado *decisum*, apela a MUNICIPALIDADE ré, com razões recursais às fls. 127/137. Sustenta, em síntese, que por se tratar de alegada conduta omissiva do Município, deve ser demonstrado o elemento culpa e, nesse ponto, alega não ter restado demonstrado a falha admi-

Acesso ao Sumário

nistrativa específica. Nesse sentido, acosta julgado oriundo deste E. Tribunal de Justiça. Aduz, também, que a árvore teria sido vistoriada uma semana antes do evento danoso apurado neste processo e que a queda do galho teria ocorrido em local distante daquele em que os frequentadores do parque geralmente utilizam. Assim, defende a ocorrência de fato da natureza, não passível de previsão. Subsidiariamente, pugna pela fixação do montante fixado a título de indenização por danos morais em patamar razoável e proporcional. Requer que o termo inicial para a contagem dos juros de mora passe a contar da data do julgamento. Nesse sentido, pugna pelo provimento ao recurso.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 144/153).

É o relato do necessário.

VOTO.

Cuida-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS ajuizada por ROBERTO CÂNDIDO DA SILVA contra a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, devido à queda de galho de árvore sobre o autor, enquanto caminhava pelo Parque do Ibirapuera.

Narra a exordial que na data de 16/10/2016, um domingo, por volta das 17h00, o requerente caminhava pelo Parque do Ibirapuera quanto ouviu barulho alto e pessoas gritando, mas ao se dar conta da queda de galho de árvore, apenas deu tempo de levantar o braço para se proteger.

Socorrido pela Guarda Civil Metropolitana e pela empresa que presta socorro no local, foi levado ao Hospital São Paulo.

Foram constatadas lesões no corpo, em especial nos braços, rosto e no peito que estava muito inchado, sendo liberado com indicação de analgésicos.

Alega que no dia do evento danoso, o tempo estava ensolarado, sem que houvesse contribuição de evento da natureza com o ocorrido.

Aponta que realizada perícia no local, a árvore de grande porte (16 ou 18 metros de altura) verificou que estava infestada de cupins e tinha sua estabilidade comprometida, restando claro que houve negligência da administração do parque para vistoriar as árvores que lá existem, trazendo sérios riscos de vida para seus frequentadores.

Nesta senda, requer a condenação pelos prejuízos, de ordem material, por lucros cessantes, pois teria ficado afastado por 20 dias do trabalho que desenvolvia. Também, requer a condenação por danos morais.

Pois bem.

Diante desses fatos, é bem verdade que a Constituição da República assegura o direito à indenização por danos decorrentes de atos ilícitos, ainda que os danos sejam puramente morais (art. 5º, X), não estando o Estado alijado da norma geral de direito consagrada no antigo e célebre dispositivo do art. 159 do

Acesso ao Sumário

Código Civil de 1916 ("*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*"), norma reescrita nos artigos 186 e 927 do novo Código Civil.

Assim, como pressupostos da responsabilidade civil do Estado, têm-se, de modo sintético: a ocorrência de *fato administrativo*, considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, atribuída ao Poder Público; a configuração de *dano*, patrimonial como moral; e, por fim, a existência de *nexo de causalidade* entre os pressupostos anteriores.

A noção da indefectibilidade da reparação do dano está ligada ao conceito da própria Justiça:

> *"Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere".* (A Justiça consiste na constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que lhe pertence. As regras do Direito são: viver honestamente, não molestar os demais e dar a cada um o que lhe é devido). (Ulpiano)

Nesse passo, observa-se a lição de Hely Lopes Meirelles: "*Responsabilidade civil da administração é, pois, o que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las*" (Direito Administrativo Brasileiro, 30ª Ed., p. 629).

Tem-se que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço por culpa (ou dolo) caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente.

O Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição da República (se a atividade da qual decorreu o gravame foi lícita) como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade for ilícita ou em virtude de "faute du service") (RJTJSP 156/90).

A responsabilidade do Estado, neste caso, deve circunscrever-se à teoria subjetiva. É importante esclarecer que não se trata de ato comissivo – que ensejaria a responsabilidade objetiva –, mas sim de ato omissivo, consistente na ausência de medidas de conservação e adequada pavimentação da via pública. Celso Antônio Bandeira de Mello explica essa diferença:

> "É mister acentuar que a responsabilidade por 'falta de serviço', falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na

culpa, (ou dolo)..." (*in* Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 785).

A corroborar tal entendimento, vale menção de comentário exarado por Theotonio Negrão:

Em geral, nas situações em que se imputa uma **omissão** ao Estado, a jurisprudência tem exigido a prova de dolo ou culpa para sua responsabilização. É o que se reconhece por *faute de service*. Nesse sentido: STF-2ªT., RE 179.147-1, Min. Carlos Velloso, j.12.12.97, DJU 27.2.98; STJ-2ªT., REsp 418.713, Min. Franciulli Netto, j. 20.5.03, DJU 8.9.03; STJ-RT 836/151 (2ª T.); RT 837/350, 866/186, RJM 174/132, 184/92 (AP 1.0439.06.057459-7/002), Bol. AASP 2.584. (*in* Código Civil e Legislação Civil em vigor, 31ª Ed., p. 58).

Tem-se, assim, que para a caracterização da responsabilidade em caso de omissão deve ser verificado se o ente público possuía meios e podia evitar o dano, pois a conduta só é exigível se possível o cumprimento pelo ente público.

E, no caso dos autos, a perícia realizada pela polícia Civil, acostada às fls. 23/27, bem como o laudo acostado pela própria Municipalidade às fls. 47/54, atestaram que a árvore que veio a cair estava infestada por cupins.

Configurada a negligência, não há que se falar que a árvore estava localizada em área não usual para caminhada, uma vez que não há prova de que a área estava sinalizada ou isolada.

Ora, cabe à Municipalidade zelar pela conservação das árvores, uma vez que localizadas no Parque do Ibirapuera, uma vez que é o parque mais visitado do município de São Paulo.

Não há qualquer causa a isentar a Administração Municipal do seu dever de aplicar as verbas dos impostos e taxas e contribuições de melhoria na preservação e melhoria do parque, ainda mais por se tratar de local com alta circulação de pessoas.

Demonstrada a má conservação das árvores no parque, o dano e havendo nexo causal, a obrigação de indenizar é inafastável.

Assim, a conduta da Municipalidade caracteriza negligência, demonstrando a sua culpa, o que enseja a indenização.

Comprovado o nexo causal entre os danos experimentados pelo autor e o ilícito praticado pela Municipalidade, além da culpa desta, de rigor a condenação por danos materiais nos termos fixados.

Quanto ao dano moral, como bem salientado pela lídima sentença, o laudo pericial produzido pelo IMESC (fls. 106/109) atestou que o autor ficou afastado do serviço por 20 dias. Assim, auferindo o requerente por seu trabalho R$ 1.200,00, de rigor a manutenção do valor de R$ 800,00 por lucros cessantes.

Acesso ao Sumário

Passando ao dano moral, há que se analisar a questão à luz de ensinamentos doutrinários, mencionando-se, nesse mister, a lição de Rui Stoco:

> "O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas; de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva". (*in* Tratado de Responsabilidade Civil. 7ª ed., RT, 2007, p. 1.683).

Acerca do conceito de dano moral, o precitado doutrinador traz o seguinte enfoque:

> "Como se verifica, a ofensa a bens internos, a valores imateriais ligados à personalidade, como a honra, intimidade e outros, leva os intérpretes a ter uma visão multifocal do tema e uma impressão peculiar de cada um, assim como uma leitura polissêmica do texto constitucional.
>
> Portanto, em sede de necessária simplificação, o que se convencionou chamar de 'dano moral' é a violação da personalidade da pessoa, como direito fundamental protegido, em seus vários aspectos ou categorias, como a intimidade e privacidade, a honra, a imagem, o nome e outros, causando dor, tristeza, aflição, angústia, sofrimento, humilhação e outros sentimentos internos ou anímicos.
>
> De tudo se conclui que, ou aceitamos a ideia de que a nossa ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido.
>
> E não temos dúvida de que de dano se trata, na medida em que a Constituição Federal elevou à categoria de bens legítimos e que devem ser resguardados todos aqueles que são a expressão imaterial do sujeito, seu patrimônio subjetivo, como os sentimentos d'alma, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, que, se agredidos, sofrem lesão ou dano que exige reparação. Até mesmo a dor moral – como a angústia, a aflição e a tristeza – faz parte do patrimônio subjetivo da pessoa, embora de natureza negativa, mas que deve ser respeitada. O escárnio e zombaria dessas manifestações anímicas pode causar dano moral.
>
> Não podemos nos apartar de um aspecto fundamental evidenciado por Luiz Edson Fachin quando lembra que 'a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico' (Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51).
>
> Significa, portanto, que o dano que se deve vislumbrar é aquele que atinge a pessoa nos seus bens mais importantes, integrantes do seu patrimônio subjetivo.

Acesso ao Sumário

Nesse mundo particularmente internalizado, voltado para o interior do ser humano enquanto dotado de personalidade única, inconfundível e inviolável, as questões relativas à matéria, de natureza patrimonial ou com expressão meramente pecuniária, não são levadas em conta. Ganham relevo e importância apenas a proteção desses atributos da personalidade e ela própria, ainda que o resultado dessa proteção possa ser convertido em dinheiro por mera convenção ou conveniência. [...]" (Tratado de Responsabilidade Civil. 7ª ed., RT, 2007, p. 128).

Para que incida o dever de indenizar, o ato tido como ilícito deve ser capaz de imputar um sofrimento físico ou espiritual, impingindo tristezas, preocupações, angústias ou humilhações, servindo-se a indenização como forma de recompensar a lesão sofrida. Em outras palavras, para que o abalo moral adentre na proteção jurídica é necessário que se faça prova de acontecimento específico e de sua intensidade, a ponto de gerar um dano moral, bem como do nexo causal entre esse prejuízo e a conduta ilícita do agressor.

Inexiste, por conseguinte, o dever de reparar quando a vítima é submetida a meros aborrecimentos e insatisfações, por serem fatos corriqueiros e atinentes à vida em sociedade e, portanto, incapazes de afetar o comportamento psicológico do ofendido.

No caso em exame, o autor ajuizou ação de indenização postulando indenização por danos morais e materiais em decorrência de queda de galho de árvore de tamanho considerável sobre o autor, enquanto caminhava pelo Parque do Ibirapuera.

A Administração Pública tem obrigação de manter, conservar e fiscalizar as ruas, calçadas, bem como o estado das árvores, com o objetivo de proporcionar condições de segurança e preservação da integridade física da população.

Assim é que se ocorreu omissão ou falha no serviço por falta de adoção de medidas de conservação, com a ocorrência de danos físicos à pessoa que por ali transita, resulta a responsabilidade civil do Município pela respectiva indenização.

Nesse sentido, lição de Yussef Said Cahali:

"(...) A conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas; a omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular, induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado. (...)" (*in* Responsabilidade Civil do Estado, Malheiros Editores, 2ª edição, 1995, pág. 300).

Acesso ao Sumário

No caso em exame, demonstrado por perícia que o autor sofreu lesões no corpo, em especial nos braços, rosto e no peito, tal constatação é suficiente para atestar a presença de um abalo subjetivo digno de ensejar a presença de dano moral.

Com efeito, as lesões físicas suportadas pelo demandante autorizam a condenação da ré à indenização pelo abalo moral referido na peça inicial.

Assim, entendo que o montante de R$ 15.000,00 fixado na sentença se mostra adequado, razoável e proporcional aos danos morais sofridos pelo autor.

Em relação à discutida aplicação da Lei 11.960/2009 ("Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança."), correta a r. sentença de primeiro grau, pois de acordo com a Tese 810 da repercussão geral decidida pelo E. STF no RE 870947, que tem os seguintes termos:

> 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*);
>
> 2) 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
>
> 3) 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.

A atualização monetária, por sua vez, deverá ser calculada pelos índices que melhor refletem a inflação cumulada, em especial o IPCA-E (que foi reconhecido pelo E. STF como melhor índice para ser observado a partir de 1992 (ADI 4.357/DF), também adotado pelo E. STJ (AgRg no AREsp 535403/RS; 2014/0150004-4, STJ, T1, julg. 23.06.2015, DJe 04.08.2015) e, enfim, adotado pela "Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária – IPCA-E do TJSP,

Acesso ao Sumário

devendo esta ser observada, em consonância com o próprio RE 870947/SE.

Apenas no que toca ao dano moral, deverá incidir a correção monetária desde o arbitramento do valor, nos termos da Súmula 362, do C. STJ.

Os juros devem ser computados nos termos da Súmula 54, do C. STJ.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, com determinação quanto aos consectários legais.

Em virtude do artigo 85, §11, do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos pela municipalidade à parte autora para 12% sobre o ganho econômico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0406860-03.1994.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MAV S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.843)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 2 de junho de 2021.

ISABEL COGAN, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. PRECATÓRIO QUITADO. ALEGAÇÃO DO RÉU (ESTADO DE SÃO PAULO) DE QUE EFETUOU PAGAMENTO A MAIOR, EM DECORRÊNCIA DA TESE DE QUE O ART. 78 DO ADCT FOI DECLARADO INCONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. Contagem de juros e correção monetária de acordo com o critério da época, fixado em sentença transitada em julgado. Pleito de rediscussão dos valores pagos, em virtude da alegada inconstitucionalidade do art. 78 do ADCT. Inadmissibilidade. Ofensa ao princípio da segurança jurídica. A suspensão da eficácia do art. 78 do ADCT se deu "**ex nunc", não se podendo afastar a incidência dos juros contabilizados no período de pa-**

Acesso ao Sumário

gamento parcelado do precatório. Precedentes deste E. Tribunal. Sentença de extinção do feito, em que se considerou quitado o precatório, restando afastado o pleito do réu de devolução de valores já levantados pela parte autora. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença de **fls. 479**, em que a MMª Juíza "a quo" considerou integralmente quitado precatório expedido em ação de restituição de indébito movida contra a Fazenda do Estado de São Paulo, por reputar preclusa a impugnação da parte requerida, afastando o pleito de devolução de alegado excesso (parcelas de precatório) e julgando extinto o feito.

Apelou a Fazenda Estadual, pugnando pelo enfrentamento da questão, por envolver matéria de ordem pública passível de exame "ex officio". Busca o prosseguimento do feito e devolução da quantia que alega ter sido paga em excesso, conforme planilha de cálculo (fls. 484/490).

Vieram contrarrazões **(fls. 468/477).**

É o relatório.

O Estado de São Paulo, ora apelante, pretende rediscutir o critério de atualização da dívida que originou a expedição do precatório **EP 05016/98**, tudo com base em critério de cálculo da época, já tendo havido o depósito e o levantamento de valores.

Trata-se de precatório expedido em ação de restituição de indébito, julgada procedente em 1994, iniciando-se o pagamento parcelado, em dez anos, a partir de 2002.

Após depósito e levantamento de (nove) parcelas, tendo ocorrido o depósito da 10ª (décima) e última parcela do precatório, o Estado de São Paulo requereu a devolução de algumas parcelas, sob o argumento de excesso no pagamento do precatório.

A MM.ª Juíza "a quo" entendeu, contudo, que a impugnação do devedor havia sido apresentada de forma extemporânea, restando preclusa a questão. Assim, reputou integralmente quitado o precatório e extinguiu o feito.

Sem insurgência da parte autora contra a r. sentença, o presente julgamento se restringirá ao exame do apelo do Estado de São Paulo.

Pois bem, o postulado do apelante não prospera, na medida em que afronta o princípio da segurança jurídica e não encontra respaldo legal, sobretudo porque a suspensão da eficácia do art. 78 do ADCT se deu de modo "ex nunc",

Acesso ao Sumário

não se podendo afastar a incidência dos juros contabilizados no período de pagamento parcelado do precatório.

No mais, aplica-se a correção monetária de acordo com o critério de cada época, ou seja, pela Tabela Prática do TJ/SP (desde agosto/1995 até 29/06/2009), pela TR (de 30/06/2009 até 25/03/2015) e pelo IPCA-E a partir do dia 26/03/2015, nos termos do disposto na Lei nº 11.960/09, e sua modulação pelo STF na ADI 4357.

No presente caso, apresentado o precatório em 1998, a correção monetária deveria ser mesmo calculada com base na Tabela Prática do TJ/SP (INPC), desde agosto/95 a 29/06/09, e com base na TR, no período de 30/06/09 até o pagamento da última parcela em 2012, tendo em vista o disposto na Lei nº 11.960/09 e sua modulação pelo STF na ADI 4357, tudo como demonstrado nas planilhas de pagamento (fls. 328/331).

O apelante almeja o refazimento dos cálculos, com a exclusão do cômputo de juros moratórios durante a moratória prevista no art. 78, do ADCT, ante a declaração de inconstitucionalidade de tal dispositivo, visando à devolução dos valores supostamente pagos a maior.

À época do pagamento estava em vigor o art. 78 do ADCT, que dispunha:

"Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000).

O recorrente pretende rediscutir matéria já transitada em julgado, a qual não mais comporta pronunciamento judicial, sob pena de se afrontar a coisa julgada material que se formou entre as partes, ou seja, o critério de atualização da dívida para a contagem de juros e de correção monetária, decidido pela r. sentença de **fls. 150/152**, mantida pelo v. acórdão de **fls. 168/170** e decisões posteriores.

De se destacar que, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2356, o STF **suspendeu com eficácia "ex nunc", a partir de 25/11/2010**, apenas a realização de novos parcelamentos pelos Estados e Municípios com fulcro no art. 78 do ADCT, preservando a decomposição e a fórmula de cálculo dos juros nos parcelamentos até então existentes. Confira-se a ementa:

Acesso ao Sumário

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART.2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000, QUE ACRESCENTOU O ART. 78 AO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PARCELAMENTO DA LIQUIDAÇÃO DE PRECATÓRIOS PELA FAZENDA PÚBLICA.

(...)

4. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, ao admitir a liquidação "em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos" dos "precatórios pendentes na data de promulgação" da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta "a separação dos Poderes" e "os direitos e garantias individuais". 5. Quanto aos precatórios "que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999", sua liquidação parcelada não se compatibiliza com o caput do art. 5º da Constituição Federal. Não respeita o princípio da igualdade a admissão de que um certo número de precatórios, oriundos de ações ajuizadas até 31.12.1999, fique sujeito ao regime especial do art. 78 do ADCT, com o pagamento a ser efetuado em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, enquanto os demais créditos sejam beneficiados com o tratamento mais favorável do § 1º do art. 100 da Constituição. 6. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988. (ADI 2356 MC, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator p/Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2010, DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011EMENT VOL-02525-01 PP-00054).

Conforme dispõe o art. 11, § 1º da Lei n° 9.868/1999, a suspensão cautelar em controle concentrado de constitucionalidade não tem efeito retroativo, salvo nos casos em que o STF conceder modulação específica, o que não ocorreu no julgamento da Medida Cautelar incidente à ADI nº 2356, como se observa:

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias,

Acesso ao Sumário

devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida *com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.*

Ainda que assim não fosse, tenho que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 590.751/SP, não promoveu a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 78 do ADCT, em sede cautelar, nas ADI 2.356 e 2.362.

Pela leitura da íntegra do acórdão do RE 590.751/SP, não se vislumbra a aludida modulação dos efeitos, isto é, não consta qualquer discussão sobre o ajuste, no tempo, da eficácia da declaração de inconstitucionalidade do art. 78 do ADCT. Mais ainda, há somente uma menção ao decreto de inconstitucionalidade, feita em breve comentário do Ministro Cezar Peluso, sem que daí se tenha gerado algum debate em torno do assunto.

E, mesmo que se aceite a interpretação pouco plausível de que tal modulação foi perpetrada pelo STF, seria necessário contornar a evidente ilegalidade procedimental da solução supostamente adotada pela Corte Suprema. Por mais que se venha admitindo a modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade, não se cogita de modular, em recurso extraordinário, a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede concentrada (ADI 2.356 e 2.362).

Caso se queira insistir na tese de que o RE 590.751/SP compreende alguma modulação temporal, seria necessário saber onde está a declaração incidental de inconstitucionalidade de alguma norma. Mais uma vez, a leitura integral do acórdão não permite vislumbrar nenhum elemento nesse sentido.

Em suma, tem-se que os efeitos da suspensão da eficácia do art. 78, do ADCT são "ex nunc", não havendo justificativa plausível para se alterar os cálculos que serviram de base para a expedição do precatório no presente feito.

E como já mencionado, os valores pretendidos pelo apelante já foram pagos e levantados pela parte credora, ao menos a maior parte, sendo incabível discutir-se a respeito de normas supervenientes quando o débito já está quitado, devendo prevalecer a legislação vigente à época em que foi fixado o valor a ser pago, por decisão transitada em julgado.

Nesse sentido:

"*EXECUÇÃO – Desapropriação indireta – Alegação de precatório pago a maior – Cômputo de juros moratórios durante a moratória prevista no art. 78, do ADCT – Inconstitucionalidade da aplicação de juros moratórios durante o prazo para pagamento dos precatórios (art.100, § 5.º, da CF) – Inadmissibilidade – Ofensa à coisa julgada, ao ato jurídico per-*

feito e a segurança jurídica – Precedentes deste E. Tribunal – Sentença de extinção, nos termos do art. 794, I, do Cód. de Proc. Civil, mantida – Recurso improvido – Incabível discutir a respeito de normas supervenientes se o débito já está quitado, de molde, portanto, a prevalecer a legislação vigente à época em que foi fixado o valor a ser pago e os cálculos homologados. (TJ-SP Relator: Luis Ganzerla, Data de Julgamento: 23/06/2015, 11ª Câmara de Direito Público)"

Portanto, ainda que por fundamentos diversos, como os acima elencados, de rigor a manutenção da r. sentença de extinção do feito.

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, salientando-se o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022242-34.2016.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é apelada SARAH RODRIGUES DE MELO FERNANDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.985)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), BEATRIZ BRAGA e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Execução fiscal – Cobrança de mensalidades inadimplidas por aluna da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – Exercícios de 2014 e 2015 – Sentença que julgou extinta execução fundada na ausência de interesse de agir da exequen-

te (inadequação da via eleita para cobrança da dívida) – Pleito de reforma pela exequente – Possibilidade – Inscrição do débito em dívida ativa – Autarquia municipal componente da administração pública do município – Possibilidade de cobrança por meio de execução fiscal embasada em crédito inscrito na dívida ativa – Adequação da via eleita e validade do título executivo - Interpretação extensiva do art. 1º da Lei nº 6830/80 – Interesse processual configurado – Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela **Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, entidade autárquica do município, da r. sentença de págs. 40/42 que extinguiu execução fiscal movida pela recorrente contra **Sarah Rodrigues de Melo Fernandes** cobrando mensalidades escolares (graduação) dos exercícios de 2014 e 2015, no valor de R$13.650,27, fundada a extinção na ausência de interesse de agir (inadequação da via eleita), nos termos do art. 485, inciso IV, do CPC, e condenou a exequente em honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Nas razões recursais (págs.48/65) sustenta a apelante que ela foi criada pela Lei municipal nº 1.246, de 5/10/1964, sob o regime de autarquia, na forma da Lei municipal nº 1.251, de 27/10/1964, tendo como objetivo único ministrar o Curso de Direito, enquanto atividade que se encontra atrelada à obrigação do Poder Público. Menciona que a executada firmou Termo de Confissão e Parcelamento de Dívida Ativa, pelo qual deixou manifesta e inequívoca sua ciência acerca da execução fiscal. Alega que no caso de anuidades escolares, o Pleno no STF já decidiu se tratar de preço público (RE 71324/MG). Afirma que nos termos do § 2º, do artigo 39, da Lei federal nº 4.320/1964, constituem-se créditos de natureza não tributária os preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, bem assim os previstos em contratos em geral, hipóteses nas quais se enquadram o caso concreto. Aduz que a jurisprudência do C. STF converge no sentido de que as autarquias, por integrarem o conceito de Fazenda Pública, dispõem de suas prerrogativas, justificando a inscrição de seus créditos em dívida ativa e a execução pela via do processo executivo fiscal (STF, RE 183188/MS). Ademais, os honorários são inaplicáveis ao presente caso, tanto pela ausência de sucumbência, quanto pelo princípio da causalidade, sendo ônus da devedora arcar com os honorários. Pede provimento ao recurso com prosseguimento da execução fiscal.

Não foram apresentadas contrarrazões, vez que a executada não está re-

Acesso ao Sumário

presentada nos autos.

Isento de preparo, tempestivo e em condições de julgamento, recebo o recurso de págs.48/65 em seus regulares efeitos.

É o relatório.

O recurso merece ser provido, preservado o entendimento da d. magistrada de primeiro grau.

Com efeito, a Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo é instituição pública de ensino criada pela Lei municipal nº 1.246, de 05/10/64, sob o regime de autarquia, na forma da Lei municipal nº 1.251, de 27/10/64, tendo como objetivo único ministrar Curso de Direito, enquanto atividade que se encontra atrelada à obrigação do Poder Público. Pelos serviços prestados pela recorrente, a citada Lei nº 1.251/1964 (atribui regime jurídico de autarquia à Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, e dá outras providências - cf. pesquisa internet – (endereço eletrônico constante no texto original), em seu artigo 1º exige o pagamento de taxas escolares e outros recursos previstos no Regimento pelos usuários, os quais comporão a sua receita, *in verbis*:

> **"Art.1º. É constituída em Autarquia a Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, criada pela Lei Municipal n.º 1.246, de 5 de outubro de 1964, com personalidade jurídica própria, de direito público, sede e foro no Município e Comarca de São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo, com a finalidade de ministrar, como estabelecimento isolado de ensino superior, cursos de Ciências Jurídicas e Sociais nos termos da legislação vigente, regida pelo Regimento Interno aprovado pelo Prefeito e referendado pela Câmara nos termos do artigo 3.º da referida Lei Municipal n.º 1.246;**
>
> **Parágrafo único. A autarquia a que se refere este artigo goza de todas as prerrogativas, regalias, foro privilegiado, imunidades e prazos especiais inerentes às entidades públicas ou à Fazenda Municipal, por mais especiais que sejam consagrados na Constituição, e na legislação federal, estadual e municipal.**
>
> **Art. 3º. Constituem recursos ou receitas da Autarquia: 'a') - <u>arrecadação de taxas escolares</u>;**
>
> ***(...)***
>
> **'e') - outros recursos previstos no Regimento Interno ou receitas oriundas de atividades compatíveis com os fins da Autarquia".**

Oportuno sobre a matéria citar v. acórdão desta Eg. Corte de Justiça da lavra do Des. Eurípedes Faim, da 15ª Câmara de Direito Público, proferido nos autos da **Apelação nº 1022061-33.2016.8.26.0564 (j.20.03.2020)**, oriunda da mesma comarca (São Bernardo do Campo), de caso semelhante, que peço vênia para transcrever a ementa e excerto da fundamentação:

Acesso ao Sumário

"EMENTA: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – MENSALIDADES ESCOLARES – MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO – Autarquia Municipal componente da Administração Pública Indireta do município – Possibilidade de cobrança por meio de execução fiscal embasada em certidão de dívida ativa – Adequação da via eleita e validade do título executivo – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal de Justiça – Sentença reformada – Recurso provido. (...) A Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo é instituição pública de ensino criada por meio da Lei Municipal nº 1.251 de 1964 com a natureza jurídica de autarquia municipal (fls. 02). Desse modo, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, a exequente é componente da Administração Indireta, razão pela qual, de acordo com os artigos 1º e 2º da Lei Federal nº 6.830/80 não há óbice para que ela efetue a cobrança das mensalidades por meio de execução fiscal. Nesse sentido, precedente do C. Superior Tribunal Justiça firmado no julgamento do REsp 813.662/RJ, em que se extrai: [...] 5. O CPC e a Lei 8.666/93 não atribuem caráter executivo à garantia contratual e aos consectários correlatos estipulados no ajuste. Somente se a contratante for pessoa jurídica de direito público integrante da administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) ou indireta (autarquias e fundações públicas), poderá inscrever o crédito em dívida ativa (CDA) e proceder à execução fiscal (Lei 6.830/80, art. 1º). Ressalte-se, todavia, que o título executivo não será, propriamente, o contrato, e sim a CDA regularmente constituída (CPC, art. 585, VI). [...] (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 813.662 RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, j. 24/10/2006, DJ: 20/11/2006) (grifo nosso). No mesmo sentido já julgou esta C. Câmara em relação à apelante: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – Prestação de serviços educacionais – Município de São José do Rio Pardo – Dívida ativa referente a mensalidades escolares – Possibilidade de cobrança por meio de execução fiscal embasada em CDA – Adequação da via eleita e validade do título executivo extrajudicial – RECURSO PROVIDO. (TJSP, Apelação Cível 0007137-50.2006.8.26.0575, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Rodrigues de Aguiar, j. 07/08/2019, V.U.) (grifo nosso); APELAÇÃO CÍVEL – Execução fiscal – Município de São José do Rio Pardo – Mensalidades escolares do exercício de 2009 – Autarquia Municipal – Possibilidade de inscrição do débito em dívida ativa e cobrança do título por meio de execução fiscal – Semelhança entre o regime jurídico das fundações públicas e o das autarquias Interpretação extensiva dos artigos 1º e 2º da Lei nº 6.830/80 – Adequação da via eleita e validade da CDA – Precedentes do STJ e deste Eg. Tribunal de Justiça – Sentença afastada – Recurso

Acesso ao Sumário

provido. (TJSP, Apelação Cível 0003142-48.2014.8.26.0575, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Raul De Felice, j. 16/07/2019, V.U.) (grifo nosso) (...) Ademais, a cobrança na verdade está amparada na CDA de fls. 03/04, e não propriamente em contrato de prestação de serviços educacionais, daí porque não se sustenta o raciocínio que orientou a extinção. No caso, verifica-se que a CDA de fls. 03/04 atende aos requisitos exigidos pelo art. 2º, §§ 5º e 6º da Lei n° 6.830/80, razão pela qual é apta para instruir a ação executiva. Assim, de rigor o afastamento da extinção decretada em primeiro grau, devendo a execução prosseguir regularmente...*"*. – destacado –

Acrescente-se, no mesmo diapasão:

"Ementa: Execução fiscal. Cobrança de mensalidades escolares. Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. A sentença extinguiu a execução em razão da inadequação da via eleita e da nulidade dos títulos. A instituição universitária exequente, no entanto, tem natureza autárquica municipal e compõe a Administração Pública Indireta. Esse aspecto autoriza a cobrança de mensalidades não adimplidas por meio de execução fiscal, o que revela a adequação da via eleita pela exequente. Outrossim, os títulos executivos são válidos e permitem ao executado o pleno exercício de seu direito defensivo. Assim, de rigor o afastamento da extinção. A execução deve prosseguir sua marcha regularmente. Precedentes jurisprudenciais. Dá-se provimento ao apelo da autarquia universitária apelante." (Apelação Cível nº 1012870-61.2016.8.26.0564, Relatora Desembargadora Beatriz Braga, j. 12/11/2020);

"APELAÇÃO – Execução fiscal – Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – Serviços educacionais – Cobrança de mensalidade – Inscrição dos débitos em dívida ativa – Possibilidade – CDAs que atendem aos requisitos legais, viabilizando o prosseguimento da execução e eventual impugnação pela executada – Sentença reformada – RECURSO PROVIDO." (Apelação Cível nº 1009365-23.2020.8.26.0564, Relator Desembargador Henrique Harris Júnior, j. 29/07/2020).

Acesso ao Sumário

De outro lado, cumpre destacar que os créditos oriundos da prestação de serviços educacionais, e hábeis para aparelhar a execução fiscal que está embasada nas CDAs, atendem aos requisitos exigidos pelo art. 2º da Lei nº 6.830/80. Tais títulos gozam de relativa presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, representando crédito não tributário, com valor indicado, prescindindo de apuração prévia em outro processo.

A Lei de Execução Fiscal nº 6.830/80, em seus artigos 1º e 2º, prevê a cobrança de dívida das autarquias e estas se assemelham ao regime jurídico das Fundações, ao que é possível aplicá-la às execuções fundadas nos títulos das

Fundações Públicas, dando-se interpretação extensiva ao referido dispositivo legal.

Nestes termos, entende-se que a exequente possui legitimidade para a propositura da execução fiscal, por interpretação extensiva do art. 1º da Lei nº 6.830/80, para satisfação de seus créditos.

Diante de tais considerações, a apelante tem legitimidade para ajuizar execução fiscal a fim de ver satisfeitos seus créditos decorrentes de inadimplência de mensalidades escolares, por meio de dívida ativa.

Por fim, observa-se que as CDA's de págs.03/04 atendem os critérios legais estabelecidos pelo art. 2º, § 5º, da Lei nº 6830/80, de forma a permitir eventual defesa da apelada.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso**, determinando-se prosseguimento da execução fiscal, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005448-31.2020.8.26.0132, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VANDUI ARAÚJO DA CRUZ (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DETRAN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.067)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente) e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 21 de junho de 2021.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança – Auto de infração por embriaguez ao volante – Infrator que se submeteu a exame de alcoolemia, cujo laudo foi positivo – Suficiência – Presunção de veracidade do ato administrativo – Auto de infração subsistente – Ausência de elementos aptos a desconstituí-lo – Sentença de improcedência mantida – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VANDUI ARAUJO DA CRUZ impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo **SENHOR DIRETOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO- DETRAN** e **DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM-DER** alegando, em síntese, que em 19/01/2020 foi autuado por dirigir sob a influência de álcool, o que não condiz com a realidade, pois não ingeriu bebida alcoólica, mas apenas fez uso de antisséptico bucal, contendo grande quantidade de álcool. Diz que realizou o teste de etilômetro de forma voluntária, por mais de uma vez, constatando resultados diferentes. Solicitou exame de sangue, o qual foi negado, inviabilizando o contraditório. Afirma que o auto de infração é nulo pois o agente de trânsito não especificou um conjunto de sinais indicativos da embriaguez. Além disso, o aparelho utilizado no exame não constava no site da transparência e cadastros de instrumentos disponíveis ao cidadão. Alega, ainda, que não foi notificado para apresentar defesa administrativa e recurso acerca da autuação e imposição de penalidade. Requereu o acesso a toda documentação do aparelho etilômetro, possibilitando análise de sua calibragem, data de validade e verificação metrológica, anulando-se, posteriormente, o auto de infração, especialmente em razão da ausência de notificação.

A r. sentença de fls. 124/130, cujo relatório se adota, denegou a segurança.

Irresignado, apela o autor, postulando a total procedência da ação, com a concessão da segurança. Alega, em suma, "*em que pese todo respeito e admiração pelo ilustre parecer de vossa excelência, sentença, pela denegação da ordem, Fls.124 / 130, não merece prosperar, é contraria a resolução 432/13 do Contran, por falta sucumbência na documentação pertinente ao desfecho do caso. Pois bem, em mérito a aplicação de auto de infração do artigo 165 do CTB (dirigir sob a influência de álcool), com base no aparelho de etilômetro, como fato gerador de punição estatal. Todavia, a M.M. Juíza de Primeiro Grau tratou de julgar a ação totalmente improcedente, contrariando o texto legal e expresso de lei. Contrário do que afirma Vossa Excelência de piso, que denega a ordem sobre o fundamento de sentença Fls.126, que a ação não procede, afirma correta tipicidade e destaca que não exige exames técnicos previstos no 277 do CTB. Contudo, não há documentação quanto a calibragem do aparelho de etilomêtro, Fls 109 / 120, não há documentação que comprove o envio das notificações do A.I.T, artigos 281/289 do CTB. O motivo para reformar a sentença. Trata-se de interpretação do § 2, em atenção ao mencionado dispositivo legal, o Contran editou a Resolução 432/13, a qual, em seu artigo 6º disciplinou as formas pelas quais é possível aferir a incidência do artigo do artigo 165, do CTB (...) Analisando-se o AIT, constata-se que o agente de trânsito especificou apenas uma forma de aplicação, aparelho de etilômetro sem calibragem, e não foi juntada documentação pertinente quanto ao tema. Não só. E no caso dos autos a embriaguez foi constatada por meio de instrumento de aferição sem calibragem (Art.4, da resolução CONTRAN Nº 432 DE 23/01/2013 da citada*

Acesso ao Sumário

Resolução), embora, para esses fins de imposição de multa (...) Contudo, o mérito do Mandamus, é a falta de calibragem do aparelho de etilômetro (...) Frente a isso, incumbia à impetrada comprovar a realização da verificação anual do etilômetro pelos órgãos competentes, mas nada foi dito a respeito. Resulta duvidosa a regularidade do aparelho no momento da aferição; fato que poderia, em tese, implicar na nulidade da autuação (...) Noutro ponto, vale consignar a falta de fundamentação da r. sentença de primeiro grau, desrespeitando a Súmula 312 do STJ, quanto a falta de notificação (...)". No mais, repete os termos da petição inicial (fls. 149/163).

Recurso processado regularmente, com contrarrazões do DETRAN às fls. 168/171.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A penalidade administrativa na qual incorreu o autor encontra respaldo nos artigos 165, 276 e 277, § 2º, todos do Código de Trânsito Brasileiro:

"Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012).

Parágrafo único. O Contran disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica.

"Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência (...)

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.

Consta dos autos que o impetrante, no dia 22/04/2020, trafegava pela

rodovia 379, km 008+300 metros, sentido oeste, no município de Ibirá, e em decorrência da fiscalização de trânsito naquela localidade, foi abordado por Policial Rodoviário, que solicitou a realização do teste de etilômetro, o qual acusou na medição realizada 1,46 mg/l de álcool por litro de sangue sendo considerada 1,34 mg/l, atingindo o nível permitido para a lavratura do auto de infração de infração de trânsito por infringir ao artigo 165 do CTB.

Assim, é inafastável a alcoolemia do apelante, o que é suficiente para a caracterização da infração administrativa de dirigir sob a influência de álcool.

Uma vez que o apelante não trouxe aos autos qualquer documento que pudesse desconstituir o auto de infração, que foi lavrado com estrita observância às disposições legais, não há que se falar na declaração de sua nulidade, uma vez que é cediço que o ato administrativo goza de presunção de veracidade.

Observa-se que as alegações do apelante, de que o aparelho etilômetro estaria descalibrado, de que teria usado enxaguante bucal, e de que não teria sido notificado, necessitariam de dilação probatória para sua verificação, o que não é possível em mandado de segurança, ação em que o direito líquido e certo deve ser comprovado de plano pelo impetrante.

No mais, as razões recursais não enfraquecem os elementos de convicção exauridos na r. sentença sob análise, cujos fundamentos ficam ratificados, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, que possibilita ao Relator, nos recursos em geral, "*limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Importante ressaltar que a aplicabilidade do mencionado artigo encontra respaldo em jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.[1]

Decidiu o MM. Juízo *a quo* que:

"O Diretor do DETRAN é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação visto que não é o responsável pelo auto de infração questionado pelo impetrante.

No mais, a ação não procede.

Pretende o impetrante anular o Auto de Infração de Trânsito nº 1 I 19478-0, aplicado por infração ao artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro.

No caso dos autos, o impetrante, condutor do veículo, foi submetido à constatação do agente de trânsito.

O Auto de Infração de fls. 20 é claro ao tipificar a conduta praticada pelo impetrante, qual seja, dirigir sob a influência de álcool (Resolução CONTRAN 432/2013 e 276 do CTB).

Dispõe o artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro:

1 REsp n. 662.272-RS, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio Noronha, DJ 27.09.2007; REsp n. 641.963-ES, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 21.11.2005; REsp n. 592.092-AL, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 17.12.2004; e REsp n. 265.534-DF, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 01.12.2003.

Acesso ao Sumário

"Art. 165 - Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência".

Já o artigo 276 do Código de Trânsito Brasileiro assim prevê:

"Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.

Ainda, de acordo com o Código de Trânsito Brasileiro, a apuração dos requisitos para a configuração da infração acima pode ser realizada por meio de exames técnicos ou clínicos.

Consta do artigo 277, §3º, do Código de Trânsito Brasileiro:

"Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em

acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

(...)

Não se faz necessário para caracterizar a infração apresentar o indivíduo sinais de embriaguez.

Constatados sinais indicativos de influência de álcool, tem-se por configurado a infração prevista no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro.

A não realização de demais exames clínicos não induz à nulidade da autuação, vez que a utilização dos métodos para confirmação da alteração da capacidade psicomotora por influência de álcool ou outra substância psicoativa está no âmbito da discricionariedade do agente, devendo ele, inclusive, priorizar a utilização do teste de etilômetro, conforme artigo 3º, §2º, da Resolução CONTRAN nº 432/13.

No caso, o procedimento fiscalizatório se deu dentro dos parâmetros legais, não restando ofensa a nenhum princípio constitucional, o que mostra a higidez do ato administrativo.

Em que pese as alegações do impetrante, não se vislumbra ilegalidades formais ou materiais no Auto de Infração.

A alegação de que o "O aparelho não foi encontrado na pesquisa disponível no portal de transparência e cadastros de instrumentos disponíveis ao cidadão, em completo vilipendio ao devido processo legal e ao contraditório, ferindo o princípio da Publicidade. Não consta validade operacional no sistema de dados obrigatórios de nosso órgão Inmetro, gerando nulidade operacional em nosso ordenamento jurídico", não ampara a pretensão do impetrante.

De acordo com o Auto de Infração de fls. 20, o exame foi realizado com a adoção das medidas necessárias, constando os dados da ocorrência como numeração do aparelho, a dosagem encontrada, o enqua-

Acesso ao Sumário

dramento, a identificação do agente de trânsito etc.

O impetrante não trouxe aos autos qualquer documento que pudesse desconstituir o auto de infração, lavrados com observância às disposições legais, gozando de presunção de veracidade.

Dessa forma, não se verifica qualquer ilegalidade na lavratura do autor de infração, lembrando que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade, não bastando simples negativa para sua invalidação.

Quanto à alegação de ausência de notificação para apresentar defesa a questão depende de dilação probatória, o que este procedimento não comporta. Os documentos que acompanharam a petição inicial não são suficientes para comprovar as alegações do impetrante.

Os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade, e a sua desconstituição em sede de mandado de segurança exige prova preconstituída da ilegalidade.

Essa prova não existe nos autos, pois a simples alegação do impetrante de que não foi regularmente notificado para apresentar defesa da infração não é suficiente para elidir a referida presunção iuris tantum.

Tal presunção é relativa e o impetrante não infirmou a presunção de veracidade e legitimidade que revestem os atos administrativos impugnados.

O direito líquido e certo tem que ser comprovado de plano, por documento inequívoco, independente de exame técnico e que não reclame a produção de qualquer prova, por mais simples que seja.

No presente caso, a questão fática acerca do recebimento ou não da notificação não restou dirimida, razão pela qual não há que falar em direito líquido e certo.

Desse modo, de rigor a denegação da segurança".

Dessa forma, era mesmo de rigor a denegação da segurança.

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

Acesso ao Sumário

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1003220-54.2016.8.26.0575, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é apelante INSTITUTO MUNICIPAL DE PREVIDÊNCIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PARDO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada ROSELI DE

MORAES SILVA.

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 31.688)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 1º de maio de 2021.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO – Aposentadoria Especial – Pretensão deduzida por servidora municipal, assistente administrativa da Prefeitura de São José do Rio Pardo – Alegação do exercício de atividade insalubre por mais de 25 anos – Previsão na Constituição Federal (art. 40, § 4º-C) e na Lei Federal 8.213/91 (art. 57 e 58) – Função pública sem exposição a ambiente de trabalho insalubre; atividade essencial de escritório – Prova técnica de engenharia de segurança do trabalho desfavorável ao pedido – Sentença de procedência reformada – Recurso de apelação provido.

VOTO

Relatório

Ação proposta por Roseli de Moraes Silva, servidora do Município de São José do Rio Pardo, alegando haver trabalhado como assistente administrativa, compradora da Prefeitura, desde 23/08/1991, mais de 25 anos, expondo-se a condições insalubres de trabalho; requereu aposentadoria especial em 23/10/2016, negada pelo Instituto de Previdência; faz jus ao benefício. Requer a procedência da ação para ser aposentada e condenação do réu no pagamento dos proventos desde o pedido administrativo. Valor da causa: R$ 26.420,52.

A r. sentença[1], de relatório adotado, acolheu o pedido, ordenou implantação de aposentadoria especial a partir do requerimento administrativo, condenou no pagamento das "diferenças vencidas", com os acréscimos legais.

Recorre o réu, defendendo a inexistência de atividade insalubre; requer a improcedência da ação. Recurso respondido.[2]

Fundamentação

O recurso de apelação comporta provimento.

1 Sentença, fls. 313/317.

2 Recurso, fls. 320/339; contrarrazões, 344/355.

Conforme o art. 40, § 4º-C, da Constituição Federal:

> Art. 40, § 4º-C: Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação (incluído pela EC 103,de 2019).

Não havendo lei complementar local, aplicável a Lei Federal nº 8.213, de 1991, artigos 57 e 58 (abaixo), e sobre isso as partes não divergem.

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.
>
> § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de- benefício. (...)
>
> Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. (...)

Então, a questão controvertida é dizer se a apelada vem exercendo seu trabalho em ambiente agressivo à saúde ou integridade física, se de fato cumpre os requisitos para aposentadoria especial previstos nos dispositivos constitucional e legal citados.

A função de assistente administrativa, compradora da Prefeitura Municipal, como a própria denominação do cargo sugere, não é atividade sujeita a ambiente insalubre.

Embora o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) indique uma possível atividade de risco à saúde (recepção e identificação de materiais biológicos), a descrição preponderante é de trabalho de escritório: controle de serviços gerais; redação, elaboração, organização de documentos e arquivos; digitação em computador; expedição de correspondência; informações sobre a unidade de saúde; controle de frequência, escala de férias etc. etc. **(fls. 18/19).**

Enfim, pela natureza e método de trabalho, essa atividade predominante não é insalubre, e o perito judicial, engenheiro de segurança do trabalho, assim confirmou em seu laudo **(fls. 231/243):**

> "No caso em tela, o critério relacionado com a atividade desenvolvida pela Reclamante estaria estabelecido em razão de suas atividades desempenhadas em local destinado aos cuidados à saúde humana. No entanto, a caracterização da Atividade Especial por exposição a Agentes Biológicos leva em conta também o contato direto e permanente com pacientes, OU o contato com os materiais de seu uso não previamente

Acesso ao Sumário

esterilizados.

"Neste diapasão, conforme apurado na data da perícia técnica, muito embora a Autora labore em local destinado aos cuidados da saúde humana, a mesma **não mantém contato direto com os pacientes que buscam a aludida unidade de saúde**, bem como **não mantém contanto com materiais de seu uso não previamente esterilizados**, limitando-se **apenas suas atividades relativas a questões administrativas de controle interno, agendamentos e organização do setor, não ficando assim exposta aos riscos de exposição a Agentes Biológicos nos termos do Anexo 14 da NR-15**" (grifei).

Em face do exposto, sem prova de que a servidora exerceu ou exerce permanente atividade de risco que justifique aposentadoria especial, voto pelo provimento do recurso de apelação, com a improcedência da ação; honorários de sucumbência de 10% (dez p/cento) do valor atualizado da causa, ressalvada a assistência judiciária deferida (fl. 174).

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0002685-06.2019.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é apelado ALEXANDRE APARECIDO DAMASIO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao reexame necessário, negando-o ao outro recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.034)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente) e ANTONIO MOLITERNO.

São Paulo, 3 de maio de 2021.

ALDEMAR SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Acidentária – Lesões no ombro esquerdo do obreiro – Concessão de "auxílio-acidente" – Admissibilidade – Presença de incapacidade parcial e permanente e de nexo causal a ensejar a indenização pretendida – Apelo do INSS e

Acesso ao Sumário

reexame necessário – Honorários advocatícios – Fixação em 15% sobre as parcelas devidas até a sentença, conforme jurisprudência do Col. STJ, que manteve a aplicação da aplicação da Súmula nº 111, mesmo depois da entrada em vigor do novo CPC – Juros de mora e correção monetária a serem empregados conforme a decisão proferida pelo Col. STF no julgamento do RE nº 870.947/SE, relativo ao Tema 810 da Repercussão Geral – Apelo do INSS não provido, provido, em parte, o outro recurso.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação acidentária movida por **Alexandre Aparecido Damásio** em face do **Instituto Nacional de Seguro Social - INSS**, alegando que, em razão das moléstias causadas pelas condições agressivas de seu meio laboral e de acidente de trabalho que ocasionou lesão no ombro, está com a capacidade laboral reduzida, motivo pelo qual postula a concessão de benefício pertinente à perda suportada (fls. 01/12).

Por meio da decisão de **fls. 91/92**, a Justiça Federal declarou sua incompetência absoluta para processar e julgar a demanda e determinou a remessa dos autos para a Justiça Estadual.

A r. sentença de **fls. 284/287**, proferida em 20 de novembro de 2020, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, para condenar a autarquia a pagar ao autor "auxílio-acidente" de 50% do salário- de-benefício previsto na Lei nº 8.213/91 (art. 86, §1º), com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.528/97, a partir do dia seguinte ao da cessação do "auxílio-doença" (art. 86, §2º), ou seja, 31/05/2013, mais abono anual, observando-se a prescrição quinquenal, deixando anotado que o arbitramento dos honorários advocatícios se dará na etapa do cumprimento da sentença, quando liquidado o julgado (art. 85, § 4º, II, do CPC/2015), e demais consectários legais, anotado o reexame necessário.

Apela o vencido em busca da inversão do julgado, alegando, em preliminar, a carência da ação por falta de interesse de agir do obreiro decorrente da ausência de prévio requerimento administrativo, além de, no mérito, aduzir a ausência dos requisitos autorizadores da concessão do benefício, requerer que o seu termo inicial seja estipulado a partir da juntada do laudo pericial aos autos, pleitear que o Estado de São Paulo seja condenado a restituir os honorários periciais antecipados por ele e ainda prequestionar a matéria ali ventilada (**fls. 289/299**), com resposta (**fls. 321/322**).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação interposto pelo INSS e passo a analisar o mérito dele, bem como da remessa obrigatória.

Afasto, de pronto, a alegação de falta de interesse de agir, sob a alegação de que o segurado realizou o último exame pericial na autarquia em 2013, tendo ajuizado ação somente em 2019, pois, em verdade, a demanda foi proposta na 1ª Vara Federal de Santo André em 14/12/2017 (**fl. 01**), ou seja, apenas 4 anos após a cessação administrativa do benefício (**fl. 47**), destacando-se que a Justiça Federal, em razão da sua incompetência absoluta, determinou a remessa dos autos para a Justiça Estadual.

No mais, trata-se a espécie de ação em que o autor busca a concessão de indenização acidentária, sob o argumento da existência de prejuízo funcional causado pelos males indicados na inicial.

Realizada a prova técnica, o perito de confiança do juízo, após proceder ao exame físico e analisar os documentos médicos trazidos ao feito, concluiu em seu laudo de **fls. 244/260** que:

"...CONCLUSÃO

O autor apresenta SEQUELAS PÓS LESÃO TRAUMÁTICA e TENDINITE DO SUBESCAPULAR NO OMBRO ESQUERDO tendo se submetido à cirurgia. No exame clinico do ombro esquerdo o autor apresentava pequenas cicatrizes cirúrgicas na face anterior, lateral e posterior, dor à palpação e aos movimentos articulares, Teste de Neer, Patte, Jobe e de Yergason negativos, crepitação aos movimentos articulares, sem atrofia muscular, uma limitação discreta a moderada aos movimentos de flexão, abdução e rotação interna com uma diminuição na força muscular do membro superior esquerdo em grau moderado. A ressonância magnética do ombro esquerdo mostra uma fissura na porção superior do labrum da glenóide com extensão para anterior e para antero inferior, retificação com deformidade do contorno postero-lateral da cabeça umeral que pode estar relacionada à seqüela de luxação gleno umeral anterior, áreas de degeneração intersticiais dos tendões do supra e infra-espinhais sem sinais de roturas, tendinopatia do subescapular com áreas de degenerações intersticiais/fissuras parciais intrassubstanciais sem roturas transfixastes evidentes. No presente caso, o perito admite o nexo entre as lesões constatadas e o acidente relatado que causam uma incapacidade parcial e permanente para o trabalho. O autor não tem condições para permanecer na sua atividade habitual com o perito sugerindo a mudança de atividade.

No exame clinico do joelho direito o autor apresentava pequenas cicatrizes cirúrgicas com ausência de dor à palpação e aos movimen-

Acesso ao Sumário

tos articulares, uma limitação discreta aos movimentos de flexoextensão, sem aumento de volume (em relação ao esquerdo), sem derrame articular, pulsos presentes e normais, deambulação normal com um quadro de obesidade grau I. A ressonância magnética do joelho direito mostra ausência de lesões menisco-ligamentares. No presente caso, o autor não apresenta incapacidade funcional para o trabalho. O autor informou que estava retornando do mercado quando caiu na calçada, batendo o joelho direito e que se tratava de acidente não ocupacional (vide item III – Queixas). INCAPACIDADE: O perito sugere um AUXÍLIO-ACIDENTE de 50% (cinquenta por cento).".

Ora, sabido que o "*auxílio-acidente*" é um benefício concedido como indenização ao segurado, quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar em seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia (*art. 86 da Lei nº 8.213/91*), no caso em tela está nitidamente configurado o comprometimento da capacidade funcional do obreiro, a quem, diante do assertivo teor do estudo técnico, será exigido maior vigor para a realização de qualquer ação com o ombro afetado.

E nem se diga, ademais, que ele não estaria incapacitado para o trabalho habitualmente exercido. Realizar as mesmas tarefas, só que agora com maior esforço, ou desconforto, ou qualquer outro fator que acarrete prejuízo a boa consecução do serviço, seja a maior demanda física do segurado, seja queda de produtividade, lentidão, etc., igualmente é considerada incapacidade laboral, devendo, por força de lei, ser convenientemente indenizada.

Antônio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Souza Bertagni (*in "Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais", Editora Saraiva, 4ª ed., 2007, págs. 41/42*) teceram comentários apropriados a respeito desse tema:

"No âmbito das ações acidentárias a autarquia vem criando teses absurdas para evitar o pagamento de auxílio-acidente, agora no percentual de 50%. Uma delas é a de que apenas cabe o benefício quando há necessidade de mudança de função e não apenas a necessidade de dispêndio de maior esforço para exercê-la. Outra, esta, mais absurda ainda, exige que a incapacidade resultante do acidente, após a alta médica, deve ser equivalente a 50%. O Regulamento, no art. 104, trata da questão da seguinte forma: concede-se auxílio- acidente quando: a) houver redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercida, remetendo ao anexo II; b) houver redução para a capacidade de trabalho que habitualmente exercia e exigência de maior esforço para o desempenho desta função; c) houver redução da capacidade de trabalho que impossibilite o desempenho da atividade que exercia à *época do acidente, porém permitia o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional,*

Acesso ao Sumário

nos casos indicados pela perícia do INSS".

Desse modo, é notório que o autor não está no mesmo nível de outro trabalhador que não possui a restrição física salientada, especialmente quanto à impossibilidade de continuar a desenvolver a sua anterior função.

Além disso, como destacado pelo *E. Des. Adel Ferraz*, no julgamento da Apelação Cível nº 0021901-98.2011.8.26.0564, ocorrido em 30.07.2013 por votação unânime, "*... o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no* ***Recurso Especial Repetitivo (CPC, art. 543-C) nº 1.109.591/SC****, que é* ***devido o auxílio-acidente, inclusive nos casos de lesão mínima****, porque a extensão do dano não está inserida no rol dos pressupostos necessários à concessão do referido benefício*".

Não bastassem todas essas considerações, não se pode esquecer que o nexo causal foi reconhecido pela emissão da CAT de **fls. 48**, sendo admitido anteriormente pela própria autarquia, tanto que deferiu ao obreiro "auxílio-doença", mesmo que de natureza previdenciária, no período compreendido entre 15/03/2013 e 30/05/2013 (**fl. 311**).

Nesse contexto, presentes inequivocamente a incapacidade parcial e permanente e a relação de causalidade, elementos componentes do binômio necessário à reparação infortunística, outro não poderia ser o desfecho da demanda senão o da concessão do "*auxílio- acidente*" no percentual de *50%* do salário-de-benefício, de sorte que a r. sentença, nesta parte, merece prevalecer por seus próprios e jurídicos fundamentos.

De resto, pondero que, com base na exata interpretação do art. 86, §2º, da lei acidentária, o termo inicial do benefício foi fixado corretamente a partir do dia seguinte ao da alta médica noticiada nos autos, ou seja, ***31/05/2013, bem observada pelo douto magistrado a prescrição quinquenal***, ressalvando-se o que vier a ser decidido pelo Col. STJ nos autos das ProAfR nos Recursos Especiais nºs 1.729.555 e 1.786.736, ao afetar em acórdãos proferidos em 04 de junho de 2019 aqueles recursos ao rito dos recursos repetitivos, com o identificado Tema 862, ***razão pela qual é de rigor a suspensão do processo após o presente julgamento, até ulterior decisão daquela Instância Superior.***

Por outro lado, ressalto que, de acordo com o posicionamento consolidado desta Col. Câmara, os honorários advocatícios devem ser fixados no percentual de 15% sobre as parcelas devidas até a sentença, conforme jurisprudência do Col. STJ, que manteve a aplicação da aplicação da Súmula nº 111, mesmo depois da entrada em vigor do novo CPC.

Neste sentido, confira-se as decisões monocráticas proferidas nos REsp nºs 1.883.713/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, de 10.09.2020, 1.884.113/SP, rel. Min. Regina Helena Costa, de 25.08.2020, e 1.864.992/SP, rel. Min. Og Fernandes, de 18.08.2020, bem como todas as outras mencionadas naqueles recursos, prolatadas por ambas as turmas da Primeira Seção, dando provimento ao recur-

Acesso ao Sumário

so do INSS em casos análogos.

De outra banda, é sabido que cabe à autarquia antecipar os honorários periciais, nos termos do art. 8º, §2º, da Lei nº 8.620/93, inexistindo ressalva em relação ao fato de o obreiro se sagrar sucumbente no feito.

Assim, os valores despendidos como pagamento de salários periciais não podem ser considerados como verbas de sucumbência, seja quem for o vencedor da lide, de sorte que eles devem mesmo ser sempre adiantados e pagos pelo réu, até mesmo porque, nas ações acidentárias, também se sabe que o segurado é beneficiário de gratuidade irrestrita, à luz do art. 129, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, englobando a benesse aquela citada despesa, sem se aplicar à hipótese, ademais, a Lei nº 1.060/50, em razão de não se coadunar com a legislação específica.

Se a lei federal, então, ordena que as ações de natureza previdenciária sejam gratuitas aos segurados, é óbvio que compete ao INSS, em contrapartida, arcar com todas as despesas do processo.

Isso porque ela é mais benéfica que a norma geral, pois contém presunção *iure et de iure* de hipossuficiência do segurado, não exigindo comprovação da condição de miserabilidade, além de não trazer qualquer limitação ou possibilidade de revogação do benefício de isenção das custas e despesas processuais, tal como previsto no art. 98, § 3º, do novo CPC (previsão igual a do art. 12, do diploma revogado). Esse pressuposto especial da Lei nº 8.213/91, inclusive, por simplesmente isentar a parte autora de custas, sem qualquer condicionante, afasta qualquer potencial aplicação do princípio da causalidade.

Típico exemplo dessa circunstância é o art. 171, do Decreto nº 3.048/99, prescrevendo que os gastos do autor que precisar se deslocar, por determinação da autarquia, para se submeter a exame médico-pericial ou a processo de reabilitação profissional em localidade diversa da de sua residência deverão ser reembolsados pelo réu. Esse comando, aliás, é utilizável ainda que a perícia aponte a ausência de incapacidade laborativa.

A jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido:

> *"EMBARGOS À EXECUÇÃO – Cobrança de honorários periciais em face da Fazenda do Estado de São Paulo – Preliminar de ilegitimidade de parte – Acolhimento* – Ônus do INSS quanto à antecipação dos honorários periciais em sede de ações acidentárias – *Inteligência do artigo 8º, § 2º, da Lei nº 8.620/93 – Sentença reformada – Recurso provido."* (Apelação nº 9069602-52.2005.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Alberto Gentil, j. em 26.08.2008).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Pedido formulado pela autarquia federal de devolução, pelo Estado de São Paulo, do valor antecipado*

Acesso ao Sumário

para pagamento da perícia médica – Sucumbência do autor, beneficiário da justiça gratuita – Inaplicabilidade da Lei nº 1.060/50 na espécie, por existir norma específica quanto à gratuidade das ações acidentárias/previdenciárias (art. 129, da Lei 8.213/91) – Honorários periciais que são ônus da autarquia sempre, independente da sucumbência – Interpretação sistemática da legislação previdenciária – Recurso desprovido." (Agravo de Instrumento nº 0196182-42.2012.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Público, rel. Des. João Negrini Filho, j .em 09.10.2012).

"Conversão do julgamento em diligência – Desnecessidade – Laudo pericial bem fundamentado, bastando para o julgamento da demanda. Acidente do trabalho – Males da coluna – Laudo pericial dando conta da ausência de incapacidade laborativa – Ação improcedente.

Pretensão de reembolso do valor dos honorários periciais pela Fazenda do Estado de São Paulo, que não foi parte o processo – Impossibilidade – Sentença que não pode prejudicar terceiros – Honorários periciais que são ônus da autarquia, independentemente do resultado da lide – Inteligência do art. 129, da Lei nº 8.213/91.

Recursos improvidos". (Apelação Cível nº 1005559-53.2015.8.26.0564, de São Bernardo do Campo, 17ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Afonso Celso da Silva, j. em 16.08.2016).

"ACIDENTE DO TRABALHO – Auxílio-acidente – Demanda julgada improcedente – Pedido formulado pela autarquia federal de devolução, pelo Estado de São Paulo, do valor antecipado para pagamento da perícia médica – Sucumbência do autor, beneficiário da justiça gratuita – Inaplicabilidade da Lei nº 1.060/50 na espécie, por existir norma específica quanto à gratuidade das ações acidentárias/previdenciárias (art. 129, da Lei nº 8.213/91) – Honorários periciais que são ônus da autarquia sempre, independentemente da sucumbência – Negado provimento ao recurso." (Apelação Cível nº 0015115-33.2014.8.26.0564, de São Bernardo do Campo, 17ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Nelson Biazzi, j. em 25.10.2016).

Não se desconhece, por sua vez, a existência de certa incompatibilidade entre o disposto nas *Leis nºs 8.620/93* e *8.213/91*, na medida em que a primeira determina a antecipação da verba honorária, enquanto a segunda isenta a parte vencida de aguentar o encargo, não indicado quem deveria suportá-lo.

Contudo, tal situação não autoriza a oneração da Fazenda Pública Estadual, como pretende o apelante, pois, como muito bem destacado pelo *E. Des. Núncio Theophilo Neto*, no julgamento da *Apelação Cível nº 1006199-90.2014.8.26.0564*, também de São Bernardo do Campo, ocorrido em *16 de agosto de 2016*, "*...sendo o INSS uma autarquia federal, todas as ações em*

Acesso ao Sumário

que ele seja parte deverão ser processadas na Justiça Federal, exceção feita às demandas relativas a acidentes do trabalho, que, por expressa previsão do art. 109, I, da Constituição Federal, foram deslocadas para os Tribunais estaduais. Ora, se a competência do Tribunal de Justiça para o julgamento da ação acidentária já se dá em caráter excepcional, é possível concluir que o Estado de São Paulo não possui qualquer responsabilidade de arcar com os honorários periciais relativos a essas demandas, mesmo porque sequer é parte interessada no processo e, por óbvio, tal gasto não está previsto em seu orçamento. O INSS, por outro lado, é encarregado de arcar com todas as despesas decorrentes de atividades-meio exigidas para a consecução de sua finalidade, que é a de 'assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, emprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente', previsão insculpida no art. 1º, da Lei nº 8.213/91. Por assim ser, à autarquia incumbe, nos pedidos de concessão de benefício realizados na via administrativa, arcar com todos os honorários periciais, seja daquelas realizadas por seus peritos próprios ou terceirizados, neste último caso por meio de convênios, quando requisitados, e mesmo, se necessário, gastos com deslocamentos e diárias, a teor do previsto no art. 171 do Decreto 3.048/99 e no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.876/2004. Há que se ressaltar, por outro lado, que o fundamento jurídico invocado pela recorrente, qual seja, a responsabilidade imputada pelo inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual 'o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", faz referência ao Estado em sua acepção genérica, de Poder Público, o que evidentemente inclui o próprio INSS, autarquia federal que exerce atividade estatal típica por descentralização. Observe-se que não se desconhece a existência das decisões do Superior Tribunal de Justiça favoráveis à tese do apelante; contudo, tais precedentes não possuem caráter vinculante, de maneira que não está este Tribunal obrigado a decidir no mesmo sentido, respeitada a posição daquela Corte...".

Nesse contexto, é mesmo de rigor que o próprio INSS suporte o custo das perícias judiciais.

Para melhor direcionar a futura execução, anoto que os juros de mora, incidentes desde quando o benefício é devido, realmente de forma englobada até a citação e, após, mês a mês, decrescentemente, corresponderão ao índice de 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*, segundo uma das teses definidas pelo *Col. STF* no julgamento do *RE nº 870.947/SE*, ao apreciar o *Tema 810*, com repercussão geral reconhecida, aplicando-se o *IPCA-e* na correção monetária dos atrasados ***desde 30.06.2009, data de vigência da Lei nº 11.960/09***, na medida em que, ao rejeitar, por maioria de votos, em *03.10.2019*, em acórdão publicado

em *03.02.2020*, todos os "*embargos de declaração*" opostos ao *aludido Recurso Extraordinário*, não modulando os efeitos da decisão anteriormente proferida, o *Pretório Excelso* considerou aquele índice empregável *desde junho de 2009 em diante* para a atualização dos débitos judiciais das *Fazendas Públicas*.

Diante do teor da fundamentação deste acórdão, não socorrem ao suposto direito do INSS, os dispositivos legais expressamente prequestionados por ele.

Finalmente, de acordo com orientação da Corregedoria Geral da Justiça, veiculada no Comunicado nº 912/2007, passa a integrar o presente julgado o seguinte tópico-síntese:

Número do processo:	0002685-06.2019.8.26.0554
Nome do Segurado:	Alexandre Aparecido Damásio
Benefício Concedido:	Auxílio-acidente – 50% do SB
DIB:	*31/05/2013* (**fl. 311**)
RMI	a ser apurada em liquidação

Ante o exposto, para os fins indicados, DOU PARCIAL provimento ao reexame necessário, NEGANDO-O ao outro recurso, ***concedida, de ofício, a tutela de urgência para a imediata implantação do benefício, servindo cópia deste acórdão como ofício ao INSS, incumbindo ao autor ou a seu patrono apresentá-lo na agência ou posto da Previdência Social, determinada, na sequência, a suspensão do processo, nos moldes acima consignados.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1071661-96.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado/apelante SINDICATO INTERESTADUAL DAS INDÚSTRIAS MISTURADORAS E ENVASILHADORAS DE DERIVADOS DE PETRÓLEO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso da impetrada e julgaram prejudicado o recurso do impetrante. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.573)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), MIGUEL PETRONI NETO e ROBERTO MAIA.

São Paulo, 4 de maio de 2021.

Acesso ao Sumário

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: MEIO AMBIENTE – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – Impetração contra ato do Diretor da Cetesb, que adotou critério estabelecido no Decreto Estadual 62.512/19 para o cálculo do preço do licenciamento ambiental – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E VIA INADEQUADA – Competência da autoridade coatora para aplicar o Decreto 62.512/2019 na cobrança de taxa do processo de renovação de licenciamento ambiental – Ato do Chefe do Poder Executivo mencionado de forma incidental – Impetração preventiva, a fim de evitar risco iminente a direito dos seus associados decorrente da aplicação dos critérios de cálculo estabelecidos no Decreto – Aptidão do "mandamus" para evitar os efeitos concretos causados pelo Decreto – Adequação da via mandamental – PRELIMINARES AFASTADAS.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL – FIXAÇÃO DOS VALORES PARA EXPEDIÇÃO DAS LICENÇAS AMBIENTAIS – Insurgência contra os critérios de cálculo estabelecidos pelo Decreto Estadual nº 64.512/2019 – Inexistência de comprovação da abusividade da fórmula prevista no novo regulamento, que não inclui no cálculo a área total do terreno, mas apenas a áreas vinculadas ao empreendimento, não acarretando o valor exorbitante estabelecido pelo anterior Decreto nº 62.973/2017 – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO VERIFICADO – SEGURANÇA DENEGADA – RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por **CETESB - COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL** e por **SINDICATO INTERESTADUAL DAS INDÚSTRIAS MISTURADORAS E ENVASILHADORAS DE DERIVADOS DE PETRÓLEO** contra a respeitável sentença de fls. 180/183 que, nos autos do mandado de segurança coletivo impetrado pelo segundo, julgou procedente a ação, para conceder a segurança e determinar que

a autoridade coatora processe o pedido de renovação de licenciamento ambiental nos moldes anteriores ao Decreto 64.512/2019.

Irresignada, **apela a impetrada** (fls. 218/259), pugnando pela reforma da sentença, sustentando, em síntese, ilegitimidade passiva, porquanto a impetrante pretende discutir Decreto do Governo do Estado de São Paulo, visando sua nulidade por vias transversas, bem como a inadequação da via eleita, pois não é cabível a utilização do remédio constitucional "contra lei em tese", inexistindo, no caso, lesão a direito líquido e certo.

No mérito, sustenta a legalidade da metodologia de cálculo dos preços de análise de licenciamento ambiental, argumentando que as alterações trazidas pelo Decreto Estadual nº 64.512/2019 resolvem as ilegalidades apontadas no decreto anterior (Decreto nº 62.973/17). Assevera que a alteração do conceito da "área integral da fonte de poluição" trazido pelo Decreto Estadual nº 64.512/2019 se iguala à redação original do Decreto Estadual nº 8.468/1976.

Também **apela o impetrante** (fls. 263/277), pugnando pela reforma do dispositivo da sentença para afastar também a aplicação do Decreto 62.973/17, que deve abranger os cálculos de todas as taxas previstas nos referidos Decretos, incluindo licenciamento, renovações, Cadri, etc, não se limitando, portanto, à renovação da licença ambiental.

Recursos processados, com contrarrazões (fls. 282/294 e 295/298).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso da Cetesb e provimento parcial do recurso da impetrante (fls. 309/318).

É o relatório, passo ao voto.

I – Rejeita-se, desde logo, a alegação de ilegitimidade passiva e de inadequação da via eleita.

Primeiro porque compete à autoridade coatora a efetiva aplicação do Decreto nº 62.973/2017 e do atual Decreto Estadual nº 64.512/2019, editado pelo chefe do Poder Executivo Estadual, a fim de efetuar a cobrança da taxa de renovação da licença ambiental de acordo com os índices previstos no referido regulamento.

Incumbe, portanto, ao Diretor Presidente da CETESB a prática do ato impugnado ou dele emanou a ordem para a sua prática, enquadrando-se, portanto, no conceito do §3º do art. 6º da Lei 12.016/2009, não havendo falar em ilegitimidade passiva *ad causam*.

Em segundo, afasta-se também a preliminar de inadequação da via mandamental por se tratar de mandado de segurança "contra lei em tese". Na hipótese dos autos, a inaplicabilidade do ato do Chefe do Poder Executivo é requerida apenas de forma incidental, certo que a impetração se dirige contra os efeitos concretos iminentes que decorrem da aplicação rotineira do Decreto 64.512/2019 na realização do cálculo das taxas cobradas nos diversos proce-

Acesso ao Sumário

dimentos relacionados ao licenciamento ambiental, caracterizada, em tese, a ameaça real de iminente violação ao direito de seus associados, nos termos do art. 21 da Lei 12.016/2009.

Conforme entendimento do C. STJ, "sendo preventivo o mandado de segurança coletivo, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo dos associados da impetrante é suficiente a ensejar a impetração" (AgRg no RMS 49945/MG – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2015/0318861-7 – Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES (1151) – Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento 17/03/2016).

No caso, a impetrante não busca a proteção de interesses da coletividade em geral, ou ao resguardo da ordem jurídica abstratamente considerada, tampouco da invocação genérica de uma remota possibilidade de ofensa a direito. A impetração se funda na existência de uma situação atual que evidencia "uma ameaça real, plausível, concreta e objetiva, traduzida em atos da Administração preparatórios ou ao menos indicativos da tendência da autoridade pública a praticar o ato ou a se omitir deliberadamente quando esteja obrigada a agir" (AgInt no MS 25.563/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 17/03/2020, DJe 20/03/2020).

Afastadas as preliminares, passo à análise do mérito propriamente dito.

II – O recurso comporta provimento.

Cuida-se de mandado de segurança preventivo impetrado contra a aplicação do Decreto nº 64.512, de 03/10/2019, em vigor desde 03/11/2019, na elaboração do cálculo das diversas taxas que envolvem procedimentos relacionados ao licenciamento ambiental das atividades de seus associados.

Alega a exorbitância e abusividade do valor da taxa, calculada de acordo com a nova metodologia, estabelecida pelo Decreto Estadual nº 62.973/2017 e parcialmente mantida pelo atual Decreto Estadual nº 64.512/2019, no cálculo dos preços do licenciamento ambiental, devendo ser observada a sistemática anterior, prevista pela Lei Estadual nº 997/76 e regulamentada pelos Decretos Estaduais nº 8.468/79 e nº 47.397/02.

Consoante entendimento pacífico das C. Reservadas ao Meio Ambiente deste E. Tribunal, o Decreto Estadual nº 62.973/2017 aumentou demasiadamente os preços das licenças ambientais, vez que passou o órgão ambiental a incluir, na definição de "área integral de fonte de poluição", a área total do imóvel onde se dará a atividade objeto do licenciamento, e não, apenas, a área de construção ou de terreno ocupada pelo empreendimento ou atividade poluidora – critério anterior adotado CETESB.

Esse aumento no fator de cálculo do preço do licenciamento gerou o valor exorbitante exigido dos particulares – o que não se mostrava razoável, pois

incluiu, no cálculo, área desvinculada do empreendimento que se quer licenciar.

Por seu turno, no Decreto Estadual nº 64.512/2019, verifica-se que houve a revisão do fator de complexidade, a fim de reajustar o preço praticado pela CETESB em sua atividade licenciadora.

Ao retomar o critério previsto pelo legislador de 1976, que estabeleceu no Decreto Estadual nº 8.468/76, regulamentar à Lei nº 997/76, a área de fonte de poluição como sendo a área construída do empreendimento e área de atividade ao ar livre e outras, o atual Decreto Estadual nº 64.512/2019, ato normativo com conteúdo equivalente àquele editado em 1976, corrigiu os problemas verificados no Decreto nº 62.973/2017, não mais se cogitando violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No mais, não se vislumbra, de plano, ilegalidade na revisão do fator de complexidade com a finalidade de reajustar o preço praticado, mormente porque o Decreto nº 64.512/2019 afasta a inclusão da a área total do terreno (AT) no cálculo das taxas, e considera, apenas, as áreas diretamente vinculadas ao empreendimento e outras utilizadas para o exercício do empreendimento ou atividade, tais como a "área construída" e a "área de atividade ao ar livre ou outras áreas"

Sobre a nova sistemática, inclusive, assim decidiu este **E. Tribunal de Justiça**:

> ***"APELAÇÃO. Mandado de segurança. Sentença de concessão. Apelo da impetrada pleiteando a reforma. Com razão. Ilegalidade da cobrança da taxa de licenciamento ambiental. Ação proposta, ante a necessidade de renovação de licença ambiental, já na vigência do atual Decreto nº 64.512/2019. Inexistência de comprovação da abusividade da fórmula prevista no atual regulamento, que não inclui no cálculo a área total do terreno, porém somente áreas vinculadas ao empreendimento, não acarretando o valor exorbitante estabelecido pelo anterior Decreto nº 62.973/2017. Precedentes deste Tribunal. Ausente, neste momento, direito líquido e certo da impetrante, destacando-se que eventual elevação do valor por parte do órgão ambiental, ao menos em tese, não está maculada de ilegalidade e, tampouco, é abusiva, sobretudo à luz do art. 5º, §1º da Lei nº 997/76, que enseja a apreciação acerca da natureza da licença imperativa ao emprego da atividade pertinente à potencial fonte de poluição, motivo pelo qual a r. sentença comporta reforma. Recurso provido."*** [1].
>
> ***"MANDADO DE SEGURANÇA. Licenciamento ambiental. LE nº 997/76. DE nº 8.468/79 e 62.973/17. Preço. Base de cálculo. Liminar. – O DE nº 62.973/17 limitou-se a definir o conceito de 'área integral' para cálculo do preço de licenciamento; mas ao fazê-lo incluiu na definição de 'área integral do terreno' não apenas a área ocupada***

1 Apelação/Remessa Necessária nº 1013522-20.2020.8.26.0053, Rel. Des. Roberto Maia, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, j. 29/10/2020.

Acesso ao Sumário

pelo empreendimento, mas a área toda, levando em algumas hipóteses a uma irreal elevação do preço do licenciamento que tem merecido a crítica judicial. A jurisprudência das Câmaras Ambientais vê erro na inclusão da base de cálculo do preço da análise de área não ligada à fonte de poluição, mas enfocando áreas grandes em que parte dela é de todo destacada da área destinada ao empreendimento; no caso dos autos, a área utilizada para o cálculo do preço é a mesma para as duas sistemáticas, equivalente a 31,58 m2; não é isso que a jurisprudência repele. A pequena diferença cobrada pela CETESB afasta o fundamento que temos adotado: a irreal cobrança de várias vezes o valor antigo. Ausentes os requisitos autorizadores, a denegação da liminar era mesmo medida de rigor. Inteligência do art. 7º, III da LF nº 12.016/09. – Liminar indeferida. Agravo desprovido." [2] (sem grifos no original)

De rigor, portanto, a reforma da sentença para denegar a ordem e manter a possibilidade de aplicação da metodologia de cálculo estabelecida pelo Decreto nº 62.512/2019, prejudicado, em consequência, o apelo da impetrante.

Sem fixação de honorários advocatícios diante do disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO ao recurso da impetrada e JULGO PREJUDICADO o recurso do impetrante**, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1008295-74.2020.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SANTOS e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS.

Acesso ao Sumário

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 a remessa necessária e negaram provimento ao recurso do autor. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.430)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AFONSO FARO JR.

São Paulo, 7 de maio de 2021.

2 Agravo de Instrumento nº 2042053-64.2020.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 24.04.2020.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Antecipação de férias. Pretensão voltada à revogação do Decreto Municipal nº 8.940/20, que antecipou o gozo de férias dos servidores que integram os quadros do magistério municipal. Ausência de ilegalidade ou desvio de finalidade na edição do ato normativo que, em consonância com as medidas já adotadas pelo Município no contexto da pandemia de COVID-19 e respaldado pela legislação local, reorganizou o calendário escolar e antecipou as férias dos servidores. Inocorrência de supressão do direito às férias anuais. Discricionariedade do Município para a gestão do funcionalismo local.

REMESSA NECESSÁRIA NÃO ACOLHIDA. RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo *SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SANTOS* em face da *PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS* objetivando a revogação do Decreto Municipal nº 8.940/20, que antecipou o gozo de férias dos servidores que integram os quadros do magistério municipal.

A r. sentença de fls. 173-176, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido.

Há remessa necessária.

Inconformado, apela o autor, pleiteando a reforma do *decisum* (fls. 183-187). Sustenta, em síntese, ilegalidade da antecipação do gozo de férias, ressaltando que a medida correta seria a ampliação do recesso escolar. Alega violação do disposto no artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal e artigo 172 da Lei Municipal nº 4.623/84. Argui, ainda, a não observância do disposto na Lei Federal nº 9.394/96 e defende a necessidade de consulta prévia à comunidade escolar e ao sindicato da categoria para a reordenação do calendário escolar. Por fim, aponta a ilegalidade do artigo 2º, do Decreto Municipal nº 8.940/20, ao prever a possibilidade de interrupção do período de férias.

O recurso, tempestivo, foi processado, sobrevindo as contrarrazões (fls. 197-203).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do

Acesso ao Sumário

apelo (fls. 209-218)

Não houve objeção ao julgamento virtual.

É o breve relato.

Visando estabelecer medidas de contingência em razão da pandemia de COVID-19, o Município de Santos, em 16 de março de 2020, editou o Decreto Municipal nº 8.889/20 que, dentre outras medidas, suspendeu as aulas e demais atividades letivas no âmbito das Unidades Municipais de Educação (UME) e dos núcleos do Programa Escola Total, da Secretaria Municipal de Educação, a partir de 23 de março de 2020 e por tempo indeterminado[1].

Em 20 de março, o Decreto Municipal nº 8.898/20 decretou estado de calamidade pública no Município, com fundamento no Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, do Congresso Nacional.

Neste cenário, visando diminuir a circulação de pessoas e conter a propagação do Coronavírus, a Secretaria Municipal de Educação, por meio do Comunicado nº 32/2020- SEDUC, antecipou o recesso escolar da rede municipal para o período de 6 a 23 de abril de 2020 (fl. 140).

Em 17 de abril, foi publicado o Decreto Municipal nº 8.940/20, ora impugnado, que antecipou o gozo das férias dos servidores do quadro do magistério e dos demais servidores lotados nas unidades municipais de educação da Secretaria Municipal de Educação nos seguintes termos:

> *"Art.* 1º Fica antecipado o gozo das férias dos servidores do quadro do magistério público municipal e dos demais servidores lotados nas Unidades Municipais de Educação, no período de 24 de abril de 2020 a 23 de maio de 2020, devido ao estado de calamidade pública declarado pelo Decreto nº 8.898, de 20 de março de 2020.
>
> *Parágrafo único. O disposto no "caput" não se aplica aos servidores que integram as equipes gestoras das unidades municipais de educação, os quais continuam no exercício das suas funções, assim como os demais servidores da Secretaria Municipal de Educação.*
>
> *Art. 2º Caso os servidores ainda estejam em gozo de férias quando se encerrar o estado de calamidade pública declarado pelo Decreto nº 8.898, de 20 de março de 2020, as férias poderão ser interrompidas de acordo com o interesse público, hipótese em que o período remanescente não gozado será usufruído pelo servidor em outro momento, de acordo com o calendário escolar a ser expedido pela Secretaria Municipal de Educação.*
>
> *Art. 3º Compete à Secretaria Municipal de Educação adotar medidas complementares que se fizerem necessárias ao fiel cumprimento do*

Acesso ao Sumário

1 "*Art. 2º Ficam suspensas, a partir de 23 de março de 2020, por tempo indeterminado, as aulas e demais atividades letivas no âmbito das Unidades Municipais de Educação (UMEs) e dos núcleos do Programa Escola Total, da Secretaria Municipal de Educação*". Disponível em: (Endereço eletrônico constante no texto original).

presente decreto.

Art. 4º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário" (fl. 141-142).

Ao contrário do que alega o autor, não se vislumbra desvio de finalidade na edição do referido decreto, que visa adequar as atividades da Secretaria da Educação à situação de calamidade pública instalada pela pandemia de COVID-19.

O direito às férias não foi suprimido pela Administração, mas antecipado por necessidade plenamente justificada, o que encontra respaldo na Lei Municipal nº 4.623/84 (Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Santos):

"Art. 172. O funcionário gozará, obrigatoriamente, férias anuais de 30 (trinta) dias corridos.

(…)

Art. 173. Anualmente, a Chefia de cada unidade organizará, no mês de dezembro, e escala de férias para o ano seguinte, alterável de acordo com a conveniência dos serviços.

(…)

Art. 175. Os dias de férias não gozadas, por necessidade de serviço, poderão ser contados em dobro para todos os efeitos, mediante solicitação do funcionário.

Parágrafo único. A contagem de férias em dobro tem caráter irreversível".

Infere-se, assim, que a ré, ao editar o Decreto Municipal nº 8.940/20 não suprimiu o direito dos servidores às férias anuais, mas determinou seu usufruto no período assinalado, visando atender ao interesse público e à necessidade do serviço, respaldada pela legislação local e dentro dos critérios de conveniência e oportunidade. Outrossim, não há provas de que a Administração tenha convocado os servidores nesse período.

No mais, não prospera a alegação do autor no sentido de que a reordenação do calendário escolar demanda prévia consulta à comunidade escolar e ao sindicato, pois, além da autonomia administrativa conferida aos Municípios para a gestão do funcionalismo (artigo 30, inciso I, da Constituição Federal), a Lei nº 9.394/96 prevê a possibilidade de adequação do calendário escolar às peculiaridades locais[2].

Conforme destacado pelo MM. Juízo *a quo*, cujas ponderações são aqui adotadas como razão de decidir:

2 "*Art. 23. A educação básica poderá organizar-se em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar. (...)*

§ 2º O calendário escolar deverá adequar-se às peculiaridades locais, inclusive climáticas e econômicas, a critério do respectivo sistema de ensino, sem com isso reduzir o número de horas letivas previsto nesta Lei".

"Na lição de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, o art. 23 apresenta tema que são de competência material comum a todos os entes federativos, que devem cooperar entre si, para que se alcance os resultados pretendidos pela Constituição do melhor modo possível (federalismo cooperativo, cf. parágrafo único do art. 23). (...) (Constituição Federal Comentada, Ed. RT, 3ª edição, pág. 255) destaque.

Como bem salientou o órgão ministerial, é de se prevalecer a supremacia do interesse público, ante a necessidade de implementação das medidas de enfrentamento à pandemia e o alto risco de contágio da doença.

Assim, a antecipação de férias escolares configurou medida urgente e necessária para que a Secretaria de Educação conseguisse se adaptar ao ensino remoto como modalidade exclusiva de mediação da aprendizagem, ante o fechamento das escolas para evitar a disseminação do vírus.

Anoto que, em réplica, o autor alegou que deveria ter sido ampliado o recesso escolar, preservando-se as férias para o mês de janeiro quando elas costumeiramente ocorrem (fls. 161).

Ocorre que o réu afirmou que ainda há o recesso escolar no período de 4 a 22/01/2021, seguido da semana de planejamento e formação (fls. 136), pois apenas o recesso de julho e de dezembro foi antecipado.

Desse modo, não houve desvio de finalidade no decreto de antecipação das férias, diante da supremacia do interesse público em decorrência do estado de calamidade pública e necessidade de adaptação da Secretaria Municipal da Educação para o ensino remoto. O mais é mérito do ato administrativo.

No mais, em momento algum, o autor afirmou que de fato os professores tivessem trabalhado no período de férias antecipadas, apesar da previsão do decreto de convocação em caso de eventual cessação do estado de calamidade pública" (fls. 175-176).

Curial, pois, a manutenção da r. sentença.

Isto posto, não se acolhe a remessa necessária e nega-se provimento ao recurso do autor.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais.

No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á com o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1057731-74.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JUÍZO *EX OFFICIO* e ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PEDRO SÉRGIO ROSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.920)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERREIRA RODRIGUES (Presidente sem voto), PAULO BARCELLOS GATTI e ANA LIARTE.

São Paulo, 7 de maio de 2021.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Mandado de segurança – Processo de atribuição de aulas e classes para o ano letivo de 2021 – Legislação que confere pontuação para fins de classificação a professor que apresente diploma de Doutor – Trâmites para a expedição do diploma ainda não concluídos pela instituição de ensino – Situação que não pode prejudicar direito do servidor, uma vez comprovado por outros meios que faz jus ao benefício da pontuação – Direito líquido e certo vislumbrado – Sentença que concedeu a segurança – Desprovimento dos recursos para manter a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos.

VOTO

I – Trata-se de mandado de segurança impetrado por servidor público estadual (professor) contra ato praticado pelo Secretário de Estado da Educação de São Paulo, pelo Dirigente da Diretoria de Ensino da Região de Itapetininga e pelo Diretor da Escola Estadual Peixoto Gomide, com pedido de anulação da decisão que inadmitiu o Certificado de Conclusão do Curso de Doutorado para fins de pontuação na classificação da atribuição de classes/aulas do ano letivo de 2021.

A sentença de fls. 142/144, cujo relatório se adota, concedeu a segurança pleiteada pelo impetrante.

Acesso ao Sumário

Recorre a FESP insistindo na falta de qualificação exigida pela legislação, uma vez que a necessidade de apresentação de diploma de doutorado para recebimento de pontos no processo de atribuição de aulas consta expressamente da Lei Complementar nº 444/85, de modo que não há ilegalidade no indeferimento da pretensão formulada pelo autor (fls. 147/156).

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 161/166), presente ademais o reexame necessário.

Manifestação do representante do Ministério Público local pela desnecessidade de intervenção do órgão ministerial no feito (fls. 138/140).

É o relatório.

II – Os recursos, "*data venia*", não comportam provimento.

Segundo estabelece o artigo 252 do Regimento Interno desta Corte, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

Outra não é a situação que se verifica dos autos, porquanto correta a r. sentença recorrida ao denegar a segurança pleiteada, nos seguintes termos:

"Os documentos coligidos aos autos evidenciam que o impetrante possui o certificado de conclusão do curso de Doutorado na área de ensino de Ciências (fls. 24), bem como o histórico escolar (fls. 25/26).

Não há dúvidas, portanto, de que o impetrante possui o título de doutorado expressamente reconhecido pela UNESP, instituição de ensino de referido curso.

Embora o edital do concurso preveja apenas o diploma como documento hábil a conferir a pontuação do respectivo título de doutor, não há como se ater unicamente à literalidade de tal previsão, eis que devidamente comprovada a titulação pelo impetrante.

Forçoso convir no caso que, a falta do diploma, ainda não expedido pela instituição de ensino por questões burocráticas alheias ao impetrante, não impediu a comprovação efetiva pelo autor de que preencheu os requisitos necessários para a obtenção dos pontos atinentes à titulação de doutor obtida.

Desse modo, foge à razoabilidade negar a pontuação respectiva ao impetrante por falha na expedição do diploma que não lhe pode ser atribuída.

Nesse sentido, aliás, é a pacífica jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE CURSO NO ATO DA POSSE. IMPEDIMENTO DE APRESENTAÇÃO DO DIPLOMA, POIS PENDENTE DE REGISTRO. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Acesso ao Sumário

A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte está firmada em que, ainda que exigido pelo edital, não pode a falta da apresentação do diploma ser óbice a assunção de cargo público ou mesmo a contabilização de título em concurso, se por outros documentos idôneos se comprove a conclusão do curso superior, mesmo que pendente alguma formalidade para a expedição do diploma. Precedentes: REsp. 1.426.414/PB, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 24.02.2014 e RMS 25.219/PR, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 14.03.2011. 2. Agravo Interno do Estado de São Paulo a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 415.260/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017).

Portanto, ressoa evidente que a recusa em se aceitar a documentação apresentada pelo impetrante para fins de comprovação da titulação em doutorado se trata de mero formalismo, que não pode prosperar, sobretudo porque o impetrante apresentou documentação hábil a confirmar a conclusão do curso de doutorado."

Anoto que a conclusão a que chegou a r. sentença encontra respaldo no entendimento desta Corte e do STJ que vem decidindo no julgamento de casos análogos (Apelação Cível nº 1030106-02.2019.8.26.0053, rel. Heloísa Martins Mimessi, 5ª Câmara de Direito Público, j. 24/03/2021) que: "*a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta C. Corte, em casos similares, vem entendendo que a não apresentação do diploma, quando decorrer de questões meramente burocráticas, não deve impedir o direito (...), desde que comprovada a conclusão do curso em tempo hábil por outro meios.*

Confiram-se alguns julgados, para além dos já citados na sentença:

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. CONCURSO PÚBLICO. FALTA DO DIPLOMA. A nomeação e posse de candidata aprovada em concurso público que apresentou atestado de conclusão do curso superior não causa grave lesão ao interesse público; atrasos de ordem burocrática para expedição do diploma não podem inviabilizar um direito. Agravo regimental não provido. (AgRg na SS 2.553/BA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro PRESIDENTE DO STJ, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/05/2012, DJe 18/05/2012).

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TÍTULO. APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CONCLUSÃO DE CURSO, E NÃO DE DIPLOMA OU CERTIFICADO. CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO PROVIDO. 1. A exigência de apresentação de certificado ou diploma de curso de pós-graduação é válida, mas deve ser interpretada de modo a permitir que o candidato desprovido de tal documento por questão de ordem meramente

Acesso ao Sumário

burocrática, mas que concluiu o curso em tempo hábil, considerando o prazo estabelecido no edital do concurso público, comprove essa condição por meio de declaração ou atestado e, por conseguinte, obtenha a pontuação correspondente ao título. 2. Recurso ordinário provido. (RMS 26.377/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2009, DJe 13/10/2009).

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROFESSOR – APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE CURSO – POSSE INDEFERIDA ANTE A NÃO APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA – CANDIDATO DESPROVIDO DE TAL DOCUMENTO POR QUESTÃO DE ORDEM MERAMENTE BUROCRÁTICA, MAS QUE CONCLUIU O CURSO EM TEMPO HÁBIL – PRAZO PARA ENTREGA SUPERIOR AO TERMO FINAL DA POSSE – SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação/Reexame Necessário nº 0001008-05.2014.8.26.0363, Relator Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez, 10ª Câmara de Direito Público, j. 25.07.2016.).

Apelação – mandado de segurança – ausência de diploma que impediu a posse em cargo público – pretensão à posse no cargo de professora de educação básica II junto à rede estadual de ensino – possibilidade – impetrante que possuía declaração de conclusão de curso de graduação, mas que não colou grau e não possuía diploma em razão de greve na Universidade Federal – a LCE 836/1997 prevê como requisito para provimento de cargo PEB II curso superior e licenciatura de graduação plena – segurança concedida em primeira instância – sentença mantida. Reexame necessário e recurso voluntário improvidos. (Apelação/Reexame Necessário nº 1005868-61.2014.8.26.0127, Relator Desembargador Venicio Salles, 12ª Câmara de Direito Público, j. 23.06.2016.).”

Portanto, sendo indiscutível que a providência de confecção e registro de diploma universitário costuma ser bastante demorada e depende de providências burocráticas alheias à vontade ou a qualquer conduta do apelante, o que foi inclusive demonstrado nos autos a fls. 27/28, não se mostra razoável que o impetrante se veja privado do benefício legalmente instituído (pontuação para fins de classificação no processo de atribuição de aulas/classes).

Assim sendo, presente o direito líquido e certo alegado, uma vez que o excesso de formalismo adotado pela administração fere o princípio da razoabilidade, o caso era mesmo de concessão da segurança, não merecendo reforma a r. sentença proferida pelo juízo *a quo.*

Consideram-se prequestionados, para fins de possibilitar a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário, todos os dispositivos de lei federal e as normas da Constituição Federal mencionados pela recorrente, destacada a **desnecessidade de indicação explícita aos artigos mencionados (nesse**

Acesso ao Sumário

sentido: RSTJ 15/233, 30/341, 64/183).

III – Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos oficial e voluntário da FESP, para manter a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, sem condenação a honorários (art. 25 da Lei nº 12.016/09).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1000472-05.2020.8.26.0027, da Comarca de Iacanga, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SUPRA TELECOMUNICAÇÕES LTDA. EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.778)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), ISABEL COGAN e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 10 de maio de 2021.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. Pretensão da empresa autora ao não recolhimento de ICMS sobre serviço de provedor de acesso à internet e repetição de indébito.

Serviço de provedor de acesso à internet que equivale à prestação de serviço de valor adicionado (SVA), não sujeito à ICMS. Inteligência dos arts. 60 e 61, ambos da Lei nº 9.472/1997 e da Súmula nº 334 do E. STJ.

DESCABIMENTO DA PRETENSÃO, NO CASO CONCRETO. Elementos dos autos que demonstram que a empresa autora não é mera provedora de internet, mas sim realiza a prestação direta de serviço de comunicação multimídia (SCM), isto é, serviço de telecomunicações, nos termos do art. 60 da Lei nº 9.472/1997, atraindo a incidência de ICMS.

R. sentença reformada. Inversão dos ônus sucumbenciais. RECURSO DE APELAÇÃO DA FESP E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*ação declaratória de inexigibilidade de tributo c.c. repetição de indébito*" ajuizada por **SUPRA TELECOMUNICAÇÕES LTDA. EPP**. em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, pretendendo a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao recolhimento de ICMS incidente sobre o serviço de provedor de acesso à internet, por violação ao art. 97, III, do CTN e art. 150, I, da CF, por ser mero valor de serviço adicionado, restituindo-se valores indevidamente recolhidos.

Custas recolhidas (fls. 30/33).

Sobreveio r. sentença (fls. 165/172), cujo relatório, adoto, julgando procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

> *"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos para o fim de DECLARAR a inexigibilidade do ICMS em relação aos serviços de provedor de internet prestados pela autora, vedando-se lançamento e cobranças referentes ao tributo em questão e aos serviços de provedor de acesso à internet, bem como para condenar a ré a restituir à autora todos os valores indevidamente recolhidos, inclusive nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação, cujo montante será objeto de liquidação de sentença, acrescidos de correção monetária a contar da data do desembolso e de juros legais a contar da citação, pelo que extingo o feito com resolução do mérito, na forma do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.*
>
> *A ré é isenta de custas e despesas processuais, mas arcará com honorários advocatícios que fixo 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado, nos termos do artigo 85, §§2º e 3º, do Código de Processo Civil.*
>
> *Decorrido o prazo, com ou sem a interposição de recurso, remetam-se os autos à superior instância para reexame necessário, conforme termos do artigo 496, inciso I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Publique-se. Intimem-se."*

Acesso ao Sumário

Apela a FESP (fls. 176/215), aduzindo, em suma, que: a) não há como serviço de acesso à Internet, prestado pela autora, não ser considerado serviço de comunicação, sendo irrefutável a sua sujeição ao imposto estadual; b) a autora é provedora de acesso à Internet, fornecendo aos seus usuários, condições materiais, endereços IP, para que a comunicação ocorra na rede, prestando um serviço de comunicação sem o qual impossível navegar na internet, logo, não há dúvidas sobre a incidência do ICMS em suas atividades; c) se o fato que enseja a tributação pelo ICMS-Comunicação é "prestar serviço de comunicação", e, considera-se esse serviço como o conjunto de atividades que possibilita a sua oferta, parece evidente que a base de cálculo será o valor da prestação do serviço, considerada esta como o conjunto total das atividades; d) a exigência tributária nos

moldes da lei estadual nº 6.374/89, é perfeitamente válida não havendo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade, pois emanada no exercício da competência plena dos Estados; e) não cabe a alegação da autora no sentido de que o Decreto Estadual 46.027/2001 teria afrontado o princípio constitucional da anterioridade, pois decreto não é meio legislativo hábil para a instituição do tributo, reservada que está à lei, sendo que, no caso do Estado de São Paulo, a instituição do ICMS se deu por meio da Lei Estadual nº 6.374/1989; f) é necessária a prova dos pagamentos quanto ao pedido de repetição do indébito, não tendo a autora demonstrado que suportou ônus tributário, nem que não repassou o custo do diferencial de alíquotas para terceiros; g) nas ações de repetição de indébito, os juros são devidos apenas a partir do trânsito em julgado da demanda, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e Súmula nº 188 do STJ.

Recurso tempestivo, legalmente isento de preparo, processado com contrarrazões (fls. 220/235).

A empresa autora manifestou **sua não oposição ao julgamento virtual** (fl. 240).

É o relatório.

Inicialmente, aponto que a r. sentença foi proferida na vigência do CPC/2015 e será analisada sob a ótica desse diploma processual.

Aponto, outrossim, que se impõe, no caso, o reexame necessário da r. sentença, por força do que dispõe o art. 496 do CPC/2015.

Assim, além do recurso de apelação interposto pela FESP, passo ao reexame necessário.

Alega a empresa autora que desenvolve atividade econômica principal de provedor de acesso à internet, tendo sido colocada pelo ente tributante como sujeito passivo na relação tributária referente ao ICMS, em virtude do entendimento da FESP sobre esta questão. Sustenta que os provedores de internet tão somente prestam serviços de monitoramento do acesso do usuário à rede, onde a comunicação passível de ser tributada fica a cargo da concessionária de telecomunicação. Afirma que segundo o verbete de Súmula nº 334, do E. STJ, não incide ICMS no serviço de provedores de acesso à internet. Busca a declaração de inexigibilidade da relação jurídico-tributária e a repetição do indébito.

Pois bem.

O art. 155, inciso II, da Constituição Federal, assim dispõe:

"Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:

...

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;"

Acesso ao Sumário

No que interessa ao caso em apreço, nos termos dos arts. 60 e 61 da Lei Federal nº 9.472/1997, que trazem a definição de "**telecomunicação**" e "**serviço de valor adicionado**", tem-se que:

> *"Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.*
>
> § 1° ***Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza****.*
>
> § 2° Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e *complementam, inclusive terminais portáteis.*
>
> *Art. 61.* ***Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.***
>
> § 1º ***Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição****.*
>
> § 2° É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.*"*

Observe-se que a própria lei diferencia o serviço de valor adicionado (SVA), que apenas viabiliza o acesso à rede mundial de computadores, do serviço de telecomunicações.

Nesta perspectiva, a empresa que presta tão somente o serviço de valor adicionado é isenta do pagamento do ICMS.

Acesso ao Sumário

No que se refere aos denominados provedores de acesso à internet, estes prestam serviço de valor adicionado (SVA) e, nos termos da Súmula nº 334 do E. Superior Tribunal de Justiça:

> ***"O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet."***

Desse modo, resta claro que sobre a prestação exclusiva de serviços de provedor de internet não há se falar em incidência do ICMS.

Em casos análogos, já decidiu este E. TJSP, inclusive esta C. 13ª Câmara de Direito Público:

TRIBUTÁRIO – ICMS – Serviço de provedor de acesso à "internet" – Não incidência, porquanto não se trata de serviço de comunicação – Súmula STJ nº 334 – Inteligência dos arts. 60 e 61 da Lei Federal nº 9.472/1997 – Precedente – Apelo e reexame necessário desprovidos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 3001354-09.2013.8.26.0372; Relator Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Monte Mor - Setor das Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 14/12/2016; Data de Registro: 15/12/2016).

TRIBUTÁRIO – ICMS – Serviço de provedor de acesso à "internet" – Não incidência, porquanto não se trata de serviço de comunicação – Súmula STJ nº 334 – Inteligência dos arts. 60 e 61 da Lei Federal nº 9.472/1997 – Precedente – Apelo e reexame necessário desprovidos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 3001354-09.2013.8.26.0372; Relator Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Monte Mor - Setor das Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 14/12/2016; Data de Registro: 15/12/2016).

TRIBUTÁRIO – ICMS – Pretensão à declaração de inexistência da relação tributária quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre o serviço de provedor de acesso à internet, bem como à restituição dos valores indevidamente recolhidos e não prescritos – Possibilidade – Locação de equipamento e provedor de internet – Serviço de valor adicionado – Serviços realizados que não são de telecomunicação – Hipótese não sujeita ao ICMS – Súmula 334 do C. STJ – Precedentes desta Corte – Possibilidade de comprovação dos valores indevidamente pagos e não repassados aos consumidores em liquidação de sentença – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1022255-18.2020.8.26.0071; Relator Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/04/2021; Data de Registro: 12/04/2021).

APELAÇÃO – DIREITO TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – SERVIÇOS DE PROVEDOR DE ACESSO À internet – Ato praticado na vigência do antigo CPC – Aplicação do artigo 14 do novo CPC – Pretensão de desconstituição de débitos de ICMS incidentes sobre serviços de provedor de acesso à internet, referente a março de 2001 – Cabimento – O ICMS não incide sobre os serviços de acesso à internet, uma vez que a atividade desenvolvida constitui mero serviço de valor adicionado – Inteligência do art. 61, § 1º, da Lei Federal nº 9.472/97 – Súmula 334 do STJ, de 13/12/2006: "O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet" – Precedentes – Sentença mantida – Reexame necessário e recurso do Estado improvidos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1000758-32.2014.8.26.0014; Relator Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 10/06/2020; Data de Registro: 10/06/2020).

ILEGITIMIDADE ATIVA. Inocorrência. Relação de direito material entre

Acesso ao Sumário

o Fisco e a autora, que ostenta a qualidade de contribuinte de direito. Preliminar rejeitada. TRIBUTÁRIO. ICMS. AIIM. Serviços de Provedor de Acesso à Internet. Pretensão de incidência do ICMS. Inadmissibilidade. Atividade que não se confunde com os serviços de telecomunicações. Serviço de provedor de acesso à internet que equivale à prestação de serviço adicional (PSA), o qual é isento do ICMS. Súmula nº 334 do STJ. Precedentes. Inexigibilidade do ICMS em relação aos serviços de provedor de internet prestados pela autora. Procedência da ação mantida. Reexame necessário e recurso improvidos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1002971-85.2017.8.26.0408; Relator Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Ourinhos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/11/2019; Data de Registro: 11/11/2019).

No caso concreto, todavia, pese o entendimento exarado pelo Il. magistrado Singular, reputo que não há como concluir que a empresa autora possua como atividade a mera prestação de serviços de provedor de internet, pelas razões que passo a expor.

De início, consoante infere-se do contrato social da empresa acostado às fls. 25/29, não obstante haja menção à atividade de "provedor de internet", consta, primeiramente, que a "*atividade da sociedade é* ***serviços de comunicação multimídia - SCM***", isto é, **serviço de telecomunicações.**

Aliás, dos demais documentos acostados aos autos pela empresa autora não resta claro que a empresa desenvolva atividade principal de provedora de acesso à internet, a ensejar a isenção pretendida. Com efeito, as notas fiscais emitidas pela empresa trazem no campo Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) "*Prestação de serviço de comunicação a não contribuinte*" e a descrição dos serviços trazem a sigla SCM (fls. 40/43).

Ademais, em consulta ao "*site*" da empresa *Supra Telecom*, realizada em 04.05.2021, foi possível ter acesso à cópia de "*contrato de prestação de serviços de comunicação multimídia*" disponível em (Endereço eletrônico constante no texto original).

Verifica-se daquele documento que a empresa autora está autorizada pela ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações a **prestar diretamente** serviços de comunicação multimídia (SCM), nos termos do processo nº 53.500.027705/2016-75, Ato Autorizador nº 4.966 28/11/2016.

Depreende-se do contrato de adesão acima mencionado que, os serviços de comunicação multimídia oferecidos pela empresa compreendem "***a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia (sinais de áudio, vídeo, dados, voz e outros), permitindo, inclusive o provimento de conexão à internet***" (cláusula 1.1.2.), isto é, justamente aqueles definidos como **serviços de telecomunicações** pelo art. 60, parágrafo 1º, da Lei Federal

nº 9.472/1997.

Desta forma, não se vislumbra que a empresa seja mera provedora de internet como tenta argumentar, mas sim que oferece serviços de comunicação multimídia, que se caracterizam como serviço de telecomunicações e, portanto, sujeitam-se à incidência do ICMS.

À vista do apresentado, de rigor a reforma da **r. sentença para julgar improcedentes os pedidos, ficando provido o recurso de apelação da FESP e o reexame necessário**.

Tendo em vista a inversão do julgando, invertem-se os ônus sucumbenciais. Condena-se, a empresa autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §§2º a 4º, do CPC/2015.

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Observo que eventuais embargos de declaração serão julgados virtualmente, nos termos da Resolução do TJSP nº 549/2011, com redação dada pela Resolução do TJSP nº 772/2017.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação da FESP e ao reexame necessário**, reformando-se a r. sentença para julgar improcedentes os pedidos, pelos fatos e fundamentos acima explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1046313-47.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante/Apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelado/apelante PROJETO IMOBILIÁRIO E3 LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recursos oficial e voluntário do município não providos e recurso da contribuinte provido. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.893)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente) e SILVA RUSSO.

São Paulo, 24 de maio de 2021.
RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO – Ação ordinária cumulada com repetição de indébito – ISS exigido e pago por ocasião da concessão do "Habite-se" – Município de São Paulo – Insurgência contra sentença que julgou procedente a ação e condenou a municipalidade a repetir os valores indevidamente recolhidos e a pagar os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. 1) Do recurso do Município – Obras realizadas sob o regime de incorporação imobiliária direta – Revisão de ofício dos lançamentos pelo fisco municipal por haver divergência entre os valores apresentados pela autora na qualidade de responsável tributária e os estabelecidos em pauta fiscal mínima – A base de cálculo do ISS é o preço do serviço – Impossibilidade de alteração da base de cálculo por meio de legislação municipal, com aplicação de valores apurados em pauta fiscal – Procedimento adotado pela Fazenda Municipal que não corresponde a nenhuma das hipóteses de arbitramento previstas no art. 148, do CTN – Inexistência de omissões ou má-fé nas declarações e documentos apresentados – Concessão do "Habite-se" condicionada ao pagamento do tributo – Impossibilidade – 2) Do recurso da contribuinte – Sentença que julgou procedente o pedido – A condenação do vencido ao pagamento das verbas sucumbenciais é consequência lógica da procedência do pedido da autora – Possibilidade de condenação do vencido ao ressarcimento das custas dispendidas pelo vencedor – Aplicação do princípio da causalidade – Entendimento do art. 82, § 2º do CPC – Sentença parcialmente reformada – Recursos oficial e voluntário do município não providos e recurso da contribuinte provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação ordinária cumulada com pedido de repetição de indébito ajuizada por **PROJETO IMOBILIÁRIO E3 LTDA.** em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO** objetivando a repetição de R$ 475.568,28 relativos à diferença de ISS exigido e pago por ocasião da conclusão da obra e concessão do "*Habite-se*", julgada procedente pela sentença de fls. 2224/2229, integrada apela rejeição dos embargos de declaração de fls. 2237/2239 ao fundamento de que não pode a municipalidade condicionar a expedição do "*habite-se*" ao recolhimento do ISSQN, reconhecendo a nulidade do lançamento complementar do tributo e determinando a restituição dos valores indevidamente pagos a título de ISSQN, atualizados monetariamente pelos mesmos critérios de atualização utilizados pelo fisco para cobrança de seus débitos desde a data do pagamento indevido, acrescidos de juros de mora a partir do trânsito em julgado no patamar de 1% ao mês conforme a Súmula 188 do STJ. Condenou a municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Apela a Municipalidade de São Paulo às fls. 2242/2254, sustentando que a autuação se deu em face da diferença no preço da mão de obra declarado por meio de notas fiscais apresentadas e o preço da mão de obra presente na pauta fiscal mínima; para o cálculo do imposto o município utiliza a Tabela SISDUCON de modo que o valor total mínimo dos serviços para a construção é a aplicação de índice que o próprio mercado de construção estima, conforme previsão na Lei 13.701/03 e Portaria 113/2014; a prova da quitação do ISS é indispensável à expedição do *habite-se*, pois busca-se precipuamente a certificação da formalidade do serviço tomado pelo proprietário da obra, isto é, se este serviço foi objeto de emissão de nota e regular recolhimento do imposto devido o que permite o arbitramento da diferença do ISS discutido não havendo qualquer irregularidade; por fim, insurge-se contra a repetição dos valores recolhidos. Requer, por fim o provimento de seu recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, com inversão dos ônus de sucumbência.

A contribuinte por seu turno apela às fls. 2259/2266 pleiteando a reforma parcial da sentença exclusivamente quanto à condenação do município ao ressarcimento das custas e despesas processuais em razão da sucumbência e por aplicação do princípio da causalidade. Requer a condenação do município ao ressarcimento das custas e despesas processuais dispendidas pela autora no curso da lide.

Contrarrazões da autora às fls. 2271/2286.

A Prefeitura Municipal de São Paulo deixou decorrer *in albis* o prazo para apresentar resposta ao apelo da contribuinte, consoante se depreende da certidão de fls. 2293.

Recursos tempestivos. O do município isento de preparo, nos termos do

Acesso ao Sumário

art. 1007, § 1º do CPC e o da autora devidamente preparado às fls. 2267/2268.

É O RELATÓRIO

A sentença não comporta reforma.

Depreende-se dos autos que **Projeto Imobiliário E3 Ltda**., ajuizou ação de repetição de indébito em face da **Prefeitura Municipal de São Paulo** objetivando a repetição de R$ 475.568,28, relativo ao ISS exigido e pago pela contribuinte por ocasião da conclusão da obra e concessão do "*Habite-se*" do empreendimento denominado "Spazio Horto", incorporação imobiliária erigida por conta própria e em imóvel próprio.

A sentença de fls. 2224/2229, integrada apela rejeição dos embargos de declaração de fls. 2237/2239, julgou procedente o pedido sob o fundamento de que não pode a municipalidade condicionar a expedição do "*habite-se*" ao recolhimento do ISSQN, reconhecendo a nulidade do lançamento complementar do tributo e determinando a restituição dos valores indevidamente pagos a título de ISSQN no valor de R$ 475.568,28, atualizados monetariamente pelos mesmos critérios de atualização utilizados pelo fisco para cobrança de seus débitos desde a data do pagamento indevido, acrescidos de juros de mora a partir do trânsito em julgado no patamar de 1% ao mês conforme a Súmula 188 do STJ. Condenou a municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, gerando a interposição dos presentes recursos do município que não comporta provimento e da contribuinte que merece ser provido, pelos fundamentos abaixo:

1) Do recurso do Município

Consta do Contrato Social de fls. 49/64 que a autora é sociedade cujo objeto social consiste na compra e venda de imóveis, sob o regime de incorporação imobiliária e tem por objeto social a incorporação e comercialização imobiliária do empreendimento denominado "Spazio Horto", localizado no Município de São Paulo.

Concluída a obra, o "*Habite-se*" foi inicialmente vinculado à quitação de débito relativo à diferença do ISS no valor de R$ 475,568,28, que foi pago pela autora, ora apelada, em 19/8/2014, conforme se observa às fls. 476.

A diferença apontada pelo município foi apurada por meio da declaração tributária de conclusão de obra (fls. 129/175) que identificou que o preço da mão de obra declarado nas notas fiscais apresentadas era inferior ao preço da mão de obra constante na pauta fiscal mínima, utilizando para tanto a Tabela SISDUCON que dispõe sobre o custo mínimo para a execução da obra, índice estimado pelo mercado de construção (Portaria 113/2014), sem que conste dos autos a presença de qualquer indício de inconsistência ou omissão nos valores declarados ou nos documentos apresentados.

O artigo 7º, da Lei Complementar 116/2003 estabelece a regra geral de

que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço. O dispositivo encontra-se em harmonia com a Magna Carta e o Código Tributário Nacional, que em homenagem ao princípio da legalidade tributária dispõem que somente a lei pode estabelecer a base de cálculo de tributo.

Em caráter excepcional, o artigo 148, do CTN permite o arbitramento da base de cálculo, nos exatos termos que seguem:

> *"Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos,* ***serviços*** *ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular,* ***arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos*** *pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.".* - (grifo nosso).

A desconsideração do preço do serviço informado pelo contribuinte, com a adoção do preço por arbitramento, possui caráter excepcional e somente deve ser aplicada nos casos em que se verificam os pressupostos elencados no artigo 148, do CTN, quais sejam: em situações nas quais o cálculo do tributo tome por base declarações, esclarecimentos ou documentos prestados pelo contribuinte de forma omissa ou inconsistente, respeitando-se ademais, o direito ao contraditório.

In casu, a municipalidade nada trouxe aos autos que pudesse caracterizar a incidência das hipóteses previstas no artigo 148 do CTN a justificar o arbitramento das diferenças apontadas no ISS a título de serviços tomados na qualidade de responsável tributária.

Restou incontroverso que após o término da obra a empresa a contribuinte submeteu toda documentação para expedição do Certificado de Conclusão de Obra, tendo sido reconhecida sua regularidade pela municipalidade, conforme se observa às fls. 129/175 dos autos, nada dispondo o Fisco acerca de falhas ou indícios de recolhimento de tributo a menor.

De se observar que a jurisprudência deste Tribunal de Justiça tem se posicionado pela impossibilidade da cobrança do ISS sobre serviços de construção civil com base nos preços definidos em pauta fiscal, sobretudo em situações nas quais o procedimento adotado pelo Fisco Municipal não se coaduna com as hipóteses de arbitramento previstas no artigo 148, do CTN.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA – Ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária – ISSQN – Incorporação Imobiliária – Construção civil e expedição de "habite-se" – Pretensão do Município de exigência de diferenças do tributo mediante pauta fiscal (arbitramento) – Descabimento – Hipótese em que o lançamento por arbitramento,*

Acesso ao Sumário

autorizado pelo art. 148 do CTN, só é permitido na ausência de elementos idôneos que permitam extrair o valor dos serviços prestados – ISS exigível sobre o preço do serviço – Sentença mantida – Majoração dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil. RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDO.". - (Apelação Cível nº 1017937-27.2019.8.26.0506 – Rel. Desembargadora Mônica Serrano – 14ª Câmara de Direito Público – Ribeirão Preto, julgado em 19/5/2020).

"APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – ISS – Município de São Paulo – Ente tributante que condicionou a concessão de "Habite-se" ao pagamento do ISS, calculado com base em regime de pauta fiscal – Inadmissibilidade – Imposto que deve ser recolhido com base no preço real do serviço, e não com base de cálculo fictícia – Procedimento adotado pela Fazenda Municipal que não se confunde com as hipóteses de arbitramento previstas no CTN – Sentença mantida – RECURSO IMPROVIDO". (Apelação nº 1057218-77.2018.8.26.0053, relatoria Des. Rodrigues de Aguiar, julgado em 24/3/2021).

"REEXAME NECESSÁRIO que se considera interposto e APELAÇÃO – Ação Anulatória de Débito Fiscal – ISSQN apurado com base em 'pauta fiscal de preço mínimo' – Base de cálculo do ISS é o efetivo preço do serviço – Inadequação da utilização de pauta fiscal, sem critério, para cobrança do ISS, como regra a substituir a constatação de irregularidade em procedimento administrativo regularmente instaurado – Pericia conclusiva – Sentença mantida – Majoração dos honorários advocatícios que se impõe – Recurso da Fazenda Pública não provido." (Apelação Cível nº 1057390-87.2016.8.26.0053, relatoria Des. Fortes Muniz, julgado em 9/7/2020).

"ISSQN – PAUTA FISCAL – Município de São Paulo – Ação anulatória julgada procedente – Ilegitimidade da cobrança – Base de cálculo estipulada segundo pauta de preços mínimos, expedida por ato do poder executivo – Inadmissibilidade – Inobservância do art. 148 do CTN – Súmula nº 431 do STJ – Precedentes desta 15ª Câmara de Direito Público – Procedência que se confirma nesta Instância. Recurso não provido." (Apelação Cível nº 1053549-79.2019.8.26.0053, relatoria Des. Erbetta Filho, julgado em 25/1/2021).

Assim, ante a inexistência de conduta omissa por parte da autora, a revisão dos lançamentos tal como levada a efeito nos autos não se insere em nenhuma das hipóteses do art. 148, do CTN, devendo a diferença apurada ser afastada tal como dispôs a sentença impugnada.

Outrossim, no tocante à vinculação do pagamento da diferença do ISS

Acesso ao Sumário

apurado à concessão do "*Habite-se*" é incabível porque são distintas as naturezas, este uma autorização administrativa, o primeiro um tributo.

O "*Habite-se*" é um documento que atesta que o imóvel foi construído segundo as exigências e legislação estabelecidas pela prefeitura local para a aprovação de projetos, quanto às condições de habitabilidade, enquanto o ISSQN é tributo incidente sobre a prestação de serviço para terceiro, dispondo o Fisco de procedimento adequado e instituído em lei para a execução de seus créditos tributários.

Considerando-se que para o recebimento de tributos há modo e procedimento adequado, o meio coercitivo de cobrança é vedado pelas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, matéria pacífica na jurisprudência do STF:

> *"Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja segue transcrita: "DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ISS. NAO INCIDÊNCIA. OBRA PROPRIA. RESIDÊNCIA FAMILIAR. CONCESSÃO DE HABITE-SE CONDICIONADO AO PAGAMENTO DE TRIBUTO. I – Possui legitimidade ad causam passiva na ação mandamental o secretário de finanças do município de Goiânia, que e a autoridade direta responsável pela execução da lei que regulamentou o ISS - Imposto Sobre Serviço. II - A pessoa física que em terreno seu constrói, de forma direta, residência para sua moradia, não está sujeita ao pagamento de ISS. III - Se a parte interessada cumpriu com todas as exigências da construção civil, não se pode negar a expedição do 'habite-se', sob a alegação de que não teria sido quitado o ISS - Imposto Sobre Serviço, já que tal circunstância caracteriza manifesta ilegalidade, consubstanciada na utilização de meio indireto de coerção para fins de pagamento de tributo. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDAS E IMPROVIDAS" (fls. 27-28). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se violação ao art. 5º, LXIX, da mesma Carta. O agravo não merece acolhida. Isso porque, os Ministros desta Corte, no AI 800.074-RG/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, manifestaram-se pela inexistência de repercussão geral da controvérsia acerca do preenchimento dos requisitos de admissibilidade do mandado de segurança, por entenderem que a discussão tem natureza infraconstitucional. Essa decisão vale para todos os recursos sobre matéria idêntica, consoante determinam os arts. 326 e 327, § 1º, do RISTF, e o art. 543-A, § 5º, do CPC, introduzido pela Lei 11.418/2006. Por oportuno, trago à colação a ementa do julgado: "Requisitos de admissibilidade. Mandado de segurança. Revisão. Recurso Extraordinário. Não cabimento. Matéria infraconstitucional. Inexistência de repercussão geral". Isso posto, nego seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput).".* - (STF – AI nº 817374/GO, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 08/05/2012).

Acesso ao Sumário

Não é outro o entendimento desta 15ª Câmara de Direito Público:

APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – ISSQN – Município de Araraquara – Construção Civil – Exigência de recolhimento de diferença de ISSQN com base em pauta fiscal, instituída por norma infralegal – Alteração da base de cálculo, com utilização de preços mínimos – Impossibilidade – Afronta ao princípio da legalidade e hierarquia das normas – Imposto que deve ser recolhido com base no preço do serviço – Ausência de irregularidades que autorizem o arbitramento do valor do serviço prestado – Inteligência dos artigos 7º, da Lei Complementar 116/2003 e 148 do CTN – Precedentes desta Corte e do STJ – ***Concessão de "habite-se" condicionada ao pagamento do ISSQN – Inadmissibilidade – Vedação da utilização de meio indireto de coerção para fins de pagamento de tributo – Sentença mantida*** *– Recurso improvido.". -* (Ap.1025554-96.2016.8.26.0053 – Relator Des. Rezende Silveira – 15ª Câmara de Direito Público – Julg. 14/03/2019).

"APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória – ISS – Construção Civil. 1) Exigência de recolhimento de diferença de ISS que se mostra descabida – Imposto que deve ser recolhido com base no preço do serviço – Alteração da base de cálculo por Portaria, através de pauta mínima – Impossibilidade – Afronta ao princípio da legalidade e hierarquia das normas – Comprovação da autora de que houve o recolhimento do tributo, através da retenção nas notas fiscais. ***2) "Habite-se" – Expedição condicionada ao pagamento do ISS – Impossibilidade – Não se pode obstar a expedição do habite-se em razão da existência de débitos de ISS – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça****. 3) Sucumbência recursal – Majoração dos honorários de 10% para 13% do valor da causa (R$ 80.301,27 em agosto de 2017) – Inteligência do § 11 do art. 85 do CPC. Sentença mantida – Recurso improvido.". -* (Ap.1037601-68.2017.8.26.0053 – Relator Des. Eutálio Porto – 15ª Câmara de Direito Público – Julg. 25/04/2019).

2) Do recurso da contribuinte

Consigna-se que a Lei Estadual 11.608/03, que dispõe sobre as Taxas Judiciárias incidentes sobre os serviços públicos de natureza forense, em seu art. 6º, expressamente dispõe que: "*A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público estão isentos da taxa judiciária*".

Da simples leitura do dispositivo legal extrai-se que referida norma dispõe exclusivamente sobre taxa judiciária para a propositura de ação ou interposição de recursos, não abrangendo, portanto, as despesas processuais despendidas pela autora que sagrou-se vencedora nestes autos.

Por outro lado, o art. 872 do CPC dispõe:

*"**Art. 82**. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, in-*

cumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.

§ 1º *Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica.*

§ 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou. (negritei)

Diante disso, tendo a municipalidade sucumbido em razão da procedência total da ação, é de rigor a sua condenação ao pagamento das custas e despesas processuais suportadas pela autora no curso da ação, nos termos do aludido dispositivo legal.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ICMS. PROGRAMA ESPECIAL DE PARCELAMENTO (PEP). Pretensão à exclusão dos juros moratórios calculados com base na LE nº 13.918/2009, ante a declaração de sua inconstitucionalidade pelo C. Órgão Especial em Arguição de Inconstitucionalidade. Possibilidade. Adesão a parcelamento tributário que não impede o questionamento judicial dos aspectos jurídicos da dívida. Precedente do STJ, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC de 1973. Há incidência de correção monetária e juros de mora sobre o crédito a ser restituído. Aplicação da taxa SELIC, tanto para a correção monetária como para os juros de mora, cujo termo inicial dar-se-á a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188 do STJ. O crédito deverá ser corrigido pela Tabela Prática até o trânsito em julgado e, a partir daí, será aplicada a Taxa SELIC, nos termos da Súmula nº 162 do STJ. ***A FESP deverá arcar com o pagamento das despesas processuais adiantadas pela impetrante (art. 82, §2º, do CPC. Sentença reformada em parte.*** *Apelação da impetrante parcialmente acolhida e não providos o recurso da FESP e remessa necessária."* (Apelação/Remessa Necessária 1035914-04.2016.8.26.0114, relatoria Des. Marcelo Semer, julgado em 10/11/2020).

"APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração voltada à análise de pedido administrativo dentro do prazo legal de 120 dias – Após deferimento de liminar, determinando à Fazenda Estadual que analisasse o requerimento em 10 dias, a impetrada devidamente o fez e, inclusive, concedeu o pleiteado, caracterizando, por conseguinte, perda ulterior do objeto da impetração – Carência superveniente da ação, por falta de interesse de agir, na modalidade utilidade – Extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, e 485, VI, do CPC/2015 – ***Recurso da Fazenda voltado ao reconhecimento de sua isenção ao***

Acesso ao Sumário

pagamento das custas processuais, com espeque no art. 1º da Lei nº 11.608/03 – Descabimento – Isenções legais que já foram excepcionadas no decorrer do processo, não eximindo o ente público também do pagamento ao impetrante das despesas processuais que antecipara, consoante previsto pelo §2º do art. 82 do NCPC, em atenção ao princípio da causalidade – Sentença reformada *– Reexame necessário provido, Recurso de apelação desprovido."* (Apelação nº 1057492-58.2017.8.26.0576, relatoria Des. Marcos Pimentel Tamassia, julgado em 23/02/2018).

De se concluir, portanto, pela reforma parcial da sentença para acrescentar a seu dispositivo que a municipalidade arcará com as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios já fixados.

Por fim, 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 condenação.

Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos oficial e voluntário do município e dá-se provimento ao recurso da contribuinte**, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1044895-69.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é apelado LUIZ CARLOS MARIANO TORNELI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.515)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 25 de maio de 2021.

CYRO BONILHA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ACIDENTÁRIA – Motorista de ônibus – Lesões na coluna – Nexo concausal reconhecido – Redução parcial e permanente da capacidade laborativa – Descabimento, por ora, da concessão de aposen-

tadoria por invalidez – Auxílio-acidente de 50% do salário-de- benefício devido a partir do dia seguinte ao da cessação do último auxílio-doença – Valores em atraso que devem ser atualizados mês a mês pelos índices de correção pertinentes (Tema nº 810 do STF) – Juros de mora devidos desde o termo inicial do benefício (posterior à citação), mês a mês, de modo decrescente – Aplicação do art. 5º da Lei nº 11.960/09, porém apenas no que concerne aos juros – Recursos autárquico e oficial parcialmente providos.

VOTO

A r. sentença de fls. 228/234, cujo relatório se adota, julgou procedente ação acidentária proposta por Luiz Carlos Mariano Torneli, condenando o INSS a pagar-lhe aposentadoria por invalidez acidentária de 100% do salário-de-benefício a partir de 04/03/2020 (dia seguinte ao da última alta médica), observada a prescrição quinquenal; mais abono anual; juros moratórios contados de forma englobada até a citação e, a partir desta, sobre o valor de cada parcela vencida, mês a mês, segundo o percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança; atualização monetária pelo INPC, nos termos do art. 41-A da Lei nº 8.213/91; e honorários advocatícios a serem fixados quando da liquidação do julgado, em consonância com o disposto no art. 85, § 4º, inciso II, do novo CPC.

Inconformado, apela o INSS, buscando a inversão do resultado. Sustenta, em síntese, não estarem presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por invalidez, aduzindo que o perito concluiu pela incapacidade total apenas para a função habitual e não para toda e qualquer atividade. Argumenta que as condições pessoais e sociais do segurado não podem ser consideradas pelo juízo. Assevera, ainda, que o nexo causal não restou comprovado, afirmando que o mal que acomete o obreiro possui etiologia degenerativa. Salienta que a maior parte dos benefícios concedidos são de natureza previdenciária. Subsidiariamente, requer que o termo inicial do benefício corresponda ao dia seguinte ao da última alta médica, ocorrida em 30/12/2010.

Processado o recurso, a parte contrária apresentou contrarrazões.

A sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, havendo recurso "ex officio".

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Trata-se de ação em que pleiteia o autor a concessão de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente, sob a alegação de que teve

Acesso ao Sumário

comprometida sua capacidade laborativa em decorrência de quadro de lesões na coluna, males advindos das condições de trabalho a que estava submetido na função de motorista de ônibus.

É oportuno consignar que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença acidentário de 19/01/2017 a 23/11/2017 e de auxílio-doença previdenciário de 11/01/2018 a 17/01/2019, de 12/07/2019 a 03/03/2020, de 02/04/2020 a 01/05/2020, de 23/06/2020 a 27/07/2020 e de 28/07/2020 a 30/12/2020 (fls. 244/245).

Efetuada a avaliação médica (fls. 197/205), verificou o perito que "*o exame físico pericial indicou claudicação, dores referidas em região dorsal e lombar, limitação dos movimentos da coluna lombar, alteração de sensibilidade em coxas, além de cicatriz cirúrgica lombar"* (fls. 202). *Atestou que "existe incapacidade para qualquer trabalho que exija esforços/empenho de coluna lombar (trabalho sem alternância postural, carregar pesos, ou aqueles que exijam movimentos de flexo extensão da coluna lombar)*".

Concluiu que "*essa incapacidade é total e definitiva unicamente para atividades que exijam tais posturas*" (fls. 203). Ressaltou que, como a atividade de motorista de ônibus não permite alternância postural, há claramente incapacidade laborativa para essa função (fls. 218).

Em suma, extrai-se do laudo que o segurado apresenta redução parcial e permanente de sua capacidade laborativa, de modo a impedir o desempenho de sua função habitual, mas não o de outras.

Além disso, admitiu o *expert o nexo concausal, afirmando a propósito que, "não é possível tecnicamente afirmarmos que a atividade laboral em questão tenha sido a responsável para o aparecimento da doença apresentada pelo autor (patologias degenerativas e multifatoriais), mas certamente contribuiu para agravar seu quadro*" (fls. 203). O liame ocupacional também foi admitido pela própria autarquia, ao conceder administrativamente o benefício de auxílio-doença acidentário.

Dentro desse quadro, têm-se, ao menos por ora, como ausentes os requisitos estabelecidos pelo art. 42 da Lei nº 8.213/91 para a concessão da aposentadoria por invalidez, a saber: a incapacidade total do segurado e a impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

Assim, configurado o prejuízo à capacidade profissional de forma parcial e permanente e admitido o nexo concausal, é de ser afastada a aposentadoria por invalidez, concedendo-se em seu lugar o benefício de auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício.

O termo inicial do benefício deverá corresponder ao dia seguinte ao da cessação do último auxílio-doença (31/12/2020 – fls. 245), conforme dispõe o art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplicável à hipótese dos autos, não havendo

Acesso ao Sumário

como se considerar consolidadas as lesões antes desse marco.

No mais, cumpre deixar explicitado que o débito será atualizado pelos índices de correção pertinentes (no caso, pelo IPCA-E), com incidência mês a mês sobre as prestações em atraso, observando-se a respeito o decidido pelo STF no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (repercussão geral – Tema nº 810 – trânsito em julgado em 03/03/2020, sem modulação).

Acrescer-se-ão juros de mora a partir do termo inicial do benefício (posterior à citação), mês a mês, de modo decrescente.

Não é demais consignar que, em face da Lei nº 11.960/09, será aplicada a alteração definida pelo art. 5º, porém apenas no que concerne aos juros.

Por fim, anote-se que a renda mensal inicial será reajustada pelos índices previdenciários de manutenção, observada a proporcionalidade no primeiro reajuste.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento aos recursos autárquico e oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1004117-22.2021.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada SONIA MARIA DOS SANTOS MELO.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.750)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 1º de junho de 2021.

AFONSO FARO JR., Relator

Ementa: TRIBUTÁRIO – ISENÇÃO DE IPVA – DEFICIENTE FÍSICO – Lei Estadual nº 17.293/20 que alterou a redação do art. 13, III, da Lei Estadual nº 13.296/08, para restringir a isenção do IPVA em favor das pessoas com deficiência – Impossibilidade – Necessidade de observância dos princípios da anterioridade geral e nonagesimal previstos no art. 150, III,

Acesso ao Sumário

"b" e "c", da CF – Violação aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana – Precedentes deste E. Tribunal – Sentença mantida.

NEGA-SE PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

VOTO

Vistos.

SONIA MARIA DOS SANTOS MELO impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO - POSTO FISCAL DE RIBEIRÃO PRETO postulando o reconhecimento da isenção de IPVA do veículo Honda/Fit EX cvt, Placa (...), Renavam nº (...), por ser pessoa com deficiência física.

Sustenta a impetrante ter havido alteração na Lei Estadual nº 13.296/08, no que diz respeito à isenção do IPVA para pessoas com deficiência, pela Lei Estadual nº 17.293/20, excluindo-a indevidamente do rol dos beneficiários da isenção do tributo, na medida em que se passou a exigir ostentar o veículo adaptação e customização para a situação individual da pessoa com deficiência. Afirma haver afronta aos princípios da isonomia e da vedação ao retrocesso com as alterações legislativas apontadas, de modo que deve ser reconhecido o seu direito à isenção do IPVA.

Deferida foi a liminar, fls. 53/56.

As informações foram prestadas pela autoridade coatora, fls. 67/93.

A FESP requereu seu ingresso no feito, fls. 64/66.

O Ministério Público declinou de se manifestar nos autos, fls. 99/102.

A r. sentença de fls. 103/106 concedeu a segurança, "*tornando definitiva a liminar deferida, o que faço para tão somente declarar o direito da impetrante a não recolher o IPVA do exercício de 2021 incidente sobre o veículo descrito na petição inicial*."

Ao lado do reexame necessário, recorre a Fazenda Pública do Estado de São Paulo às fls. 111/125. Afirma que as alterações trazidas pela Lei nº 17.293/20 não violaram quaisquer princípios. Aduz não haver direito adquirido à isenção outrora concedida, devendo ser observado que o fato gerador do IPVA renova-se no dia 1º de janeiro de cada ano e que a apelada não preenche os requisitos atuais para a concessão. Por fim, argumenta inexistir afronta ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Contrarrazões às fls. 127/130.

É o relato do necessário.

O reexame necessário e o recurso voluntário não comportam provimento.

Acesso ao Sumário

Como sabido, o mandado de segurança exige comprovação inequívoca do alegado direito violado, por meio de documentação, por ocasião da impetração.

Bem por isso, Diomar Ackel Filho em seu "Writs Constitucionais", Editora Saraiva, 2ª edição, 1991, São Paulo, pág. 77, observa que:

"Não cabe mandado de segurança contra fatos que exigem dilação probatória. Como já se viu, é ínsita à natureza do writ a certeza do direito subjetivo que se pleiteia, o que se traduz por fato incontroverso, bem demonstrado por prova pré-constituída, que faz emergir, de plano, a justiça da pretensão."

Pois bem.

Em 18 de julho de 2017, foi publicada a Lei Estadual nº 16.498/17, alterando a redação do art. 13, III, da Lei Estadual nº 13.296/08, que passou a viger da seguinte forma:

"Art. 13. É isenta do IPVA a propriedade:

(...)

III - de um único veículo, de propriedade de pessoa com deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autista.

(...)

§ 1º - A - Relativamente à hipótese prevista no inciso III:

1. a isenção aplica-se a veículo:

a) novo, cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior ao previsto em convênio para a isenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ICMS nas saídas destinadas a pessoas com deficiência;

b) usado, cujo valor de mercado constante da tabela de que trata o § 1º do artigo 7º desta lei não seja superior ao previsto no convênio mencionado na alínea 'a' deste item."

Recentemente, a Lei Estadual nº 17.293/20 deu nova redação ao art. 13, III, da Lei Estadual nº 13.296/08, que passou a prever a concessão da isenção do IPVA somente quanto ao veículo de pessoa com deficiência física **severa** ou **profunda** que permita a condução do veículo especificamente **adaptado** e **customizado** para sua situação individual. Ou seja, não basta, pela alteração legal em questão, apenas a presença da deficiência física, mas deve ela ser severa ou profunda e permitir a condução de veículo com as modificações específicas necessárias para o proprietário, conforme a sua deficiência. Confira-se o texto legal com as alterações, *in verbis*:

"Artigo 13 - É isenta do IPVA a propriedade:

Acesso ao Sumário

(...)

III - de um único veículo, de propriedade de pessoa com deficiência física severa ou profunda que permita a condução de veículo automotor especificamente adaptado e customizado para sua situação individual. (NR)

- Inciso III com redação dada pela Lei nº 17.293, de 15/10/2020".

Pois bem.

O C. Supremo Tribunal Federal orienta-se, em sua jurisprudência, por equiparar o fim da isenção à criação ou aumento de tributo. Confira-se:

"Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCENTIVO FISCAL. REVOGAÇÃO. MAJORAÇÃO INDIRETA. ANTERIORIDADE.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concebe que não apenas a majoração direta de tributos atrai a eficácia da anterioridade nonagesimal, mas também a majoração indireta decorrente de revogação de benefícios fiscais. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015." (RE 1053254 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 12-11-2018 PUBLIC 13-11- 2018).

Nesse contexto, a revogação da isenção aqui em análise, por configurar um aumento indireto do tributo, somente pode gerar efeitos financeiros no exercício subsequente, e depois de decorridos 90 dias da publicação da lei revogadora, salvo se houver exceção prevista no texto constitucional, segundo estabelece o art. 150, III, alíneas 'b' e 'c' da Constituição Federal.

No caso em apreço, o Estado de São Paulo, com o intuito de arrecadar novas receitas, limitou a isenção do IPVA apenas para deficientes físicos com gravidade severa ou profunda que permita condução de veículo adaptado.

Ocorre que a Lei nº 17.293/20, ao estabelecer o novo regramento, somente foi publicada em 15 de outubro de 2020, não podendo produzir efeitos no IPVA relativo ao exercício de 2021, visto que não decorreu o prazo de 90 dias entre a entrada em vigor da nova lei e a ocorrência do fato gerador do tributo.

Acesso ao Sumário

Vale lembrar que o IPVA é devido anualmente pelos contribuintes e, tratando-se de veículo usado, o fato gerador ocorre no dia 1º de janeiro de cada ano, conforme determina o art. 2º da Lei nº 13.296/08.

Portanto, tem-se que o lançamento do imposto para o exercício de 2021 é ilegal, pois viola o princípio constitucional da anterioridade tributária, previsto no art. 150, II, da Constituição Federal.

Com a alteração introduzida pelo art. 21 da Lei Estadual nº 17.293/20 ao

inciso III do art. 13 da Lei Estadual nº 13.296/08, passou-se a exigir que o veículo seja adaptado ou customizado para a situação individual de cada motorista, excluindo, portanto, para os condutores, as deficiências que exigem características já existentes em certos veículos, como, por exemplo, câmbio automático.

Pondere-se que a exclusão dos veículos de pessoas que se enquadram nos requisitos para a isenção, apenas pelo fato de não necessitarem de qualquer adaptação no veículo, ofende diretamente os princípios da igualdade e da dignidade humana, promovendo a exclusão de pessoa com deficiência física, mesmo que severa e profunda, deixando de garantir a sua dignidade e de permitir sua locomoção, finalidade precípua da concessão da isenção, somente porque seu veículo não teve necessidade de ser adaptado.

A finalidade do benefício fiscal é a inclusão da pessoa com deficiência, garantindo-lhe a sua dignidade, cidadania e liberdade de ir e vir, benefício que não pode ser excluído pela nova redação dada pela Lei nº 17.293/20.

De rigor, portanto, reconhecer a ilegalidade do ato de revogação da isenção, sendo inexigível o IPVA de 2021 do veículo indicado na inicial.

Assim se tem decidido neste E. Tribunal de Justiça em casos análogos:

"IPVA – Lei nº 17.293/2020 – Isenção somente mantida por portadores de deficiência que conduzam veículos adaptados – Revogação da isenção que, de alguma forma, é majoração de tributo – Ofensa ao princípio da anterioridade, previsto no art. 150 da Constituição Federal – Lei que ofende, ainda, a dignidade da pessoa humana, o direito de ir e vir, e gera a exclusão do portador de necessidades especiais – Tribunal de Justiça que admite a concessão da isenção até nas hipóteses em que o veículo será conduzido por terceiro, diante da falta de habilitação do deficiente, não podendo a falta de adaptação do veículo ser utilizada como óbice para afastar o benefício da isenção – Recurso provido." (TJSP; Apelação Cível nº 1000173-23.2021.8.26.0664; Relator: José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/03/2021; Data de Registro: 30/03/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – IPVA – DEFICIENTE FÍSICO – ISENÇÃO – LIMINAR – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA – LE Nº 17.293/2020 E DECRETO Nº 65.337/2020 – Pretensão mandamental do impetrante voltada ao reconhecimento de seu suposto direito de obter a isenção do IPVA incidente sobre a propriedade de seu veículo automotor, em razão de ser pessoa portadora de deficiência física e ter adquirido veículo automotor adaptado à sua condição médica – decisão interlocutória que indeferiu a liminar pleiteada, sob o fundamento de que o impetrante não comprovou o preenchimento dos

Acesso ao Sumário

requisitos para a concessão de isenção do referido tributo – pretensão de reforma – cabimento – inteligência do art. 7º, III da Lei nº 12.016/09 – latente o risco de demora inerente ao provimento jurisdicional (periculum in mora), bem como restou evidenciada a probabilidade do direito deduzido em Juízo (fumus boni iuris) – Necessidade de observância aos princípios da anterioridade geral e da nonagesimal pela legislação voltada à majoração de tributo, ainda que de forma indireta, tal como a LE nº 17.293/2020 – Inteligência do art. 150, III, 'b' e 'c', da Constituição Federal – precedentes do TJSP em casos análogos – decisão agravada reformada. Recurso provido." (4ª Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2004738-65.2021.8.26.0000, j. 22/02/2021, rel. Des. Paulo Barcellos Gatti).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – IPVA – ISENÇÃO – A Lei Estadual n.º 17.293/2020 alterou a redação do artigo 13, inciso III, da Lei Estadual n.º 13.296/2008 e, com isso, restringiu as hipóteses em que os portadores de deficiência física poderiam ser contemplados com a isenção de IPVA – Em sede de cognição sumária, o surgimento da carga tributária para os antigos beneficiários, agora excluídos, tal como a agravante, parece transgredir o princípio da anterioridade nonagesimal previsto no artigo 150, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal – Indeferimento, pelo juízo a quo, do pedido liminar do writ, consistente na suspensão da exigibilidade do crédito tributário de 2021 e subsequentes – Presentes os requisitos previstos pelo artigo 7.º, inciso III, da Lei n.º 12.016/09 – Decisão reformada – Recurso provido em parte." (12ª Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2033874-10.2021.8.26.0000, j. 08/03/2021, rel. Des. Osvaldo de Oliveira).

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – IPVA – BENEFÍCIO FISCAL – ISENÇÃO – REVOGAÇÃO – LIMINAR – CONCORRÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. Para concessão de liminar em mandado de segurança é necessária a concorrência dos requisitos da relevância da fundamentação e da irreparabilidade do dano (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09). 2. Mandado de segurança contra a revogação de benefício fiscal. Impetrante portadora de neoplasia maligna e deficiência física permanente decorrente do tratamento, o que a qualifica, em princípio, à fruição de isenção tributária anteriormente deferida e que não pode ser revogada sem antes garantido o direito ao recadastramento do veículo. Alteração de critério de concessão da isenção que aparenta ofender ao princípio da isonomia Concorrência dos requisitos legais. Decisão reformada. Liminar deferida. Recurso provido." (9ª Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2016704-

Acesso ao Sumário

25.2021.8.26.0000, j. 11/03/2021, rel. Des. Décio Notarangeli).

Nesse mesmo sentido, precedentes desta C. Câmara:

"Agravo de Instrumento. Decisão que indeferiu liminar em Mandado de Segurança, impetrado para suspensão da exigibilidade do IPVA referente ao veículo de propriedade do ora agravante, portador de deficiência física. Nova redação do artigo 13 da Lei estadual nº 13.296/2008 conferida pela Lei estadual nº 17.293/2020, mais restritiva, sugerindo retorno da legislação tributária paulista do IPVA a situação que no passado ainda recente suscitou vivo debate na jurisprudência, que acabou por afastá-la. Presentes os requisitos legais da liminar pleiteada em primeiro grau. Agravo provido, por maioria de votos, mantida e ratificada a tutela recursal." (11ª Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2014880-31.2021.8.26.0000, j. 02/03/2021, rel. Des. Aroldo Viotti).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – ISENÇÃO IPVA/PCD – Revogação pela Lei Estadual nº 17.293, de 15/10/2020 – Mandado de segurança – Liminar indeferida – Pretensão da agravante de que seja suspensa a cobrança do IPVA/2021, por ser portadora de deficiência e, até então, isenta do pagamento – Previsão do art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09 – Fumus boni iuris e periculum in mora devidamente preenchidos – Decisão reformada para deferir a liminar. Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 2025664-67.2021.8.26.0000; Relator: Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/03/2021; Data de Registro: 19/03/2021).

Portanto, de rigor, a mantença da r. sentença.

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos.

Eventuais recursos que sejam interpostos deste julgado estarão sujeitos ao julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da interposição de referidos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1011848-32.2020.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente J.E.O. e Apelante S.P.P.-S., são apelados J.C.G.G.P. (JUSTIÇA GRATUITA) e P.H.G.G.K.

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 em parte à remessa necessária e ao recurso voluntário. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.812)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 18 de junho de 2021.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO. Recebimento de pensão por morte de companheiro. A pensão por morte ostenta caráter unitário e natureza "intuitu familiae". No caso, como já vem sendo paga a totalidade da pensão ao filho menor, que reside com a parte autora, o termo inicial para os pagamentos deve ser a data do trânsito em julgado, em cotas iguais ou, a data da maioridade do menor, em cota única. Sentença alterada no ponto do termo inicial. Remessa necessária e recurso de apelação conhecidos e parcialmente providos.

VOTO

Trata-se de ação interposta por J.C.G.G.P. E OUTRO em face da S.P.P.-S objetivando o reconhecimento da união estável "post mortem" para fins de concessão de pensão por morte.

A r. sentença de fls. 215/223 extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, no que concerne ao pedido de reconhecimento de união estável e, julgou procedente o pedido de concessão de pensão por morte, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando a parte ré ao pagamento das prestações vencidas desde a propositura da demanda, atualizadas pela Tabela Prática Para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir de cada pagamento e acrescido de juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

A ré recorre tão somente quanto ao termo inicial do pagamento, sustentando que tal não pode ser o da data da propositura da ação, porque já vem efetivando a totalidade do pagamento mensal da pensão ao filho da apelada, que se encontra no mesmo núcleo familiar. Pede que o pagamento seja a partir do trânsito em julgado desta ação, em cotas partes iguais (fls. 251/257).

Acesso ao Sumário

Apresentação de resposta (fls. 260/263). Processo distribuído livremente (fls. 266). Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

II- Bem examinados os autos, a apelante bate-se tão somente contra o termo inicial do pagamento, para que tal não seja fixado a partir da data da propositura da ação, sob o fundamento de que já efetuou o pagamento mensal da pensão integralmente ao filho da recorrente, desde o óbito do seu instituidor.

Sabe-se que por meio de uma interpretação sistemática a pensão em comento possui caráter unitário e natureza "*intuito familiae*", devendo ser concedida de forma integral ao beneficiário.

No caso, demonstrado que o órgão pagador vem cumprindo sua obrigação, pagando desde o óbito do servidor valor correspondente a 100% da pensão ao menor, P.H.G.G.K., que somente atingirá a maioridade civil em 09 de setembro de 2022 e que reside no mesmo endereço da autora, qual seja, Avenida (...), Santos (fls. 01 e 96, 18 e 233/235).

Desta forma, não há como determinar o pagamento dos valores em duplicidade para o mesmo núcleo familiar, sob pena de enriquecimento da parte autora, de forma que, os valores passam a ser devidos a partir do que se der primeiro: i) do trânsito em julgado, em cotas iguais ou ii) a partir da maioridade do menor em cota única.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Pelo exposto, **conhece-se e dá-se provimento parcial à remessa necessária e ao recurso da SPPREV.**

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 3005494-91.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de Limeira, em que é

embargante CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR - CBPM, é embargada JOÃO VITOR FEITOZA DE CARVALHO NUNES (MENOR) (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) LILIANE FEITOZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos, sem efeitos modificativos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.941)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 7 de junho de 2021.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO À BASE DE CANABIDIOL. Alegação de omissão no julgado em relação à necessidade de inclusão da União no polo passivo da ação. Questão não suscitada na inicial do agravo. Matéria de ordem pública. Conhecimento de ofício. Autorização da ANVISA para importação de produto derivado de "Cannabis", para fins medicinais, que se equipara ao próprio registro junto ao órgão. Inexistência de ofensa aos Temas de Repercussão Geral nº 500 e 793 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes desta C. Corte. Embargos acolhidos, sem modificação do julgado.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração em face do acórdão que manteve o deferimento da tutela de urgência, para compelir a Embargante ao fornecimento de medicamento à base de Canabidiol.

Sustenta a recorrente que a Turma Julgadora não enfrentou a questão sobre a obrigatoriedade de inclusão da União no polo passivo da ação, visto que o medicamento pleiteado não possui registro na ANVISA, com aplicação do decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos Temas de Repercussão Geral nºs 500 e 793. Pugna, portanto, pelo acolhimento dos presentes embargos, parta sanar o vício apontado.

O Embargado apresentou resposta (fls. 15/21).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, impende consignar que a questão da obrigatoriedade de inclusão da União no polo passivo da ação não foi suscitada na inicial do agravo de instrumento, de modo que inexiste a omissão aventada pela Agravante.

Todavia, a matéria trazida nos presentes embargos é de ordem pública, de modo que pode ser conhecida de ofício.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Temas de Repercussão Geral nºs 500[1] e 793[2] decidiu que as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

No caso dos autos, verifica-se que a Diretoria Colegiada da ANVISA aprovou a Resolução nº 327, de 09 de dezembro de 2019, que dispõe sobre os procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais.

Além disso, a referida Agência Nacional de Vigilância Sanitária retirou o canabidiol da lista de substâncias proibidas no Brasil e vem facilitando a importação de produtos com esse princípio ativo, conforme se depreende da RDC nº 335, de 24 de janeiro de 2020, que define os critérios e os procedimentos para a importação de produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde.

Impende ainda consignar que a ANVISA, em 09 de março de 2020, editou Caderno de Perguntas e Respostas sobre a autorização sanitária de produtos à base de Cannabis[3], esclarecendo que os produtos abrangidos pela RDC nº 327/2019 não são considerados medicamentos sujeitos a registro, enquadrando-se em uma categoria regulatória própria. Nesse aspecto, vale destacar a questão 10, cuja resposta indica que a referida substância está sujeita a uma autorização sanitária, de forma análoga a um registro, *in verbis*:

> *"10. Quando a norma trata de Autorização Sanitária, está se referindo à Autorização Especial de Funcionamento ou registro do produto?*
>
> *Nenhuma das duas opções. A Autorização Sanitária é uma forma de regularização de produto criada pela RDC nº 327/2019, que, de forma análoga a um registro, permite a comercialização e dispensação dos produtos de Cannabis no Brasil."*

Nessa esteira, a jurisprudência desta C. Corte tem entendido que a existência de autorização de importação da Anvisa se equipara ao próprio registro

1 *RE 657718, Relator: MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, DJe 09/11/2020.*

2 *RE 855178 ED, Relator: LUIZ FUX, Relator p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, DJe 16/04/2020.*

3 *(endereço eletrônico constante no texto original).*

Acesso ao Sumário

do medicamento junto ao órgão, tendo em vista o disposto do artigo 17 da citada RDC nº 327, de 09.12.2019, que assim estabelece: "*O processo administrativo para fins da Autorização Sanitária dos produtos da Cannabis seguirá procedimento de submissão e publicação da área responsável pelo registro de medicamento da Anvisa*".

A propósito, colacionam-se os seguintes julgados:

"Apelação cível e remessa necessária – Infância e Juventude – Mandado de segurança – Fornecimento de medicamentos ao menor diagnosticado com tetraplegia espástica (CID G8 e G40) – Efeito suspensivo – Prejudicado – Preliminar de inadequação da via eleita, ante a necessidade de dilação probatória – Rejeição – Demais matérias preliminares que se confundem com o mérito – Direito à saúde – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Reserva do possível afastada – Dever solidário dos entes da Federação de garantir a proteção e recuperação da saúde de crianças e adolescentes – Prescrição médica fundamentada e subscrita pelos médicos que assistem o menor – Fármaco (Vigabatrina) constante da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME 2020) – Observância dos requisitos exigidos na tese vinculante firmada no julgamento do Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça para fornecimento de medicamento (Hemp oil) não incorporado ao SUS – Prova inequívoca da imprescindibilidade do medicamento à base de Canabidiol e a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da sua moléstia – Planejamento público da saúde que não pode negar direitos – Incapacidade financeira demonstrada – Irrelevância da ausência de registro na ANVISA – Autorização do órgão para importação dos medicamentos à base de Canabidiol – Inaplicabilidade dos Temas de Repercussão Geral nº 500 e 793, editados pelo Supremo Tribunal Federal no bojo dos Recursos Extraordinários nº 657.718/MG e 855.178/SE – Necessidade de apresentação de receita médica semestralmente atualizada para continuidade do atendimento – Possibilidade de fornecimento de medicamentos genéricos, desde que com as mesmas especificações e que não haja contraindicação fundamentada – Multa cominatória – Possibilidade – Limitação ao patamar de R$ 25.000,00 – Apelo voluntário desprovido – Remessa necessária parcialmente provida."

(Apelação Cível nº 1038294-18.2018.8.26.0053; Relator: Guilherme G. Strenger - Pres. Seção de Direito Criminal; Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 17/05/2021);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA DE URGÊNCIA. Autor portador de 'transtorno de espectro- autista grave' associado a deficiência mental, necessitando de tratamento com o fitofármaco 'Canabidiol 200mg'. Tutela de urgência concedida em

Acesso ao Sumário

primeira instância. Insurgência da ré. Aplicação do Tema 106 do STJ (RE nº 1.657.156/RJ). Inaplicável o Tema 500 do STF, que trata de medicamento sem registro na ANVISA. A hipótese dos autos se refere a fitofármaco nacional, com expressa autorização de comercialização pela ANVISA, por meio do Laboratório Prati Donaduzzi. Ausente ofensa ao Tema 793 do STF (RE nº 855178/SE), diante da competência solidária dos entes públicos nas demandas de saúde, sendo descabida a integração da União Federal no polo passivo da lide. Autor que trouxe aos autos prova de hipossuficiência e demonstrou a autorização da ANVISA para comercialização da substância, juntando, ainda, laudo médico fundamentado e circunstanciado e a prova da ineficácia de outros tratamentos já propostos. Incidência do art. 196 da CF. Presença de elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, requisitos necessários à concessão da tutela de urgência (art. 300 do CPC). Acolhido apenas o pedido alternativo de dilação do prazo de cumprimento da obrigação para 30 dias, em virtude do procedimento administrativo necessário à aquisição do fármaco. Decisão parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido."

(Agravo de Instrumento nº gravo de Instrumento 3001361-69.2021.8.26.0000; Relator: Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 19/05/2021);

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Acórdão embargado que deu provimento em parte ao Agravo de Instrumento interposto pelo Embargante. Omissão. Necessidade de análise da aplicação dos Temas 793 e 500 do C. Supremo Tribunal Federal, recentemente publicados. Tema 500 do C. Supremo Tribunal Federal. Distinguishing quanto aos seus parâmetros de aplicação. No caso específico, o medicamento pleiteado, derivado do canabidiol, já possui regulamentação da Anvisa, tanto para produção e venda no Brasil, como para sua aquisição, mediante expressa autorização especial. Medicamento devidamente regulamentado pela agência reguladora. Previsão na Resolução ANVISA/DC nº 128 de 02 de dezembro de 2016, que atualizou o Anexo I da Resolução RDC nº 17/15. ANVISA regulamentou a autorização da importação, produção e aquisição de medicamentos à base de Cannabis na Resolução 335, de 24 de janeiro de 2020. Em consequência, competência desta C. Câmara para conhecer e julgar do recurso. Tema 793 do C. STF. Solidariedade dos entes federativos. Possibilidade de ajuizamento da ação em face de qualquer ente. Ressarcimento de quem suportou o ônus financeiro conforme a competência designada na Portaria MS n. 1.554/2013. Impossibilidade de discussão da questão na presente ação. Reconhecimento da omissão, com rejeição da preliminar e manutenção do dispositivo do v. acórdão. Embargos acolhidos.

(Embargos de Declaração nº 3005525-14.2020.8.26.0000; Relatora: Lidia Conceição; Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 14/05/2021).

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, considerando que os produtos à base de substâncias derivadas de Cannabis apresentam situação regular, com permissão para sua comercialização e dispensação, inclusive possuindo forma análoga de registro regulamentado pela ANVISA, conforme a RDC nº 327/2019, não há que se falar na inclusão da União no polo passivo da lide e consequente deslocamento do feito para a Justiça Federal. Por conseguinte, permanece hígida a competência da justiça estadual para a análise do pleito, nos termos dos Temas nº 793 e 500 do Supremo Tribunal Federal.

À vista do exposto, acolhem-se os embargos de declaração, sem modificação do julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 0023622-32.2012.8.26.0344/50000, da Comarca de Marília, em que é embargante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é embargado MARIA APARECIDA DA SILVA MONTANARI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Alteraram o entendimento adotado no V. Acórdão anterior. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.146)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente) e ALBERTO GENTIL.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

RICARDO GRACCHO, Relator

Ementa: Embargos de declaração – autarquia – novo pronunciamento judicial em razão da determinação do STJ para apreciação de pontos considerados obscuros no julgamento dos declaratórios – efeito modificativo – necessidade do prévio requerimento administrativo – Embargos acolhidos.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo **Instituto Nacional do Seguro Social** ao Acórdão de fls. 54/6 que deu provimento ao apelo da autora, mediante votação unânime.

Menciona o recorrente, obscuridade no tocante à desnecessidade do prévio requerimento administrativo (fls. 60/79).

Regularmente processados, em 25.03.2014 foram rejeitados, mediante votação unânime (fls. 83/5).

Inconformado o embargante interpôs recurso especial afirmando que nos embargos declaratórios permaneceu obscuro no tocante à desnecessidade do prévio requerimento administrativo e requer que seja decretada a nulidade do v. acórdão proferido (fls. 89/100).

O recurso foi encaminhado ao STJ, que assim determinou: "(...) Em cumprimento à decisão proferida pela Egrégia Presidência da Seção de Direito Público, diante do julgamento definitivo do mérito no Resp. nº 1.369.834/SP, Tema nº 660, STJ, que concluiu pela tese de que "(...) a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo", a matéria deve ser reexaminada pela Turma Julgadora, em razão do disposto no art. 1.040, inc. II do Código de Processo Civil"

É o relatório.

Em cumprimento à decisão proferida pelo STJ, passa-se ao deslinde da controvérsia.

O Acórdão de fls. 55/6, com base na Súmula 89 do STJ, determinou o afastamento da extinção do processo e respeitado o contraditório com regular instrução, outra decisão terminativa deverá ter origem, apreciando-se o mérito do pedido.

Todavia, instaurada a controvérsia sobre o tema, o julgamento definitivo do mérito no REsp nº 1.369.834/SP, Tema nº 660, o Colendo STJ, DJe 02.12.2014, contém a seguinte tese:

"**(...) a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo**" e conforme decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631.240/MG (03/09/2014), sob o rito do artigo 543-B do CPC, foram observadas três regras de transição:

1ª) Nas ações distribuídas perante o Juizado Itinerante, a ausência do pedido administrativo não implicaria a extinção do processo, mesmo porque o Juizado se direciona, basicamente, para onde não há agência da Previdência Social.

2ª) Nos casos em que o INSS já apresentou contestação de mérito no curso do processo judicial fica mantido seu trâmite, afinal a defesa do ente público caracteriza o interesse em agir da parte autora, uma vez que houve resistência ao pedido do interessado.

3ª) As demais ações judiciais deverão ficar sobrestadas, devendo o requerente do benefício ser intimado pelo Juízo singular para formulação de pedido administrativo perante a autarquia, no prazo de 30 dias, sob pena de extinção do

Acesso ao Sumário

processo. Após comprovação do requerimento administrativo, o INSS também será intimado a se manifestar no prazo de 90 dias. Na hipótese de acolhimento do pleito administrativo, ou nos casos em que ele não puder ser analisado por motivo atribuível ao próprio suplicante, a ação será extinta, caso contrário ficará caracterizado o interesse em agir, devendo ter seguimento o pedido judicial da parte.

O presente caso se encaixa na terceira hipótese de transição, afinal a Magistrada singular não determinou o sobrestamento do feito e a intimação do apelante para formular o pedido administrativo no prazo de 30 dias.

Portanto, o feito deveria ter sido sobrestado para que a segurada formulasse o requerimento administrativo no prazo de 30 dias, de modo que a sentença de extinção se configurou prematura.

Diante desse quadro, impõe-se afastar o decreto de extinção do processo, sem exame do mérito, devendo os autos retornar à Vara de origem, ficando sobrestado para que a autora faça o requerimento do pedido administrativo no prazo de 30 dias, contados da sua intimação.

Vale lembrar que não há dúvida a respeito do cabimento do efeito modificativo dos embargos declaratórios, pois, decorre naturalmente do suprimento da omissão que leva à alteração da conclusão do julgado: "*Os embargos de declaração só podem ter efeitos modificativos se a alteração do acórdão é conseqüência necessária do julgamento que supre a omissão ou expunge a contradição*" (STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp 15.569/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, j. -2.09.1996).

Destarte, revendo posicionamento anteriormente adotado, é caso de alterar a fundamentação do Acórdão de fls. 83/5 para dar provimento ao recurso da autarquia, com observação, para reformar a r. sentença que julgou extinto o processo, sem o exame do mérito, determinando-se o retorno dos autos para a Vara de Origem, na forma explicitada.

Diante do exposto, pelo meu voto, altera-se o entendimento do V. Acórdão anterior, acolhendo-se os embargos de declaração opostos pelo **Instituto Nacional do Seguro Social**, nos termos acima definidos.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível

nº 2226431-58.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante RAPHAELA AMATO SANTONIO DE FARIA, é impetrado 10º PROMOTOR DE JUSTIÇA DE SANTOS - PRESIDENTE DA COMISSÃO PROCESSANTE PERMANENTE REGIONAL DE SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a segurança. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.977)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 28 de maio de 2021.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO – Procedimento administrativo disciplinar – Pretensão de obstar o andamento do procedimento em razão da impetrante ostentar comorbidades, como transtorno misto ansioso e depressivo e transtorno bipolar – Impossibilidade – Liminar concedida parcialmente, para o fim de adiar a realização da audiência de instrução em duas ocasiões distintas – Procedimento que se desenvolveu de modo escorreito, não se vislumbrando qualquer agressão aos princípios do contraditório e ampla defesa – Impetrante que demonstrou desinteresse em sua defesa na seara administrativa, não tendo sequer noticiado a concessão da liminar neste feito, em agressão aos princípios da boa-fé e lealdade processuais – Impossibilidade de se impedir o prosseguimento daquele feito indefinidamente, ressaltando-se a plena capacidade civil da impetrante – Ausência de direito líquido e certo – Inexistência de ato abusivo ou ilegal – Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança originário, com pedido de liminar, impetrado por RAPHAELA AMATO SANTONIO DE FARIA contra ato do 10º. PROMOTOR DE JUSTIÇA DE SANTOS, DR. ROBERTO MENDES DE FREITAS JUNIOR, consistente em instaurar Procedimento Administrativo Disciplinar em desfavor da requerente, a qual exerce a função de analista jurídico do Ministério Público.

Acesso ao Sumário

Sustenta a impetrante, em síntese, a impossibilidade de prosseguimento do feito, por ostentar uma série de comorbidades, dentre elas, transtorno misto ansioso e depressivo, além de transtorno afetivo bipolar.

Requer, assim, a concessão da medida liminar para o fim de suspender o ato impugnado.

Liminar deferida em parte (fls. 84/85). Novo pedido de suspensão formulado às fls. 90/94, parcialmente acolhido às fls. 106/107.

Informações prestadas pela impetrada às fls. 116/121.

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 151/168) pela denegação da ordem.

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança originário, com pedido de liminar, impetrado por RAPHAELA AMATO SANTONIO DE FARIA contra ato do 10º. PROMOTOR DE JUSTIÇA DE SANTOS, DR. ROBERTO MENDES DE FREITAS JUNIOR, consistente em instaurar Procedimento Administrativo Disciplinar em desfavor da requerente, a qual exerce a função de analista jurídico do Ministério Público.

A postulante alega ostentar uma série de comorbidades, entre elas transtorno misto e depressivo, além de transtorno afetivo bipolar, os quais imputa às supostas perseguições ocorridas no ambiente de trabalho.

Aduz, ainda, a impossibilidade do exercício pleno de seu direito de defesa, em razão da pandemia de covid-19, concluindo, assim, que o prosseguimento do feito agrediria seu direito ao pleno exercício do contraditório e ampla defesa.

Sem razão, contudo.

Os elementos dos autos indicam, com clareza solar, a inexistência de qualquer ato abusivo ou ilegal por parte da autoridade impetrada, a autorizar a concessão da ordem aqui pretendida, por várias razões.

Primeiramente, no tangente às alegações da impossibilidade do exercício do direito de defesa, como já explanei anteriormente quando da decisão liminar, a autora não soube precisar em que medida a existência da pandemia lhe impediria de se defender no procedimento administrativo.

Como se sabe, trata-se de situação que perdura há pouco mais de um ano e não há sombra de dúvida quanto ao funcionamento das atividades em caráter remoto. Assim, descabe falar em impedimento de acesso aos autos, contato com testemunhas ou obtenção de documentos. A vida em sociedade já mostrou, à exaustão, a plena possibilidade da prática dessas atividades.

Em segundo lugar, no concernente às comorbidades que acometem a requerente, destaca- se a ordem liminar concedida para o fim de adiar a realização da audiência de instrução em duas ocasiões distintas (fls. 84/85 e fls. 106/107),

Acesso ao Sumário

em vista dos laudos médicos juntados aos autos (fls. 90/94 e fls. 102/105).

Some-se a isso o transcurso temporal havido entre a propositura do presente *mandamus* (21/09/2020) e a prolação desta decisão, a evidenciar o período razoável para a recuperação da postulante.

Nessa ordem de ideias, importa salientar, sem descurar da gravidade do estado de saúde da parte, que a existência de problemas de saúde não serve para lhe garantir a paralisação, em caráter eterno, do processo contra si instaurado, ressaltando-se tratar-se de pessoa com capacidade civil plena.

Em adição, os elementos dos autos não possibilitam quaisquer dúvidas quanto ao desinteresse da parte em defender-se naquela seara.

Nesse sentido, merece relevo a informação de que, tendo sido concedida liminar para não realização da audiência, nada foi noticiado no PAD, em que pese a impetrante ter advogado constituído nos autos, inexistindo qualquer justificativa para o referido comportamento, o qual indica violação do dever de lealdade.

Além disso, a parte demonstrou plena capacidade de diligenciar na defesa dos seus interesses, quando enviou mensagem eletrônica à comissão processante do Ministério Público, para pedir que não se realizasse a audiência.

Não é só. Vejam-se as ponderações da Douta Procuradoria de Justiça:

*"**Constituída defesa regular e formal, ela se recusou a praticar atos processuais, mesmo tendo havido expressa ressalva do Ilustre Desembargador Relator de que a liminar concedida não obstava o regular prosseguimento do procedimento administrativo**.*

(...)

*Não há, absolutamente, qualquer amparo para se suspender a tramitação do feito, especialmente quando instada a impetrante a atuar sob os auspícios dos princípios da lealdade processual e da cooperação mútua. **Entretanto, no processo administrativo disciplinar, apesar de o Defensor constituído ter sido intimado pessoalmente, negou-se a exercer a defesa técnica da impetrante, devendo arcar com as consequências previstas na Resolução nº 1035/2017 – PGJ**.*

Na seara administrativa, a impetrante não esclareceu se persistia o interesse em ouvir as testemunhas servidores públicos *arroladas na defesa relacionados ou de antecedentes, facultando-se a juntada de declarações; e apresentação de alegações finais escritas.*

*Como bem claro na r. decisão liminar, não se suspendeu o andamento do processo administrativo. **A postura da impetrante administrativamente, portanto, denota que não pretende se autodefender em interrogatório, mas, sim, obstar o regular trâmite administrativo, razão pela qual a hipótese é de revogação da liminar parcialmente concedida**."* (fls. 160,163,167 – destaquei).

Vê-se, pois, que na hipótese *sub judice* não se vislumbra a existência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da parte.

Por fim, destaque-se a higidez no desenvolvimento do procedimento administrativo, não se vislumbrando a existência de qualquer mácula apta a acarretar-lhe nulidade.

Novamente, destaco as considerações da Douta Procuradoria Geral de Justiça:

*"**Há que se dizer, desde logo, que a decisão foi devida, escorreita e legalmente motivada. Deveras, nada de ilegal ou irregular na decisão administrativa, que detém discricionariedade para indeferir diligências reputadas inúteis e inferir a respeito da capacidade civil para a sindicada responder a processo administrativo, assim como para deliberar acerca do fato de o gozo-saúde não impedir sua presença em atos processuais**.*

O mandado de segurança é ação de extração constitucional, apta a fazer cessar ato de autoridade que fulmine direito líquido e certo, não protegido por habeas corpus ou habeas data (art. 5º, LXIX, CF). De outra sorte, é sabido que a exigência de direito líquido e certo, em mandado de segurança, é sinônimo de prova documental que afaste qualquer dúvida a respeito da pertinência e acerto das afirmações formuladas pela impetrante.

No caso em exame, ao contrário do afirmado, não há ato coator que possa autorizar a utilização do mandamus.

***Não se pode confundir depressão e uso de medicamentos controlados com falta de higidez mental, como parece almejar a impetração**. Nada obstante, as alegações de que o processo administrativo disciplinar estaria eivado de nulidades decorrentes de cerceamento de defesa e de violação ao devido processo legal e ao contraditório não prosperam.*

De acordo com os autos, a impetrante apresentou defesa, enviou e-mails, obteve apreciação de seus pedidos, ainda que não acolhidos, mas não compareceu ao interrogatório amparada pela liminar.

***A impetrante constituiu advogado para atuar neste mandado de segurança e no processo administrativo disciplinar (fl. 147) e apresentou defesa escrita no processo administrativo (fls. 52/63), denotando sua plena capacidade civil, garantido seu exercício de defesa por meio de defesa técnica, não se afigurando minimamente razoável a suspensão da tramitação do processo administrativo por tempo indeterminado**."* (fls. 160/161 – destaquei).

Com efeito, a Constituição Federal prevê o mandado de segurança para resguardar direito líquido e certo, ofendido ou ameaçado (artigo 5º, LXIX).

Por seu turno, a Lei nº 12.016/09, dispõe que o mandado de segurança será concedido para proteger direito líquido e certo, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade.

Acesso ao Sumário

Direito líquido e certo, segundo HELY LOPES MEIRELLES, é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão ***e apto a ser exercitado no momento da impetração.*** *Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo a segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.*

Na verdade, o direito líquido e certo se resolve com a exata identificação dos pressupostos da certeza material e da certeza jurídica. Aquela envolve o suporte fático indubitável, demonstrado de plano, enquanto esta diz respeito ao apoio em norma legal ou nas garantias constitucionais.

Assim, pelos fundamentos acima delineados, não há que se vislumbrar na hipótese vertente, a existência de direito líquido e certo a amparar a pretensão mandamental da impetrante.

Ante o exposto, denego a segurança.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1040275-14.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido ERICK SANTOS.

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 reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.527)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 2 de maio de 2021.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO POPULAR – Falta de interesse de agir superveniente – Ocorrência – Suspensão do ato que motivou a presente ação – Sentença de extinção que deve ser mantida – Ausência de recursos voluntários – Remessa necessária não provida.

VOTO

Vistos.

Remessa necessária de r. sentença proferida pelo digno Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls 12/13), que extinguiu ação popular ajuizada por Erick Santos em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Exmo. Presidente, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, visando à declaração de nulidade do artigo 5º da Resolução 40/2020, desta Corte.

Não houve recursos voluntários.

Manifestou-se a Procuradoria da Justiça pelo não provimento da remessa necessária (fls 21/23).

É o relatório.

Os fatos discutidos nestes autos ocorreram no ano 2020. Ocorre, no entanto, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo suspendeu a implantação de 19 Câmaras Extraordinárias, diante do questionamento da medida junto ao Conselho Nacional de Justiça.

Assim, ausente o interesse de agir, como bem reconhecido pelo digno magistrado *a quo*.

Evidente a desnecessidade da presente ação, já que seu objeto já foi atingido, forçoso reconhecer a perda do objeto da ação.

Leciona José Carlos Barbosa Moreira, sobre o conceito de interesse recursal: *A noção de interesse, no processo, repousa sempre, ao nosso ver, no binômio utilidade + necessidade: utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. O interesse de recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem* (Comentários ao Código de Processo Civil, volume V, página 298, 13ª edição, Forense, 2006). E prossegue: *deve aferir-se ao ângulo prático a ocorrência da utilidade, isto é, a relevância do proveito ou vantagem cuja possibilidade configura o interesse em recorrer. A razão de ser do processo não consiste em proporcionar ocasião para o debate de puras teses, sem consequências concretas para a fixação da disciplina do*

Acesso ao Sumário

caso levado à apreciação do juiz (obra supra, página 301).

Notáveis os reflexos do artigo 493 do Código de Processo Civil (regra correspondente ao antigo artigo 462 do Código de 1973), como é pacífico na jurisprudência anotada por Hely Lopes Meirelles: *aplica-se ao processo de mandado de segurança o artigo 462 do Código de Processo Civil, cabendo ao juiz apreciar os fatos supervenientes que possam ter influência no julgamento da causa (STJ, RMS nº 6.566-SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, RJSTJ 94/362; RMS nº 11.331-SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins). O princípio aplica-se em qualquer grau de jurisdição (*Mandado de Segurança etc, 30ª edição atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, página 99, nota 159, Malheiros Editores, 2007). No mesmo sentido*, as situações consolidadas pelo decurso do tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no artigo 462 do CPC* (STJ-REsp nº 365.771/DF, 1ª Turma, relator Ministro Luiz Fux, j. 11/05/2004).

Importante este reparo, por José da Silva Pacheco, sobre *a decisão denegatória da segurança: a decisão do mandado, porém, não impedirá que, por ação própria, sejam pleiteados os direitos e os respectivos efeitos patrimoniais* (O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas, página 199, RT, 1990).

Ante o exposto nego provimento à remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1066107-49.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido RUBENS ALBERTO GATTI NUNES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.341)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 8 de junho de 2021.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO POPULAR – Publicação no Diário Oficial de contratação dos integrantes do grupo "Os

Tupys" para a exposição "Os Tupys - Festival de Natal 2020", ao custo de R$ 250.000,00 – Alegação de imoralidade administrativa considerando-se a pandemia causada pela COVID-19 – Ação extinta nos termos do art. 485, I, do CPC – Ausência de demonstração de atos concretos lesivos ao patrimônio público ou de risco real de contágio em razão do evento artístico – Inadequação da via eleita – R. sentença confirmada. Reexame necessário desprovido.

VOTO

Vistos,

Trata-se de reexame necessário contra a r. sentença de fls. 42/45, cujo relatório é adotado, que julgou extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I, do CPC. Sem condenação em custas e honorários advocatícios.

Decorrido o prazo legal para interposição de recurso voluntário (fls. 54), subiram os autos por força do reexame necessário.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do reexame necessário (fls. 62/64).

É o relatório.

O Autor Popular ajuizou a ação, tendo em vista a publicação no Diário Oficial de contratação dos integrantes do grupo "Os Tupys" para a exposição "Os Tupys - Festival de Natal 2020", ao custo de R$ 250.000,00, por considerar imoral, tendo em vista pandemia causada pela COVID-19.

Considera não ser razoável a contratação em tempos de pandemia, o que atenta o interesse público e a moralidade, havendo malversação dos recursos públicos, devendo ser declarada nula.

O Magistrado de Primeiro Grau houve por bem extinguir o feito sem resolução de mérito, decisão que não merece qualquer reparo.

Com efeito, a parte não apontou atos administrativos comissivos ou omissivos de forma concreta, lesivos ao patrimônio público, previstos na Lei 4.717/65, passíveis de reconhecimento e ou anulação pelo Poder Judiciário, não servindo a ação popular de meio que vise compelir a Administração Pública a realizar atos de sua exclusiva discricionariedade e competência.

Aliás, como bem mencionado na r. sentença, a contratação direta de artistas não é ilícita, já que permitida pela Lei 8.666/93, não havendo qualquer menção acerca de algum descumprimento da Administração Pública quanto ao procedimento adequado para essa contratação.

Acesso ao Sumário

Não havendo qualquer prova de irregularidade na contratação, a alegação de prejuízo ao erário se torna vazia, até porque, não demonstrou o autor a ausência de recursos voltados a realização do mencionado evento cultural, sendo hipotética a afirmação de risco de aglomeração.

Como bem decidido em Primeiro Grau:

"A contratação direta de artistas, a princípio, é autorizada pelo art. 25, III da lei 8.666/93. Não há qualquer menção, na inicial, ao descumprimento das exigências legais para essa contratação, nem de favorecimento a quem quer que seja ou de superfaturamento. Em verdade, não se questiona a licitude da contratação.

Ora, o Estado de Emergência decretado na cidade de São Paulo não impede o poder público municipal de investir em políticas públicas na área de cultura, inclusive por meio da contratação de artistas, e ainda que o valor do contrato seja relativamente elevado. Nada há de ilícito nisso.

O risco de aglomeração, afirmado na inicial, é meramente hipotético, e pode ser mitigado com a adoção de protocolos de segurança, como a exigência de uso de máscaras e o distanciamento social, por exemplo. Medidas como essas têm sido largamente utilizadas, possibilitando a retomada de diversas atividades econômicas que, da mesma forma, podem causar aglomeração, tais como a reabertura de cinemas, restaurantes e bares.

...

No mais, não há nenhum elemento nos autos a demonstrar crônica falta de recursos públicos para o combate à pandemia. As deficiências do sistema público municipal de saúde são notórias. Mas também são notórias as deficiências do Município no atendimento ao setor cultural. Definir investimentos numa área ou noutra é prerrogativa do chefe do Executivo, que foi democraticamente eleito para tanto, não podendo o Judiciário substituí-lo no exercício dessa competência."

Em casos semelhantes assim se decidiu:

"Remessa necessária – Ação Popular visando à condenação do Poder Público réu na obrigação de fazer consistente em instituir a coleta seletiva do lixo, bem como uma comissão de transição democrática entre o governo atual e a próxima gestão municipal – Indeferimento da petição inicial (art. 330, III, 485, I, do CPC) – Remessa necessária – Desprovimento de rigor. Hipótese dos autos em que sequer aponta o autor qual ato lesivo objetiva anular – Inadequação da via eleita – Carência da ação por falta de interesse processual – R. sentença mantida – Remessa necessária desprovida." (AC nº 1005404-17.2020.8.26.0292, Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. em 12.11.2020).

"AÇÃO POPULAR – Obrigação de fazer – Pretensão voltada a compelir

Acesso ao Sumário

a Municipalidade de Ilhabela a regularizar o loteamento Perequê, bem como ao respectivo registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis – Inadequação da via eleita – A ação popular tem por fim a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público – Sentença extinta em razão da falta de interesse processual – Recurso não provido (AC nº 1000968-87.2019.8.26.0247; Relator: Reinaldo Miluzzi; j. em 5.10.2020).

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso mantendo a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0008192-43.2020.8.26.0026, da Comarca de Ourinhos, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado FERNANDO BATISTA LANICHE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: CONHECERAM e NEGARAM PROVIMENTO ao agravo interposto, mantida a r. decisão por seus próprios fundamentos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.048)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente sem voto), ALBERTO ANDERSON FILHO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 29 de abril de 2021.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal – Decisão que deferiu o pedido formulado pelo sentenciado para que o cálculo para progressão de regime seja elaborado observando-se o percentual de 40% para o crime hediondo – Pretensão do Ministério Público para que seja reformada a r. decisão, a fim de que não seja retificado o cálculo de penas – Lei 13.964/2019 que revogou o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 e estabeleceu o cumprimento de 60% da pena aos especificamente reincidentes em crime hediondo ou equiparado – Sentenciado que, apesar de reincidente, primeiro foi condenado por crime comum e, então, por delito equiparado a hediondo – Situação que não se amolda à nova legislação – Impossibilidade de interpretação extensiva e de integração da lacuna da lei penal com analogia *in malam partem* – Requisito objetivo do art. 112, inciso V, da Lei 7.210/84 que é mais benéfico e

Acesso ao Sumário

deve retroagir em socorro do apenado – Cálculo de penas que deve ser mantido – Negado provimento.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra a r. decisão de fls. 52/54, que deferiu o pedido formulado pelo sentenciado **FERNANDO BATISTA LANICHE**, para que o cálculo para progressão de regime seja elaborado observando-se o percentual de 40% para o crime hediondo.

Assevera o agravante, em síntese, que, no Código Penal, o conceito de reincidência está adstrito apenas à existência de condenação penal definitiva anterior no lapso de 5 anos, pouco importando a natureza dos crimes a serem verificados, e que os efeitos da reincidência específica se apresentam apenas de forma excepcional, quando expressamente estabelecidos pelo legislador, como aconteceu no art. 83, inc. V, e art. 44, § 3º, ambos do Código Penal.

Aduz, assim, que a nova redação do art. 112 da LEP, delineada pela Lei n. 13.964/19, não possui qualquer lacuna a ser suprimida, de modo que a fração prevista no inc. VII deve ser aplicada a qualquer recidiva, independentemente da especificidade do crime anterior.

Requer a reforma da r. decisão de primeiro grau, a fim de não seja retificado o cálculo de penas.

Contrariado o recurso (fls. 48/62) e mantida a decisão (fls. 64), manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça pelo provimento do agravo (fls. 76/83).

É o relatório.

O agravo não merece provimento.

Pelo que consta dos autos, o agravado foi condenado definitivamente pelo delito comum e, posteriormente, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Diante deste quadro, instalou-se a celeuma sobre qual o requisito objetivo para que obtenha a progressão de regime, já que não é primário e tampouco reincidente em crime hediondo.

Com efeito, a Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como *Pacote Anticrime*, dentre diversas disposições, alterou o regime jurídico de progressão carcerária, estabelecendo novos patamares de cumprimento de pena para a concessão da benesse executória.

Note-se que o assunto foi integralmente tratado pela nova legislação, do que restou revogado o regramento anterior sobre o tema, salvo nos casos em que ele for mais benéfico ao sentenciado.

E, no caso dos autos, a exigência de 3/5 (três quintos) para a progressão

Acesso ao Sumário

carcerária aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, já reincidentes, é descabida por sua revogação expressa e por ser prejudicial ao agravado.

Prejudicial, seja pelo lapso exigido pela progressão carcerária, seja por sua redação, que o exigia a todo e qualquer sentenciado reincidente que tivesse sido condenado por delito elencado na Lei 8.072/90.

De outro lado, a nova redação dada ao art. 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal passou a exigir o cumprimento de 60% (sessenta por cento) da pena, equivalente matemático aos 3/5 (três quintos) anteriormente estabelecidos, apenas com relação aos que forem reincidentes "***na prática** de crime hediondo ou equiparado*" (grifos nossos).

Ou seja, pela leitura restritiva do dispositivo, como deve ser por toda a principiologia do Direito Penal, o percentual de 60% (sessenta por cento) deve ser resgatado por aqueles que não são estreantes na prática de crimes hediondos ou equiparados.

Contudo, a situação do agravado não é esta. Apesar de reincidente, sua reincidência não se operou pela reiteração de crime hediondo ou equiparado. Ele, na verdade, foi primeiro condenado por crime comum e, após, por delito equiparado a hediondo.

E esta hipótese não está prevista especificamente na legislação, pelo que, em havendo lacuna legal, deve ser aplicado o requisito objetivo mais benéfico ao agravado – 40% (quarenta por cento) –, ainda que ele não seja primário, para que não se opere analogia *in malam partem*, com ampliação indevida de lei penal mais gravosa.

Sob este prisma, a Lei 13.694/2019 torna-se mais benéfica ao agravado e a ele deve ser aplicada, para que seja exigido o requisito objetivo do art. 112, inciso V, da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).
>
> [...] V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Destarte, escorreita a r. decisão proferida pelo d. Juízo *a quo*, devendo ser mantida por seus próprio e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, por meu voto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interposto, mantida a r. decisão por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000998-28.2021.8.26.0520, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante DALMIR FRANCO MARCHON, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.093)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 4 de maio de 2021.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal – Pleito de remição por estudo – Impossibilidade – Não preenchimento dos pressupostos legais para a concessão do benefício – Ausência de certificação por autoridade educacional competente – Manutenção da r. deliberação – Agravo desprovido com determinação.

VOTO

Cuida-se de agravo em execução penal interposto contra a r. decisão de fls. 110/111, que indeferiu pleito de reconhecimento de remição por estudo, sob o fundamento de o certificado apresentado não preencher os requisitos previstos pelo disposto no art. 126, §§ 1º e 2º da Lei n. 7.210/84.

Irresignado, recorre o sentenciado para, em resumo, alegar que teria realizado o curso a distância, fazendo jus à remição de 5 (cinco) dias de pena (fls. 1/7).

Nos autos estão a resposta do agravado (fls. 115/119), o despacho que confirmou a r. decisão (fl. 120) e o r. parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, este pelo desprovimento do recurso (fls. 126/129).

Voto n. 52.093

Respeitosamente, nego provimento ao recurso e justifico.

O agravante, cf. docs. juntados, realizou os cursos descritos nos certificados de fls. 83/87 e 94.

Com a certificação em mãos, o reeducando postulou junto à MM. Juíza,

Acesso ao Sumário

na origem, a remição de sua reprimenda, o que restou indeferido sob o fundamento de que, 'verbis': "(...) os cursos que o sentenciado alega ter realizado eram à distância e sem integração ao projeto político-pedagógico da unidade prisional nos termos da Recomendação nº 44/2013, portanto, sem acompanhamento ou supervisão do estabelecimento penitenciário, conforme parecer de págs. 282/285 (...)" (fl. 110) (*verbis*).

O art. 126 da Lei de Execução Penal, dispõe que:

"Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º - A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

(...)

§ 2º - As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados" (*verbis*).

De se destacar que não se está em discussão a validade da realização de cursos à distância, pois há expressa previsão na Lei, tampouco a idoneidade das instituições que ofereceram os cursos realizados pelo agravante.

O cerne do embate está no preenchimento dos pressupostos legais para o reconhecimento do direito à remição da pena pelo estudo, especialmente no tocante à exigência legal de que as atividades deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

Na hipótese, com todo o respeito, mas os certificados apresentados não preenchem a exigência acima destacada, na medida em que os referentes aos cursos realizados no SENAI estão assinados apenas pelo Gerente de Educação, Sr. João Ricardo Santa Rosa, e o realizado no Centro Paula Souza é subscrito pelo Coordenador de Empreendedorismo, Renda e Trabalho, Sr. Ademar Bueno, e pela Coordenadora Técnica, Sra. Clara Magalhães.

Neste sentido, inclusive, já decidiu esta E. 2ª Câm. de Direito Criminal, no julgamento do Agravo de Execução Penal n. 0009451-73.2020.8.26.0996, rel. Des. AMARO THOMÉ, J. 2.12.2020, 'verbis': "AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO DE PENA – ESTUDO À DISTÂNCIA – AUSÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO POR AUTORIDADE EDUCACIONAL COMPETENTE. INSTITUIÇÃO DE ENSINO INFORMAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO".

Acesso ao Sumário

Em suma, para o reconhecimento da remição pelo estudo, mostra-se necessário o preenchimento dos requisitos estabelecidos pela Lei de Execução Penal, a fim de manter-se um mínimo controle sobre os atos praticados pelos sentenciados, evitando-se, destarte, perpetração de fraudes e concessões de benesses a sentenciados que a elas não façam jus.

Meu voto, pois, nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000500-56.2021.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante OLÍVIO CESAR RIBEIRO DOS SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso para, cassando a r. decisão de fls. 34/35, outorgar o livramento condicional ao reeducando Olívio Cesar Ribeiro dos Santos, devendo o douto Magistrado das Execuções Criminais estabelecer as condições a serem impostas para o seu cumprimento. Consideraram, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.331)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente) e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 5 de maio de 2021.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo em Execução – Livramento condicional – Indeferimento – Recurso objetivando a concessão do benefício – Admissibilidade – Necessidade prévia de vivenciar o regime intermediário e gravidade abstrata do crime constituem argumentos inidôneos e, portanto, não aptos a fundamentar a decisão indeferitória – Exigências vulneradoras dos princípios da legalidade e da separação dos poderes – Ausência de faltas disciplinares nos últimos doze meses – Inteligência do artigo 83, inciso III, alíneas "a" e "b" do Código Penal (redação dada pela Lei nº 13.964/2019)

– Registro de atividade de trabalho – Requisito subjetivo preenchido – Decisão de primeira instância incompatível com o princípio constitucional da individualização da pena. Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de Agravo em Execução interposto por **Olívio Cesar Ribeiro dos Santos**, nos autos da Execução Penal nº 0005024-45.2016.8.26.0520, contra a r. decisão que indeferiu o pedido de livramento condicional (fls. 34/35).

Irresignado recorre. Alegando estarem preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo, pugna pela concessão do benefício.

Processado e contra-arrazoado o recurso, o MM. Juiz *a quo* manteve a r. decisão impugnada e a d. Procuradoria Geral da Justiça manifestou-se no mesmo sentido.

É o relatório.

2. O agravo comporta provimento.

De proêmio, cumpre registrar que o agravante vê-se constrangido legalmente ao cumprimento da pena de 08 anos e 02 meses de reclusão, decorrente de condenação por crime de tráfico de entorpecentes, com término previsto para 12.04.2023 (fls. 21/22).

Não se discutiu, na espécie, o requisito objetivo, uma vez que a decisão do eminente Juiz *a quo* indeferiu o pedido de livramento condicional pela ausência de requisito subjetivo, vale dizer, por conta da necessidade prévia de vivenciar o regime intermediário e da gravidade abstrata do crime, asseverando presente o requisito por primeiro mencionado (fls. 34/35).

Nesse passo, impende registrar que não há previsão legal expressa no sentido de ser imprescindível ao agravante vivenciar o regime intermediário, antes de eventual concessão de livramento condicional. E, se o legislador não impôs tal condição para a outorga do benefício perseguido, não é dado ao juiz fazê-lo. E, se o juiz assim o faz, está a vulnerar os princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Outrossim, a gravidade abstrata da conduta praticada pelo agravante já foi considerada pelo legislador ordinário ao estabelecer as penas cominadas aos delitos e pelo juiz da condenação ao fixá-las adequadamente ao caso concreto.

Portanto, adotar tal argumentação como razão de decidir constitui verdadeiro e inadmissível *bis in idem*, máxime por ostentar nova valoração de modelos de condutas para os quais o legislador já estabeleceu o controle social extremo consistente na criação da norma jurídico-penal e o juiz já fixou a dosagem adequada da reprimenda em face do caso concreto.

Acesso ao Sumário

E mais, abraçar o argumento da gravidade delitiva *in abstrato* é dizer, ainda que por outras palavras, que o agravante tão cedo não terá direito ao livramento condicional; é admitir que o juiz possa ter um critério próprio, arbitrário e subjetivo, apesar dos requisitos definidos, às expressas, pelo legislador no artigo 83 do Código Penal; é aceder à possibilidade de o magistrado, a pretexto de interpretar a lei, instruir requisitos outros como que a construir nova norma jurídico-legal, destituída da necessária validade – na exata concepção kelseniana[1] –, porque ao arrepio dos princípios da separação dos poderes e da legalidade e, pois, em desconformidade com a Constituição.

Por outro lado, o fato de o reeducando ter longa pena a cumprir é circunstância que, por si só, não constitui óbice à pretensão por ele manifestada, sob pena de afronta ao sistema progressivo estabelecido na Lei de Execução Penal e ao princípio constitucional da individualização da pena.

Aliás, a questão da 'longa pena' resolve-se segundo o critério da proporcionalidade. Sim, na medida em que se a reprimenda é longa, reclama o cumprimento de lapso temporal igualmente longo. Isso mostra que o argumento obstativo do órgão ministerial afigura-se falacioso. Portanto, descontada a quantidade de pena legalmente exigida, a satisfação do requisito objetivo é inconteste, não havendo por que confundi-lo com o subjetivo.

Nesse sentido, pronunciou-se sabiamente o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> ***"... O simples fato de ter o paciente praticado falta grave durante o curso da execução, há mais de treze anos, bem como a longa duração de sua reprimenda, são argumentos inviáveis para indeferir seu pedido de progressão de regime, sob pena de afronta ao sistema progressivo estabelecido na Lei de Execução Penal. O pleito de progressão pode ser indeferido ante a constatação de que o apenado não se encontra apto a suportar as responsabilidades do regime menos severo, o que deve ser comprovado por meio de elementos concretos, mas não abstratos".***[2]

De outra banda, verifica-se que o agravante registra um quadro comportamental desejável, no âmbito do sistema prisional. Isto porque, embora recolhido no cárcere há mais de 05 anos, em ambiente no mais das vezes altamente criminógeno, ele ostenta boa conduta carcerária, atestada pelos diretores do estabelecimento prisional (fls. 26), não registra falta disciplinar nos últimos doze meses e exerceu atividades de trabalho (fls. 27/31), além de não haver indícios de envolvimento com facções criminosas, a indicar que vem absorvendo e assimilando a terapêutica penal.

Acesso ao Sumário

1 - Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, Coimbra, Armênio Amado Editor, 4ª edição, 1976, p. 267 e segs.; Teoria Geral do Direito e do Estado, São Paulo, Editora Martins Fontes, 4ª edição, 2005, p. 161 e segs.

2 - HC 85286/SP – Ministra Jane Silva – Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma – Data Julg.: 08/11/2007.

Desse modo, satisfaz os requisitos para a concessão do benefício, tais como os preconizados pelo artigo 83, inciso III, alíneas "a" e "b", do Código Penal (redação dada pela Lei nº 13.964/2019), *in verbis*:

> ***"Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:***
>
> ***.....***
>
> ***III – comprovado:***
>
> ***a) bom comportamento durante a execução da pena;***
>
> ***b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;*** (g.n.)

Convém ressaltar, ainda, que o livramento condicional constitui estágio caracterizado, na atualidade, por não desprezível índice de abandono e recidiva, o que recomenda que não se despreze segura avaliação de cunho subjetivo, com vistas a apontar o mérito ou demérito do candidato ao benefício.

Contudo, o argumento referente à ausência de requisito subjetivo se mostra ilegítimo, na espécie, na medida em que se desconsidere a inexistência de infrações disciplinares graves nos últimos doze meses, a denotar a presença de elementos indicativos de senso de responsabilidade e da assimilação da terapêutica penal pelo agravante.

Destarte, em sendo esse o quadro protagonizado pelo agravante, forçoso concluir que a solução apresentada na r. decisão hostilizada afigura-se de todo irrazoável e incompatível com o princípio da individualização da pena, pelo que exsurge necessário o provimento do recurso.

3. Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso** para, cassando a r. decisão de fls. 34/35, outorgar o livramento condicional ao reeducando **Olívio Cesar Ribeiro dos Santos**, devendo o douto Magistrado das Execuções Criminais estabelecer as condições a serem impostas para o seu cumprimento. Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000617-94.2021.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado RICHARD CORREIA MOTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: De-

ram provimento ao recurso para constar o cumprimento de 60% (sessenta por cento) da pena para fins de progressão, nos termos do artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19. Comunique-se de imediato o Juízo de Origem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.912)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 6 de maio de 2021.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Agravo em execução. Cálculo de Pena. Agravado reincidente. Necessidade do cumprimento de 60% da pena para fins de progressão de regime. Artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal. Reconhecimento da inconstitucionalidade de artigo de lei. Impossibilidade. Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal. Provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de ***agravo em execução*** interposto pelo Ministério Público contra a decisão de fls.20/23 que, em favor do Executado-Condenado, determinou a retificação do cálculo de pena para constar a fração de 40% (quarenta por cento) para fins de progressão, pretendendo a reforma da decisão, com imposição do lapso de 3/5 (três quintos), uma vez que o Agravado é reincidente, "*com ou sem a declaração incidente de inconstitucionalidade do artigo 19 da Lei nº 13.964/19*" (fls.01/10). Vieram documentos.

Recebido o recurso, o Executado-Condenado, em contraminuta, manifestou-se por seu não provimento (fls.33/40).

Mantida a decisão (fls.41), o parecer da Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento do recurso (fls.46/53).

É o relatório.

Convincente o recurso.

A decisão combatida determinou a retificação do cálculo de pena, considerando que "*ainda que não haja atualmente entendimento uníssono nas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, este Juízo Executório reputa ser imprescindível curvar-se à jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, evitando-se, assim, insegurança jurídica e violação ao princípio constitucional da isonomia*" (fls.22, últimas linhas, e fls.23, primeiras linhas).

Esse entendimento não é cabível, até porque, como se verá, é majoritário

Acesso ao Sumário

nesta Corte o posicionamento aqui adotado.

A alteração do artigo 112 da Lei de Execução Penal, dada pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, instituiu diversas frações para a progressão de regimes e, de fato, incorreu em lacuna em relação aos sentenciados que, embora reincidentes, ostentam condenações por crime comum e crime hediondo, ou por crime cometido sem violência/grave ameaça e crime praticado com violência/grave ameaça, possibilitando discussões e interpretações diversas.

Deve-se considerar, porém, que: ***1.*** o chamado "*Pacote Anticrime*" do qual a Lei n° 13.964/19 faz parte, foi editado com o objetivo de combater com maior rigor a criminalidade, em especial os crimes violentos, hediondos e equiparados, de corrupção, ou praticados por organizações criminosas; ***2.*** a reincidência, seja ela genérica ou específica, exige o cumprimento de maior lapso temporal da pena para obtenção de progressão de regime, e logicamente não pode ter o mesmo tratamento que o sentenciado primário; ***3.*** assim, partindo da premissa de que a nova Lei visou à potencialização da persecução penal com o recrudescimento da repressão, bem como que o legislador não distinguiu reincidência comum ou específica, impondo, assim, uma interpretação teleológica, conclui-se que o percentual de 60% é o que deve ser exigido em qualquer hipótese de reincidência, exceto aquelas taxativamente especificadas (incisos II, IV e VIII do artigo 112); ***4.*** o inciso V do referido artigo não é aplicável ao Agravado, como constou na decisão combatida, uma vez que prevê, para eventual progressão de regime, o cumprimento mínimo de 40% da pena, "*se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for* ***primário***" (sem grifo no original); ***5.*** em outras palavras, o percentual de 40%, previsto no inciso V do artigo 112 da Lei de Execução Penal, é aplicável **estritamente** ao sentenciado **primário** – o que definitivamente não é o caso do Agravado.

Assim, considerando tratar-se de agente reincidente, ainda que não seja reincidente específico em crime hediondo ou equiparado, correta é a exigência do cumprimento de 60% da pena para eventual progressão de regime.

Este é o posicionamento adotado por esta Câmara: ***1.*** Agravo em Execução nº 0013235-85.2020.8.26.0502, Rel. Des. Farto Salles, j. em 15.01.2021: "AGRAVO EM EXECUÇÃO. Recurso interposto diante do indeferimento do pedido de retificação de cálculo de penas, mantendo-se o interstício temporal de 3/5 para obtenção da progressão de regime. Sentenciado reincidente que cumpre pena pela prática de crime equiparado a hediondo. Inteligência do artigo 112, inciso VII, da LEP. Dispositivo legal que NÃO exige a recidiva específica para observância da maior fração. Agravo improvido"; ***2.*** Agravo em Execução nº 0003479-92.2020, Rel. Des. Eduardo Abdalla, j. em 18.01.2021: "AGRAVO EM EXECUÇÃO. Recurso defensivo. Pretendida retificação do cálculo de pena para constar 40% (2/5) como lapso temporal para progressão de regime. Impossibilidade. Agravante reincidente. Inteligência da LEP, art. 127,

Acesso ao Sumário

VII. Inexigibilidade de reincidência específica. IMPROVIMENTO"; ***3.*** Agravo em Execução nº 0006331-22.2020.8.26.0026, Rel. Des. Ricardo Tucunduva, j. em 18.01.2021: "O recorrente - repito - diz que fará jus à almejada progressão após o cumprimento de apenas 40% do castigo, nos termos do referido inciso V. Todavia, a redação deste dispositivo é de clareza solar, no sentido de que essa fração só é aplicável a sentenciado primário, o que não é o caso de THIAGO, que, como já se disse, é reincidente. Diante disso, merece prevalecer a decisão que determinou o cumprimento de 60% do castigo, antes de o condenado poder pleitear a progressão de regime prisional"; ***4.*** Agravo em Execução nº 0008297-65.2020.8.26.0496, Rel. Des. Lauro Mens de Mello, j. em 19.01.2021: **"**AGRAVO EM EXECUÇÃO – aplicação analógica de 40% reservada aos indivíduos primários – condenação posterior por crime comum – irrelevância – lei não faz distinção entre a reincidência comum ou específica – novel redação do artigo 112, inciso VII, da LEP, apesar de sofrível, contempla os mesmos casos do revogado artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 – interpretação do magistrado *a quo* que fere o princípio da continuação normativo-típica e individualização das penas, visto que a reincidência sempre agrava na segunda e terceira fase – ofensa ao princípio da isonomia, visto que para alguns exigir-se-ia a reincidência simples e para outros a específica, sem texto expresso em lei, que se exige para tal diferenciação – ofensa ao princípio da proporcionalidade – crimes mais leves não exigiriam reincidência específica e hediondos e equiparados sim – uso da interpretação *reductio ad absurdum* e sistemática – inexistência de analogia *in malam partem*, que não existe lacuna e não se adota norma análoga – caso de interpretação do art. 112 da LEP – interpretação *in claris cessat interpretatio* superada – desarmonia com o restante do art. 112 da LEP – dado provimento ao recurso ministerial"; ***5.*** Agravo em Execução nº 0008715-03.2020.8.26.0496, Rel. Des. Machado de Andrade, j. em 14.01.2021: "Desta feita, sabemos que o revogado § 2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 estabelecia o percentual de 3/5 para progressão no caso em que o condenado por crime hediondo ou equiparado fosse reincidente e a jurisprudência se firmou de forma pacífica no sentido de que a reincidência não precisava ser específica para ensejar a aplicação do aludido percentual. Nessa esteira, a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), ao contrário do que sustenta a Defesa, não mudou essa orientação. Assim, não há qualquer exigência de que o sentenciado seja reincidente específico para que a fração aplicada seja de 60%. Nesse sentido, os percentuais estabelecidos nos incisos IV, VII e VIII, do artigo 112, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) não se baseiam na reincidência específica, mas somente na reincidência. Assim, pouco importa se o sentenciado é reincidente específico ou não, eis que, sempre que quis se referir ao reincidente específico, o legislador o fez de forma expressa, já que ele não usa palavras vãs"; ***6.*** Agravo em Execução nº 0008853-67.2020.8.26.0496, Rel. Des. Marcos Correa, j. em 12.01.2021: "AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – Progressão de regime – Réu reincidente – Lapso temporal de 3/5 ou 60% – Aplicação – Hipótese – Artigo 112, inciso VII, da LEP – Redação dada pela Lei º 13.964/2019

Acesso ao Sumário

(pacote anticrime) que não faz distinção entre reincidência comum ou específica. AGRAVO MINISTERIAL PROVIDO".

Nesse sentido também já decidiu esta Corte: ***1.*** Agravo em Execução nº 0003209- 98.2020.8.26.0026, Rel. Des. Otávio de Almeida, 16ª Câm. Crim., j. em 04.08.2020: "Execução penal. Progressão ao regime semiaberto. Sentenciado reincidente. Alegação da defesa de que a exigência do desconto de 60% (3/5) da pena, a partir da edição da Lei 13.964/2019, aplica-se apenas aos reincidentes específicos. Improcedência. Pacote Anticrime editado com o objetivo de reprimir de forma mais severa os autores de delitos praticados por organizações criminosas, com emprego de violência, os hediondos e a eles equiparados, dando tratamento diferenciado à hipótese de reincidência. Interpretação teleológica. Desejo do legislador que deve ser observado pelo aplicador do Direito. Impossibilidade de ser admitida a exigência do resgate de 3/5 (atualmente 60%) apenas para os reincidentes específicos. Manutenção do cálculo apresentado, que considerou o desconto de 3/5 para a progressão do sentenciado reincidente, ainda que não específico em crime hediondo. Decisão mantida. Agravo não provido"; ***2.*** Agravo em Execução nº 0000970-28.2020.8.26.0154, Rel. Des. Silmar Fernandes, 9ª Câm. Crim., j. em 13.05.2020: "Registro que a Lei nº 8.072/1990, em seu artigo 2º, §2º, prescreve que *"A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o* ***cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente****, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)"* (sem destaques no original) sendo imperioso destacar que o tráfico de drogas consta no rol dos delitos previstos no *caput* do retro mencionado artigo, não havendo qualquer distinção quanto a eventual reincidência específica. Ademais, não há exclusão do crime de tráfico ilícito de drogas **com a incidência da causa de redução de pena** prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. De qualquer forma, independentemente de ser a reincidência específica ou não, não há falar em correção do cálculo para o percentual de 2/5 (40%), como pretende a defesa. [...] Vale lembrar que a Lei 13.964/2019 sequer faz menção ao termo reincidente específico, de modo que, se o legislador não fez tal distinção, não cabe ao julgador fazê-lo. E mais, a Lei das Execuções Penais, quando quis distinguir a reincidência específica, a mencionou de forma expressa"; ***3.*** Agravo em Execução nº 0003841-94.2020.8.26.0521, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, 16ª Câm. Crim., j. em 01.09.2020: "Agravo em execução. Pedido de reforma da decisão que homologou cálculo de progressão de regime, exigindo o resgate de 60% da reprimenda. Inviabilidade. A aplicação da parcela de 40% demanda o preenchimento de duplo requisito pelo sentenciado, exigindo-se, expressamente, que seja primário e autor de delito hediondo. Agravante que, no entanto, ostenta mais de uma condenação, sendo considerado reincidente (pouco importando se específico ou não) e, como tal, deixa de atender aos requisitos cumulativos estipulados, implicando o resgate de 60% da pena. Precedentes deste E. Tribunal. Decisão escorreita. Improvido".

Acesso ao Sumário

Por fim, registre-se que a discussão quanto à inconstitucionalidade de determinado artigo de lei não tem cabimento aqui, em sede de Agravo de Execução.

A declaração de inconstitucionalidade em caráter incidental por esta Câmara violaria a cláusula de reserva de plenário, assegurada no artigo 97 da Constituição Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para constar o cumprimento de 60% (sessenta por cento) da pena para fins de progressão, nos termos do artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei n° 13.964/19.

Comunique-se de imediato o Juízo de Origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000599-26.2021.8.26.0026, da Comarca de Bauru, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado CRISTIAN ALEXIS ZAMBRANO PACHECO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.691)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 14 de maio de 2021.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Fração para progressão. Sentenciado reincidente não específico em crime de natureza hedionda ou equiparada. Diante da lacuna promovida pela Lei nº 13.964/19, deve ser aplicada fração mais benéfica ao reeducando. Recurso ministerial desprovido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo em execução interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, inconformado com a decisão de fls. 36/38, que considerou o agravado reincidente não específico em crime hediondo, aplicando-lhe, para a progressão de regime, a fração de 40% para o delito hediondo.

Sustenta o agravante, em síntese, ser irrelevante a condenação anterior, bastando o reconhecimento da reincidência quando da prática do crime hediondo. Sustenta que as reformas trazidas pela Lei 13.964/19 não se referem à reincidência específica (posto que não a mencionam expressamente). Afirma que interpretação gramatical, sistemática e teleológica da alteração legislativa caminha para o mesmo sentido. Prequestiona dispositivos específicos e busca, ao término, "a elaboração de cálculo de progressão de regime com a fração de 3/5 (três quintos) da pena aos delitos cometidos antes de 23.01.2020/com o percentual de 60% da pena aos delitos cometidos a partir de 23.01.2020" (fls. 01/26).

Contraminuta a fls. 56/62. Mantida a r. decisão agravada (fls. 64), por seu provimento foi o parecer ministerial (fls. 80/90).

É o relatório.

Inicialmente, é pertinente aclarar que é inconteste a reincidência no caso concreto, versando o recurso tão somente sobre ser essa específica, ou não, e bastante para a aplicação da mais severa fração para progressão.

Firmada essa premissa, e evidentemente respeitado o hábil entendimento trazido pelo Ministério Público (em minuta e em parecer), é caso de desprovimento do recurso.

A hipótese presente toca a recente alteração legislativa que modificou os prazos necessários à progressão. Quanto a esse ponto, após reflexão, decidi alterar o entendimento que vinha adotando, pelas razões a seguir expostas.

É notório que a Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida popularmente como "Pacote Anticrime", foi publicada com o fito de recrudescer a legislação penal e processual penal, com vistas à coibição da prática de ilícitos penais.

Não obstante, por falta de traquejo legislativo ou, talvez, por desatenção, fato que o novel texto normativo trouxe, na verdade, situação mais benéfica a sentenciados.

Com efeito, até o advento da lei supracitada, a progressão de regime de pena para condenados pela prática de crimes hediondos era regulada pelo § 2º, do artigo 2º, da Lei Federal nº 8.072/90, que dispunha:

> Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (Vide Súmula Vinculante) (...)
>
> § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes

Acesso ao Sumário

previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). (Redação dada pela Lei nº 13.769, de 2018).

Ou seja, o requisito objetivo para progressão de regime dos condenados pela prática de crimes hediondos variava de 40% a 60% da pena cumprida, a depender se primário ou reincidente. Contudo, com o advento da Lei Federal nº 13.964/19, o dispositivo supramencionado foi revogado.

Assim, o requisito objetivo para progressão passou a ser regulado pelo artigo 112, da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19, *ex vi*:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão

Note-se que o inciso VII, que exige o cumprimento de 60% da pena para

Acesso ao Sumário

progressão, refere-se aos reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado. Ou seja, cuida daqueles casos de reincidentes específicos. Por descuido do legislador ou por falta de técnica legislativa, não há no dispositivo em comento hipótese que abarque o condenado pela prática de crime hediondo que não seja reincidente específico, sendo inviável o exercício de malabarismo hermenêutico com o intuito de prejudicar o sentenciado.

In casu, **Cristian** ostentava condenação pela prática do crime de roubo, sobrevindo condenação posterior pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (feito de número 1517746-35.2019.8.26.0228 – fls. 27).

Ou seja, trata-se de reincidente não específico em crime de natureza hedionda ou equiparada, razão pela qual deve ser aplicada a fração de 40% para progressão.

Assim ensina Renato Brasileiro de Lima[1]:

> "(...) quando ainda em vigor o § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, o indivíduo condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado que fosse reincidente era obrigado a cumprir 3/5 (três quintos) da pena para fins de progressão de regimes. Como a lei, à época, falava apenas em reincidência, sem fazer qualquer ressalva quanto à espécie genérica ou específica, era dominante o entendimento de que seu regramento era válido para ambas as hipóteses. Em sentido diverso, o inciso VII do artigo 112 da LEP, com redação determinada pelo Pacote Anticrime, é categórico ao apontar o patamar de 60% (sessenta por cento) para o apenado reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado. Como se pode notar, trata-se de reincidência específica em crimes dessa natureza, não necessariamente no mesmo delito, porém (v.g., estupro e estupro de vulnerável; homicídio qualificado e terrorismo, etc.). Logo, na hipótese de se tratar de apenado já condenado irrecorrivelmente por um crime qualquer (v.g., furto qualificado) que vier a cometer novo delito, desta vez hediondo ou equiparado, não se revela possível a aplicação do inciso VII do art. 112, devendo ser aplicado, à semelhança do raciocínio anteriormente feito em relação ao inciso IV do art. 112, o patamar previsto no inciso V, qual seja, 40% (quarenta por cento)".

Nesse sentido, o eminente Desembargador Francisco Orlando:

"Embora o dispositivo seja claro no sentido de exigir maior tempo de cumprimento de pena do reincidente específico em crime hediondo ou equiparado, deixou de prever qual fração o condenado por crime hediondo ou equiparado deve cumprir para fins de progressão quando reincidente não específico.

1 LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime Comentários à Lei 13.964/19 artigo por artigo. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

Acesso ao Sumário

Aplicar a fração de 3/5 (ou 60%) para o reincidente não específico em crime hediondo ou equiparado ao argumento de que essa é a intenção do legislador (que estranhamente deixou de prever a hipótese) resulta em interpretação extensiva aditiva, analógica, o que é expressamente vedado em Direito Penal, e que em última análise implicaria em violação aos princípios da estrita legalidade e da taxatividade.

Embora o artigo 19, da Lei nº 13.964/2019, tenha revogado expressamente o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, a nova lei não reproduziu a redação do dispositivo revogado.

Seja por falta de técnica, seja por omissão, não se pode interpretar a lei para preencher lacuna em prejuízo do réu. Creio que até que o legislador supra a falha o réu reincidente condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se reincidente não específico, deve progredir com o resgate de 40% da pena.

É claro que se acaba por conferir tratamento mais brando ao reincidente não específico, com certo grau de quebra do sistema e da própria "mens legis", considerando que o denominado Pacote Anticrime foi editado para recrudescer a legislação, mas é o que ocorre com instrumentos legais editados às pressas, como o foi a Lei nº 13.964/2019.

Dessa forma, ainda que a conclusão de que o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, quando reincidente não específico deve cumprir 40% (ou 2/5) da pena para fins de progressão, acarrete quebra parcial do sistema e gere certa incoerência sistêmica, tais consequências devem ceder diante da necessidade de se observar o princípio constitucional da legalidade e as garantias constitucionais do réu na execução da pena, em especial a incidência da lei mais favorável, ainda que essa consequência decorra de omissão do legislador.

Conforme já me pronunciei em outras oportunidades, instrumentos normativos feitos às pressas acabam mesmo contendo imprecisões; aliás, a legislação pátria é repleta de exemplos. Mas não se pode permitir que o atabalhoamento do legislador acabe por permitir que a aplicação da lei subverta os princípios constitucionais".

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0009293-45.2020.8.26.0502; Relator (a): Francisco Orlando; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Campinas/DEECRIM UR4 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 4ª RAJ; Data do Julgamento: 04/10/2020; Data de Registro: 04/10/2020).

Por fim, também nesse sentido se manifestou o e. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. APENADO CONDENADO POR CRI-

Acesso ao Sumário

ME HEDIONDO E REINCIDENTE EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR POR DELITO COMUM. EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 13.964/2019. OMISSÃO LEGISLATIVA. ANALOGIA *IN BONAM PARTEM*. INCIDÊNCIA DO INCISO V DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. APLICÁVEL O PERCENTUAL DE 40% (QUARENTA POR CENTO), QUE CORRESPONDE À FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS). PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, a situação do Apenado – condenado pela prática de crime hediondo e reincidente em decorrência de crime comum – não encontra previsão específica na nova lei, razão porque, diante da lacuna legislativa, deverá o julgador integrar a norma, resolvendo a controvérsia de maneira mais favorável ao Sentenciado, isto é, aplicando o percentual previsto para o Réu primário.

2. Não há como se aplicar a fração de 3/5 (três quintos), correspondente a 60% (sessenta por cento), para a progressão de regime do Agravado, tendo em vista que, de acordo com a literalidade do inciso VII do art. 112 da Lei de Execução Penal, tal fração somente é aplicável a agentes que sejam reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado, o que não corresponde à situação dos autos.

3. O Apenado alcançará o lapso temporal para a progressão de regime quando houver cumprido ao menos 40% (quarenta por cento) da reprimenda, segundo o disposto no art. 112, inciso V, da Lei n. 7.210/1984 (redação da Lei n. 13.964/2019).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1903942/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 22/02/2021).

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000089-65.2021.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUIZ AUGUSTO COSTA DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.710).**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLÁUDIO MARQUES (Presidente), GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI e POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 17 de maio de 2021.

CLÁUDIO MARQUES, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Inclusão do apenado no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), por 360 dias – Preliminar de inconstitucionalidade – Não acolhimento – Ausência de demonstração de sua participação – Não constatada – Redução do lapso para 90 dias – Impossibilidade – Necessidade, porém, de diminuição do prazo fixado – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de Agravo em Execução interposto por Luiz Augusto Costa da Silva contra a r. decisão a qual o incluiu no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, com amparo no art. 53, inciso V, da Lei nº 7.210/84.

Em suas razões, o apenado alegou, preliminarmente, a inconstitucionalidade da medida, aduzindo que o RDD não poderia ser aplicado, eis que seu "modus operandi" ensejaria a caracterização de pena cruel, desumana e degradante, de forma a ultrapassar as possibilidades punitivas estatais. No mérito, sustentou a ausência de provas que comprovassem a sua participação efetiva no tocante à infração disciplinar cometida. Subsidiariamente, postulou pela fixação do RDD por período inferior a 90 dias, incluindo o período em que teria permanecido em isolamento preventivo, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Apresentada contraminuta ao recurso (fls. 305/309) e mantida a decisão pelo juízo *a quo*, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo seu não provimento (fls. 316/319).

É o relatório.

Insurge-se o sentenciado Luiz Augusto Costa da Silva contra a r. decisão que o incluiu no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), pelo prazo de 360 dias, nos termos do art. 53, inciso V, da Lei nº 7.210/84.

De início, afasta-se a preliminar arguida, eis que não há se falar em in-

Acesso ao Sumário

constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.

A Lei nº 10.792/03 alterou a redação do art. 52 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) e instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, o qual se trata de uma modalidade de sanção disciplinar, aplicável tanto ao condenado como ao preso provisório, desde que estes apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, §1º da LEP) ou sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, §2º da LEP).

Portanto, não se trata de um novo regime de cumprimento de pena em acréscimo aos já existentes (regimes fechado, semiaberto e aberto), nem tampouco uma nova modalidade de prisão provisória.

A despeito do referido regime ser caracterizado pelo maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, não importa em violação do princípio da dignidade da pessoa humana, (art. 1º, III, da CF), à proibição da submissão à tortura, a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, da CF), pois a incomunicabilidade não é absoluta.

Sobre a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, verifica-se que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Ação de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0103105-76.2012 rechaçou a alegação de inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 7.210/84:

> "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 52 DA LEI N° 7.210/84 – REDAÇÃO DADA PELA LEI N° 10.792/2003 – CRIAÇÃO DO 'REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO' – TRATAMENTO MAIS RIGOROSO E DIFERENCIADO AOS PRESOS OUE PRATICAM FALTAS GRAVES QUE CAUSAM SUBVERSÃO À ORDEM E DISCIPLINA DO PRESÍDIO – NECESSIDADE DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA AMEAÇADA DENTRO E FORA DO ESTABELECIMENTO PENAL – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA – PRECEDENTES DA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – IMPROCEDÊNCIA". (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0103105-76.2012.8.26.0000, São Paulo, rel. Elliot Akel, j. 25/07/2012).

No mérito, o pleito do agravante não merece abrigo.

Dos documentos que instruem o presente feito, verifica-se que, na data de 13 de julho de 2020, na Penitenciária de Mairinque, em concurso com outros presos, iniciou-se um motim, ocasião em que houve ameaça e tomada de um funcionário como refém, promovendo-se subversão da ordem e disciplina internas, nos termos do art. 52, "caput" e §1º, da Lei nº 7.210/84.

Com efeito, a despeito das alegações da Defesa, a participação do apenado, ora agravante, nos fatos resulta evidente, consoante a sua confissão, na

Acesso ao Sumário

presença da autoridade administrativa e do advogado da FUNAP, oportunidade em que asseverou que integrou a facção "PCC" e que iria manter o guarda refém até a sua transferência (fls. 167/168).

Referida admissão do agravante foi corroborada pelo teor dos depoimentos fornecidos pelos agentes de segurança, os quais confirmaram os fatos narrados na sindicância e mencionaram que ele aderiu ao movimento de subversão à ordem, pois ia de cela em cela retirando os colchões e os deixavam na radial, enquanto enrolavam o agente feito de refém com o intuito de atear fogo; o agravante se apresentou como liderança do PCC.

Como se sabe, as declarações dos agentes de segurança possuem fé pública conferida pela função exercida, o que favorece a apreciação de suas oitivas como especial elemento de convicção, principalmente na hipótese de terem sido uníssonas na pormenorizada descrição do ocorrido, tal como ocorreu no presente caso.

Ademais, o arcabouço oral coligido aos autos resultou corroborado pelo laudo pericial realizado (fls. 176), bem como pelas imagens de segurança da unidade.

Logo, suficientemente comprovado o reconhecimento da infração disciplinar praticada pelo sentenciado, estando presentes os requisitos legais para a sua inclusão no regime disciplinar diferenciado, preconizados pelo artigo 52 da Lei de Execução Penal.

Por fim, a Defesa pugna pela redução da sanção disciplinar para 90 dias.

Ora, tem-se que a conduta perpetrada pelo sentenciado, que praticou falta disciplinar de movimento subversivo à ordem e à disciplina, ao enrolar o servidor Leandro em colchões frente ao portão de acesso do pavilhão disciplinar, tendo ainda aderido às ameaças contra os servidores e restrição da liberdade de um deles, denota alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal, motivo pelo qual se afigura proporcional a sua inclusão no RDD por prazo que tenha extensão razoável para que haja suficiência à repressão e prevenção da conduta.

Acesso ao Sumário

Sem fechar os olhos para a lesividade da conduta, considera-se que o fato dos autos, em atenção às suas características e consequências (lesões leves para o funcionário agredido), contrasta com outros episódios, conhecidos da casuística do sistema prisional, de gravidade ainda maior, a autorizar, justificadamente nestes casos especiais, a aplicação do interregno máximo de isolamento, mencionando-se, como exemplo em que este Tribunal endossou a imposição do prazo de 360 dias no RDD, precedente da C. 16ª Câmara Criminal (agravo nº 0055765-34.2015.8.26.0000), em que o punido, integrante de facção criminosa, enforcou com um "mata leão" um companheiro de cela, de facção rival, e usou um lençol para mutilar o corpo da vítima, retirando-lhe partes do rosto e remo-

vendo os órgãos internos.

Consideravelmente distante de tal situação, o agravante, executor de lesões corporais, não pode ser punido com idêntico rigor, de modo que o prazo de 360 dias imposto - o máximo permitido anteriormente à recente reforma promovida pelo chamado "Pacote Anticrime" - mostra-se excessivo para a espécie, sendo mais proporcional o prazo de 180 dias.

Delineia-se que o prazo de eventual isolamento preventivo em tal regime, decretado pela autoridade administrativa, merece ser considerado neste "quantum", com fundamento no art. 60, caput, da LEP.

Diante de tais considerações, **afasta-se a preliminar** suscitada e, no mérito, **dá-se parcial provimento** ao recurso defensivo, tão somente para reduzir o prazo do Regime Disciplinar Diferenciado para 180 (cento e oitenta) dias; mantida, no mais, a respeitável decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0002505-96.2021.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante LUCAS APARECIDO SILVA DE CARVALHO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por votação unânime, NEGARAM PROVIMENTO ao agravo, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.579)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO CARDOSO e TOLOZA NETO.

São Paulo, 21 de maio de 2021.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – REQUISITO SUBJETIVO – EXAME CRIMINOLÓGICO – BASE PARA TOMADA DE DECISÃO – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DE ASPECTOS A CONTRAINDICAR A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – DEFERIMENTO – IMPOSSIBILIDADE: Embora a nova re-

Acesso ao Sumário

dação do art. 112, da LEP não mais exija a submissão do reeducando a exame criminológico, o parecer do exame psicossocial pode ser levado em consideração na decisão sobre a progressão de regime prisional que, no presente caso, trouxe aspectos negativos a contraindicar a concessão da benesse.

VOTO

LUCAS APARECIDO SILVA DE CARVALHO interpõe o presente Agravo em Execução objetivando a reforma da r. decisão (fls. 08/13) que indeferiu sua progressão ao regime prisional semiaberto pelo não preenchimento do requisito subjetivo.

Afirma estarem presentes os requisitos legais, quais sejam, o preenchimento do requisito objetivo e bom comportamento carcerário, ressaltando, ainda, haver exame criminológico com parecer favorável, estando apto à progressão que busca seja deferida (fls.01/07).

Ofertada a contraminuta (fls. 18/25) e mantida a decisão (fls. 26), sobreveio parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 36/41).

É O RELATÓRIO.

O reclamo não merece prosperar.

Acertado foi indeferimento da progressão para o semiaberto, pois o sentenciado efetivamente não reúne requisito subjetivo para a benesse.

O sentenciado está a descontar pena carcerária de 21 (vinte e um) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, pela prática de vários crimes de roubo majorado, com término de cumprimento de pena previsto para 2037 (fls. 530/535 – dos autos principais).

Segundo a redação do art. 112, da LEP, dada pela Lei 10.792/03, não é mais imprescindível o parecer da Comissão Técnica de Classificação, limitando-se o mérito do sentenciado à ostentação de bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento. No entanto, sempre que o juiz entender necessário, dentro do poder discricionário do magistrado e de seu prudente arbítrio, poderá decidir pela submissão ao exame criminológico.

In casu, o sentenciado foi submetido a Exame Criminológico acostado às fls. 525/528 dos autos da execução penal.

Esta avaliação, sem dúvida, é importante ferramenta para aferição, pelo juízo das execuções, da probabilidade de retorno gradual do sentenciado ao convívio social.

E ainda que o juiz não esteja vinculado ao resultado do exame criminoló-

Acesso ao Sumário

gico, tal avaliação traz importantes subsídios para sua decisão.

Além do mais, a progressão não é um direito absoluto e deve ser sopesada com os reflexos que dela advém para a segurança da sociedade, cabendo ao magistrado verificar e constatar a presença, ou não, dos requisitos subjetivos do sentenciado.

Com razão teve o agravante indeferido seu pedido de progressão, pois, apesar do parecer favorável do exame criminológico, consta da avaliação que o agravante não assume na totalidade a responsabilização pelos delitos aos quais condenado, apontando motivação baseada "*ao ganho de dinheiro fácil e as instabilidades da vida*" e que reconhece parcialmente o caráter ilícito de sua conduta e os danos resultantes a si e a terceiros.

Ante tal perfil, a impor maior cautela ao julgador por ocasião da apreciação de benefícios executórios, em defesa dos cidadãos de bem e da manutenção da ordem pública, bem andou o d. Magistrado da origem ao optar pela manutenção do reeducando, ainda por mais um período, no regime fechado em que se encontra.

Esse período servirá para maior reflexão sobre o comportamento delitivo e suas consequências, possibilitando melhor assimilação da terapêutica penal, com vistas à ressocialização, e futura reintegração ao meio social.

De se manter, portanto, o r. decisório guerreado.

Diante do exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao agravo, mantendo-se intacta a r. decisão *a quo*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0005661-47.2021.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado DEIVIDI RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso interposto pelo Ministério Público para, cassando a respeitável decisão agravada, determinar o refazimento do cálculo de liquidação de penas, revogando-se a remição pela aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) e, por consequência, o afastamento do respectivo acréscimo de 1/3 sobre o total dos dias remidos ou a remir. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 26.283)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente), DAMIÃO COGAN e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 7 de junho de 2021.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Ementa: Agravo em Execução Penal – Pleito ministerial de revogação da remição pela aprovação em exame nacional que certifica a conclusão dos ensinos fundamental ou médio – Cabimento – Hipótese que não se amolda à legislação vigente – Exegese do artigo 126, da Lei nº 7.210/84 – Ofensa ao princípio da legalidade – Reconhecimento – Precedentes – Decisão cassada – Agravo provido.

VOTO

Vistos...

Cuida-se de agravo em execução interposto contra a respeitável decisão que declarou "...remidos 133 (cento e trinta e três) dias do total das penas impostas ao sentenciado Deividi Rodrigues...", pela aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) – fls. 32/34.

O Ministério Público recorre, sustentando que "...tal medida não guarda compatibilidade com a ordem constitucional e legal", alegando que "...a Lei nº 7.210/1984, em seus artigos 126 a 130, com a nova redação dada pela Lei nº 12.433/11, ao disciplinar o instituto da remição de penas, não faz qualquer referência à hipótese de resgate da pena em razão da aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCEEJA, de modo que ela não deve ser tomada como causa de concessão daquele benefício, equiparando-a com a remição por estudo, sob pena de nítida afronta ao princípio da legalidade penal, de expressa estatura constitucional..." (fls. 02/08).

O recurso foi contrariado (fls. 13/18), contando os autos com decisão mantenedora em sede de juízo de retratação (fls. 19) e parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo acolhimento do reclamo ministerial (fls. 46/55).

É o relatório.

O reclamo é procedente.

O artigo 126, da Lei de Execução Penal, dispõe que "***o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho***

Acesso ao Sumário

ou por estudo, parte do tempo de execução da pena", prevendo o inciso I, do § 1º, que "***a contagem de tempo referida no caput será feita à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias***".

Como se vê, a remição da pena poderá se dar por trabalho ou estudo, assim entendidas a atividade laborativa e a frequência a cursos oficiais, e não a exclusiva apresentação de certificado de aprovação.

O rol das hipóteses de desconto de pena por remição é taxativo e, d'outra parte, a aplicação de analogia *in bonam partem* não se mostra viável juridicamente, especialmente porque, do ponto de vista prático, não há como cotejar o trabalho ou o estudo com simples aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão dos ensinos fundamental ou médio (ENCCEJA e ENEM), dada a manifesta distinção dos pesos que devem ser atribuídos a tais atividades.

Indiscutível que o certificado de aprovação em questão poderia constituir importante ferramenta no processo ressocializatório, além de ser alternativa à ociosidade decorrente do aprisionamento, mas o "instituto" depende de regulamentação legislativa, na medida em que não se pode questionar a indissociabilidade da execução penal e o princípio da legalidade.

De fato, para que o reeducando seja beneficiado com a remição pelo estudo, deverá frequentar regularmente as aulas na unidade prisional e apresentar aproveitamento, sendo recompensado ao término, com a conclusão do ensino fundamental, médio ou superior, com o acréscimo de um terço, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação, consoante prevê o § 5º, do artigo 126, da Lei nº 7.210/84,

É certo que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013, abarcou o tema da remição de pena pela aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão dos ensinos fundamental e médio.

Não menos certo é, porém, que não há amparo legal para tal interpretação extensiva do disposto no artigo 126, § 1º, inciso I, da Lei de Execução Penal, vez que a referida Recomendação não possui força de norma positivada.

Registre-se, a propósito, que causas de extinção de pena devem ser sempre estabelecidas em lei federal, a teor do artigo 22, da Constituição Federal, e não por Recomendação do Conselho Nacional de Justiça ou por Portaria Conjunta instituída pela Corregedoria deste Tribunal de Justiça e pelo Departamento Penitenciário Nacional, sob pena de usurpação da função legislativa, em nítida afronta à tripartição dos poderes.

Não se pode desprezar, paralelamente, as inúmeras dificuldades de ordem

Acesso ao Sumário

prática para a fiscalização do sentenciado que se dedica aos estudos por conta própria no interior da unidade prisional ou, ainda, a medida da contraprestação de tal atividade, circunstâncias que seriam imprescindíveis, até para se prevenir eventuais fraudes ou burla ao sistema executório, globalmente considerado.

Ademais, admitir a remição pela simples aprovação em curso não contemplado no dispositivo legal ensejaria situação de grande disparidade entre os condenados, pois aqueles que optarem pelo estudo precisarão comprovar frequência escolar de doze horas, divididas em no mínimo três dias, para serem agraciados com um único dia de remição (artigo 126, § 1º, inciso I, da Lei das Execuções Penais), ao passo que o sentenciado que apresentar simples certificado de aprovação não terá comprovadas as respectivas horas de frequência, o que caracteriza clara afronta ao princípio da isonomia.

Guilherme de Souza Nucci, com indiscutível precisão técnica, ensina que "***quando se menciona a prova do aproveitamento, não se pretende a demonstração de êxito no curso (concluir com sucesso), mas a evidencia de que o sentenciado frequenta as aulas, faz os trabalhos e provas e obtém avaliação mínima, atestada pela direção do curso. O que não é admissível é o engodo, montado e acolhido pelo Judiciário como arremedo de estudo. Ademais, note-se que a própria lei menciona a expressão aproveitamento escolar (art. 129, § 1º, LEP)***" (*in* "Manual de Processo Penal e Execução Penal", Editora RT, 10ª edição, 2013, pág. 1.066).

Esta Relatoria, analisando recentemente caso análogo, assim já se pronunciou:

> ***"Agravo em Execução Penal – Pleito ministerial de revogação da remição pela aprovação em exame nacional que certifica a conclusão dos ensinos fundamental ou médio – Cabimento – Hipótese que não se amolda à legislação vigente – Exegese do artigo 126, da Lei nº 7.210/84 – Ofensa ao princípio da legalidade – Reconhecimento – Precedentes – Decisão cassada – Agravo provido."*** (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0012427-53.2020.8.26.0996, DJ 16.04.2021, v.u).

O entendimento doutrinário e jurisprudencial encontra amplo respaldo em precedentes ajustáveis à espécie neste Egrégio Tribunal, inclusive nesta Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal:

> ***"Agravo em Execução Penal. Remição de pena pelo estudo. Aprovação em exame ENCCEJA. Pedido de remição das penas. Impossibilidade. Inteligência do art. 126 da Lei de Execução Penal. Remição apenas pelo estudo e trabalho. Ofensa ao princípio da legalidade e isonomia Ausência de amparo legal. Agravo improvido."*** (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0005714-44.2019.8.26.0496, Rel. Des. Damião Cogan, DJ 30.08.2019).
>
> ***"Agravo em execução – Remição de pena – Recurso da Defesa – In-***

Acesso ao Sumário

surgência contra o indeferimento do pedido de remição por aprovação no ENCCEJA com a justificativa de que além da aprovação, seria necessária a comprovação de estudo durante o cumprimento da pena – Ausência de comprovação de que o agravante encontrava-se vinculado a atividade regular de ensino no interior do estabelecimento prisional, e nem que tenha realizado estudo por conta própria – Agravo não provido." (TJSP, 8ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0012218-21.2019.8.26.0996, Rel. Des. Sérgio Ribas, DJ 06.02.2020).

"Agravo de execução penal – Decisão que indeferiu pedido de remição de pena por aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de jovens e adultos (ENCCEJA) – Insurgência defensiva – Descabimento – Ausência de comprovação de frequência escolar – Inteligência do artigo 126 da Lei de Execução Penal – Precedente desta Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal em caso análogo – Decisão mantida – Agravo desprovido." (TJSP, 16ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0007064-22.2019.8.26.0026, Rel. Des. Osni Pereira, DJ 18.12.2019).

"Agravo em execução. Remição de penas com fundamento em aprovação e certificação de instituição de Ensino à Distância. Indeferimento. Inexistência de comprovação de estudo efetivo durante o cumprimento de penas (art. 126 da L.E.P.). Eventuais láureas que não comprovam, só por si, a dedicação em horas de estudo. Dedicação efetiva imprescindível à obtenção da benesse. Sentenciado que não se submete a supervisão de suas horas de estudo. Frustração ao art. 129 da LEP. Divisão de cada lote de 12 horas de estudo, ademais, necessariamente em no mínimo 3 dias. Situação igualmente incomprovada. Decisão acertada. Ausência de amparo legal do pleito formulado pelo agravante. Agravo improvido." (TJSP, 16ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0004288-22.2019.8.26.0520, Rel. Des. Luis Soares de Mello, DJ 10.12.2019).

Logo, não estando a hipótese contemplada em norma jurídica positivada, com caráter de generalidade e obrigatoriedade, inviável o atendimento do pedido de extensão da benesse remissória.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Ministério Público para, cassando a respeitável decisão agravada, determinar o refazimento do cálculo de liquidação de penas, revogando-se a remição pela aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) e, por consequência, o afastamento do respectivo acréscimo de 1/3 sobre o total dos dias remidos ou a remir.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000262-43.2021.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado THIAGO ALVES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.794)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLÁUDIO MARQUES (Presidente) e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 8 de junho de 2021.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Remição de pena – Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) – Artigo 126, § 1º, inciso I, da Lei de Execução Penal – Recomendação nº 44/2013 do CNJ – Precedentes STJ – Acréscimo de 1/6 (um sexto) mantido – Recurso ministerial desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. decisão de fl. 23/26 que, nos autos da execução penal nº 0003722-09.2019, deferiu pedido de remição de penas ao réu **THIAGO ALVES DA SILVA**, em razão do estudo, concedendo, ainda, o acréscimo de 1/3 (um terço) de dias a remir em função do estudo, por força do artigo 126, § 5º da Lei 7.210/84, totalizando 66 (sessenta e seis) dias remidos.

Irresignado agrava o I. Promotor de Justiça requerendo a reforma da r. decisão, argumentando não ser cabível o acréscimo previsto no artigo 126, § 5º, da Lei de Execução Penal, uma vez que o agravado concluiu os estudos por meio de aprovação no exame ENCCEJA, tratando-se, pois, de remição ficta, sem ter efetivamente frequentado aulas regulares.

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento da contraminuta de fls. 30/33 e mantida a decisão pelo Juízo a quo (fl. 34), vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça, opinado pelo provimento do recurso (fls. 46/52).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso interposto não merece provimento.

Com efeito, o agravado foi condenado a pena total de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, bem como pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor mínimo legal, com término da pena prevista para o dia 17 de março de 2023 (cf. fls. 180/182 dos autos principais).

O recorrido concluiu os estudos por meio de aprovação do exame ENCCEJA.

Pois bem.

A esse respeito, dispõe o artigo 126 § 1º, inciso I e 5º da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei nº 12.433/11:

> *Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.*
>
> § 1º *A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;(...)*
>
> *§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação."*

Ainda, sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 44/2013, a qual dispõe:

> Art. 1.° - Recomendar aos Tribunais que: [...] IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNEJ, isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas

Acesso ao Sumário

para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio.

Na espécie, o agravado concluiu o ensino fundamental por meio da aprovação no ENCCEJA, cumprindo, portanto, o disposto no artigo 126, § 5º, da Lei de Execução Penal, bem como a Recomendação nº 44/2013.

Nesse sentido, já se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA PELA APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL PARA CERTIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIAS DE JOVENS E ADULTOS (ENCCEJA). ART. 126 DA LEP. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CNJ. BASE DE CÁLCULO. ARTS. 24, I, E 35 DA LEI 9.394/1996. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O art. 126 da Lei de Execução Penal determina que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. 2. Esta Corte Superior de Justiça tem admitido a possibilidade de abreviação da reprimenda em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, como resultado de uma interpretação analógica in bonam partem da norma inserta no art. 126 da LEP. De outro lado, a Recomendação n. 44/2013 do CNJ indica aos Tribunais a possibilidade de remição por aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Verifica-se, portanto, que o objetivo deste conjunto de regras acerca da remição da pena por aproveitamento dos estudos é o de incentivar os apenados aos estudos, bem como sua readaptação ao convívio social. 3. Considerando como base de cálculo 50% da carga horária definida legalmente para o ensino fundamental, ou seja, 1.600 horas, deve-se dividir esse total por doze, encontrando-se o resultado de 133 (cento e trinta e três) dias de remição em caso de aprovação em todos os campos de conhecimento do ENCCEJA. 4. In casu, como o agravado obteve aprovação integral, ou seja, nas cinco áreas de Conhecimento, deve ser reconhecido o direito à remição de 177 (cento e setenta e sete) dias de pena, considerando sua aprovação total nas cinco áreas de conhecimento do ENCCEJA, acrescido de 1/3 pela norma de regência. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 532016/SC, Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 05/11/2019, DJe 12/11/2019).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO ENEM. INCENTIVO AO ESTUDO. CARÁTER DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL LEP. POSSI-

Acesso ao Sumário

BILIDADE. RECOMENDAÇÃO 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA CNJ. UTILIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. (...). 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem admitido que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado encorajando inclusive, como no caso concreto, seu estudo por conta própria e consequente aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio ENEM, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, nos termos da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça buscando, primordialmente, a readaptação do apenado ao convívio social. Precedentes." (STJ, Quinta Turma, HC 424.780/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 18.9.2018).

Outrossim, observo que, diferentemente do sustentado pelo órgão ministerial, para o acréscimo de 1/3 do tempo a remir, a norma supramencionada não exige que o estudo tenha sido realizado no interior da unidade prisional, bastando para tal, a conclusão do ensino fundamental, médio ou superior, durante cumprimento da pena, desde que certificado pelo órgão competente do sistema de educação, como é o caso dos autos.

Nesse sentido, já se manifestou este Egrégio Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE EXECUÇÃO – Recurso ministerial visando a reforma da decisão, ao argumento de que não seria cabível o acréscimo de 1/3 previsto no art. 126, § 5º, da LEP, uma vez que o agravado concluiu os estudos por meio de aprovação no exame ENCCEJA, tratando-se, pois, de remição ficta, sem ter efetivamente frequentado aulas regulares – INADMISSIBILIDADE – O certificado de aprovação no Exame Nacional de Certificação de Competências de Jovens e Adultos, representa documento idôneo a comprovar o estudo, independente da demonstração de horas estudas. Benefício concedido com base na Recomendação nº 44/2013 do CNJ, que autoriza o desconto da pena em razão de aprovação no ENCEEJA. Interpretação extensiva do disposto no art.126, §5º, da LEP Analogia in bonam partem Objetivo de ressocialização do condenado Precedente das Cortes Superiores. Agravo improvido. (Agravo em Execução nº 0004960-29.2020.8.26.0509, 12ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Paulo Rossi, j. em 12/04/2021).

Agravo em execução penal – Pedido de remição de penas por sentenciado autodidata, em razão da aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) – Possibilidade – Observância da Recomendação nº 44, do Conselho Nacional de Justiça – Recomendação necessária a dar plena aplicação ao disposto

Acesso ao Sumário

no § 5º do art. 126, da Lei nº 7.210/84 – Precedentes – Decisão reformada – Recurso parcialmente provido." (Agravo de Execução Penal nº 7007259-54.2013.8.26.0071, 11ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Salles Abreu, j. em 31/07/2019).

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO DE PENAS – APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL PARA CERTIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE JOVENS E ADULTOS - ENCCEJA – POSSIBILIDADE – RECOMENDAÇÃO Nº 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO. (...) Desta forma, como o agravante obteve a aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competência de Jovens e Adultos, o cálculo da remição observou os termos do artigo 126, § 1°, I, e § 5°, da Lei de Execução Penal, bem como da Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça. (Agravo de Execução Penal 0002060-33.2021.8.26.0996; Rel. Des. Willian Campos, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. em 27/04/2021).

Assim sendo, e nestes termos, nega-se provimento ao agravo ministerial, mantendo a r. sentença de primeiro grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 1017158-40.2021.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado DENIS DEMETRIO DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.475)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 11 de junho de 2021.

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo em execução – Progressão de regime prisional – Requisito subjetivo – Art. 112, LEP, alterado pela Lei nº 10.792/03, apesar de não exigir a realização de exame criminológico, fica a critério do Juiz

sua realização – Não ficou provado que o sentenciado possui méritos para a obtenção do benefício – Decisão reformada para cassar a progressão de regime concedida, regredindo o sentenciado ao regime semiaberto e determinando-se que o pedido de progressão de regime prisional do sentenciado seja reapreciado com a realização de exame criminológico.

VOTO

Trata-se de Agravo em Execução interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, contra a decisão de fls. 46/48, que deferiu progressão ao regime aberto ao sentenciado **DENIS DEMETRIO DOS SANTOS.**

Pleiteia a reforma da r. decisão, cassando-se a progressão de regime pela falta de méritos do sentenciado, determinando-se a regressão do sentenciado ao regime semiaberto ou a realização de exame criminológico, para se verificar o preenchimento do requisito subjetivo (fls. 01/14).

Foi oferecida contraminuta (fls. 57/65).

Mantida a r. decisão (fl. 66), o recurso foi devidamente processado e, nesta instância, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do agravo (fls. 71/76).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, consta dos autos que o sentenciado desconta longa pena de reclusão, a qual soma 14 (quatorze) anos, 03 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, pela prática de crimes de roubo majorado tentado, tráfico de drogas e receptação, com término previsto para 14.08.2029.

É dos autos, ainda, que o reeducando conta com histórico prisional conturbado, ante a prática de 03 faltas disciplinares de natureza grave.

Por decisão colacionada às fls. 46/48, o Juiz "a quo" deferiu pedido de progressão ao regime aberto, por ter considerado preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo.

O representante do Ministério Público, não se conformando com esta decisão, interpôs o presente recurso, requerendo a cassação da decisão supramencionada, a fim de que o sentenciado retorne ao regime semiaberto, pelo não preenchimento do requisito subjetivo para progressão, ou que seja realizado exame criminológico, para se verificar se o sentenciado possui méritos para ser beneficiado com a progressão de regime prisional almejada.

"*In casu*", razão lhe assiste.

Com efeito, embora preenchido o requisito objetivo, realmente os méritos

Acesso ao Sumário

do sentenciado (requisito subjetivo) não restaram comprovados, uma vez que ele não foi submetido ao competente exame efetuado pela Comissão Técnica de Classificação.

É necessária a realização de exame criminológico para se aferir se o condenado não oferece risco à integridade pública, uma vez que o agravado é reincidente e cumpre pena extensa por diversos crimes contra o patrimônio, demonstrando que se trata de pessoa perigosa e nociva à sociedade.

É certo que o artigo 112, da LEP, com a nova redação dada pela Lei nº 10.792/03, não fala mais que a decisão deverá ser precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e de exame criminológico, quando necessário, como preceituava o antigo parágrafo único, do artigo 112, da Lei de Execução Penal.

Contudo, não é menos certo que o novo texto do artigo 112, da LEP, assim reza:

> "***A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão."*** (grifo nosso)

A frase "***a ser determinada pelo juiz***", nada mais é do que um elemento subjetivo do tipo (se utilizando da técnica de interpretação da norma penal), pois o legislador ao inserir referida frase, que fica entre vírgulas, pretende dizer que concedeu ao juiz a liberdade de poder realizar os exames que entender necessário para, só então, conceder ou não a progressão pleiteada pelo preso.

Ora, se a intenção do legislador fosse realmente de não mais exigir parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico, não haveria necessidade de se inserir no texto a frase acima mencionada, pois subtraindo-se a mesma do corpo do artigo 112, ora em comento, ele também faz sentido, senão vejamos:

> ***"A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão."***

O legislador não se utiliza de palavras vãs, portanto, está claro que a inclusão, no texto legal acima, da frase "***a ser determinada pelo juiz***", significa que a partir da promulgação da Lei nº 10.792/03, ficou a seu critério a realização do referido exame.

Neste sentido, confira-se a seguinte jurisprudência do Egrégio Superior

Tribunal de Justiça:

EXAME CRIMINOLÓGICO. PECULIARIDADES. CAUSA.

A impetrante alega que, a partir da vigência da Lei n. 10.792/2003, tornou-se desnecessário, para fins de concessão do benefício da progressão de regime, o exame criminológico, exigindo-se, em seu lugar, apenas o atestado de bom comportamento carcerário. Porém, a Turma denegou a ordem ao argumento de que o art. 112 da LEP, com a nova redação dada pela referida lei, dispõe ser necessário, para a concessão da progressão de regime, apenas o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivo (ter cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior) e subjetivo (ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento), sem tratar da necessidade do exame criminológico. ***Contudo, o referido exame pode ser solicitado, quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem, atendendo-se ao princípio da individualização da pena*** *previsto no art. 5º, XLVI, da CF/1988, como aconteceu na hipótese, em que se exigiu a realização da perícia sob o fundamento de que o paciente registra prática de falta disciplinar de natureza grave.* (HC 122.706-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 27/4/2009.) (grifo nosso)

Entretanto, mesmo ficando a critério do Juiz "a quo" a realização ou não do exame criminológico, no presente caso, data vênia, ele não agiu com seu costumeiro acerto.

Desta forma, como não ficou provado que o condenado possui méritos para a obtenção do benefício, o mesmo deve ser tornado sem efeito.

Consequentemente, a r. decisão combatida deve ser reformada e o benefício cassado, devendo o sentenciado ser previamente analisado por uma equipe de profissionais habilitados, a fim de que se possa avaliar se a sua periculosidade diminuiu e que ele pode ser promovido para um regime mais ameno no qual a vigilância é menos rigorosa.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para reformar a decisão agravada e cassar a progressão de regime concedida, regredindo o sentenciado **DENIS DEMETRIO DOS SANTOS** ao regime semiaberto, e determinando que outra decisão seja prolatada, após a realização de exame criminológico.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0004161-43.2021.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é

agravante DANIEL ROBERT DOS SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: deram provimento ao agravo de execução, para cancelar a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade relativamente ao PEC nº 0004848-54.2020.8.26.0996 (ação penal nº 0018955-61.2016.8.26.0344), com a observação de que, tão logo seja possível, deve-se providenciar meios para que o sentenciado inicie a execução da reprimenda restritiva de direitos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.924)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente) e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 16 de junho de 2021.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – Recurso defensivo pleiteando a reforma da decisão que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, com fulcro no art. 44, § 5º, do Código Penal e art. 181, § 1º, "e", da LEP – ADMISSIBILIDADE – A prisão por outro processo, segundo a melhor jurisprudência, não acarreta, por si só, o descumprimento injustificado da restrição imposta. Princípio que rege o cumprimento de penas nos casos de concurso de infrações (CP, art. 76), somente suspende a pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade), sem convertê-la em privativa de liberdade, a fim de que se execute primeiro "a pena mais grave".

Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Agravo em Execução interposto pela Defensoria Pública em benefício de Daniel Robert dos Santos, contra a decisão de fls. 23, proferida pelo MMº Juiz de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal - DEECRIM 5ª RAJ, Comarca de Presidente Prudente, que nos autos da Execução digital nº 0004848-54.2020.8.26.0996, fixando o regime semiaberto, prevalente, para cumprimento.

Aduz a Defesa, que o recorrente cumpria pena privativa de liberdade,

sendo condenado a pena restritiva de direitos pela prática de novo crime e, diante deste fato, o Juízo *a quo* converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, unificando as sanções e fixando o regime inicial fechado para seu cumprimento. Assevera que a condenação à pena restritiva se deu posteriormente ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo que, neste caso, não se justifica a reconversão. Argumenta que os arts. 44, § 5º do Código Penal e 181, § 1º da LEP, somente aplicam-se à hipótese em que, no curso da execução da pena restritiva de direitos sobrevém condenação à pena privativa de liberdade, assim, o pressuposto essencial da reconversão é que a pena restritiva esteja sendo executada quando o sentenciado sofre nova condenação à pena privativa. Requer seja aplicado o previsto no artigo 76 do Código Penal, postergando-se o início do cumprimento da pena restritiva de direitos para período subsequente ao cumprimento da pena privativa de liberdade (fls. 02/10).

Processado e contraminutado o agravo (fls. 28/33) e, mantida a r. decisão recorrida (fls. 34), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em respeitável parecer da lavra do Dr. Júlio César Botelho, pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 49/52).

É o relatório.

Mediante acesso ao sítio eletrônico deste E. Tribunal de Justiça, verifica-se que o agravante foi condenado na ação penal nº 0008844-81.2017.8.26.0344 (PEC 0007458-97.2017.8.26.0996, em sentença de 20/07/2017, como incurso no artigo 157, § 2º, I, por 2 vezes, c.c. o art. 157, § 2º, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal, reformada por V. Acórdão de 09/05/2018, V.U., remanescendo a pena privativa de liberdade em 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso.

Também consta que foi condenado no processo nº 0018955-61.2016.8.26.0344 (PEC 0004848-54.2020.8.26.0996), por sentença de 19/07/2018, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, no piso, substituída em uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, com parâmetros a serem definidos pelo Juízo da Execução (fls. 11/12).

O Ministério Público, considerando o cumprimento pelo sentenciado da pena em regime mais gravoso, requereu a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, fixando-se o regime prevalente, elaborando-se novo cálculo de liquidação de penas nos autos do PEC principal (fls. 13).

O MMº Juiz de 1º Grau, aos 18 de fevereiro de 2021, proferiu a seguinte decisão, *in verbis:*

"DANIEL ROBERT DOS SANTOS, encontra-se cumprindo pena em

Acesso ao Sumário

regime mais rigoroso, de forma que CONVERTO a(s) pena(s) restritiva(s) de direito(s), imposta(s) no processo nº 0018955-61.2016.8.26.0344 da 2ª Vara Criminal do Foro de Marília-SP (PEC nº 0004848-54.2020.8.26.0996), em privativa de liberdade e fixo o regime semiaberto (prevalente) para o cumprimento da reprimenda.

Expeça-se Mandado de Prisão. Comunique-se ao Juízo do Conhecimento.

Procedam-se às anotações e atualizações necessárias.

Elabore-se nova conta de liquidação de penas nos autos principais." (fls. 23).

O recurso comporta provimento.

A possibilidade de conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, em razão de condenação por outro crime, está prevista no artigo 44, § 5º do Código Penal e no artigo 181, § 1º, alínea e, da Lei de Execução Penal.

Importa destacar, nesse passo, o disposto no § 4º, primeira parte, do artigo 44 do Código Penal: "*A pena restritiva de direitos converte-se em pena privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta*".

Analisando o presente caso, se verifica que não houve o descumprimento da pena substitutiva imposta na ação penal 0018955-61.2016.8.26.0344 (PEC 0004848-54.2020.8.26.0996), uma vez que não há registro de que o agravante tenha iniciado o cumprimento da reprimenda restritiva de direitos.

Com efeito, as normas previstas nos artigos 44, § 4º, do Código Penal e 181, § 1º, alínea e, da Lei de Execução Penal, só têm aplicação quando a execução da pena restritiva de direitos já está em curso.

No caso em testilha, o agravante cumpre pena, atualmente, em regime inicial fechado, em decorrência da condenação relativa ao PEC nº 0007458-97.2017.8.26.0996 (ação penal nº 0008844-81.2017.8.26.0344).

Acesso ao Sumário

A prisão por outro processo, segundo a melhor jurisprudência, não acarreta, por si só, o descumprimento injustificado da restrição imposta.

Nesse sentido:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. RÉU PRESO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 76. CONCURSO DE INFRAÇÕES. EXECUÇÃO. PENAS MAIS GRAVES E POSTERIORMENTE AS DEMAIS. MULTA. INADIMPLÊNCIA. DÍVIDA DE VALOR. No caso de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos, na hipótese de o réu estar preso, não é razoável a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, em virtude da prisão

do réu e, assim, impossibilitado de adimplir a restrição determinada. A solução está no art. 76 do Código Penal que trata do concurso de infrações, determinando a execução primeiramente dos crimes mais graves. Assim, o executado cumprirá a pena privativa de liberdade para, somente depois, ter a possibilidade de prestar serviços à comunidade, devendo esta ser suspensa enquanto cumpre aquela, em respeito ao art. 116, parágrafo único, do Código Penal. A pena de multa, se não adimplida, transforma-se em dívida de valor, sendo que para a sua satisfação existem meios próprios que não o aplicado pelo acórdão recorrido. Recurso provido" (STJ – Recurso Especial nº 662.066 - SC – Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 2.6.2005, RT vol. 840 p. 554).

Ainda:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – Três execuções de pena – Pena corporal em regime fechado em cumprimento sobrevindo condenação a restritiva de direitos – Impossibilidade de descumprimento de restrição imposta – Inocorrência da hipótese do §5° do art. 44 do CP – Incompatibilidade não verificada – Hipótese que não autoriza a incidência do art. 181 da LEP – Exegese do art. 76 do CP – Agravo provido (voto n. 9548)". (TJSP, AgrEx nº 0081370-44.2010.8.26.0000, rel. Des. Newton Neves, 16ª Câmara Criminal, j. 31.8.10).

Ademais, segundo o princípio geral que rege o cumprimento das penas, em havendo concurso de infrações, "*executar-se-á, primeiramente, a pena mais grave*" (artigo 76 do Código Penal). E, estando o agravante em sede de execução de pena privativa de liberdade, atualmente em regime semiaberto, mostra-se evidentemente incompatível a execução da pena restritiva de direitos enquanto perdurar o cumprimento no regime prevalente.

Com efeito, se a pena mais grave deve ser cumprida primeiramente e, se a pena restritiva de direitos pode subsistir, ainda que sobrevenha condenação à pena privativa de liberdade (artigo 44, § 5º, CP), no caso de condenação posterior à pena mais branda, substituída por restritiva de direitos, não se justifica a conversão desta em pena corporal.

Nesse passo, conforme consignado pelo eminente Desembargador Vico Mañas, "*as penas restritivas de direitos constituem sanções aplicáveis apenas quando atendidas determinadas exigências legais e representam importante contribuição para a reinserção social do sentenciado, além de relevante opção ao encarceramento, de inegáveis e conhecidos efeitos deletérios*." (TJSP, Agravo em Execução Penal nº 7013288-80.2015.8.26.0482, 12ª Câmara Criminal, j. 16/03/2016).

Além disso, o artigo 111 da Lei nº 7.210/1984 (LEP), atribui ao Juízo das Execuções Criminais o poder de estabelecer o regime de cumprimento das penas privativas de liberdade somadas. Não lhe confere o poder de revogar ou criar "*causas supralegais de conversão de penas*" (Barros, Carmem Silva de

Acesso ao Sumário

Moraes, A Individualização da Pena na Execução Penal, SP: RT, 2001, p; 174).

Por final, consigne-se que, tão logo seja possível, deve se providenciar meios para que o agravante inicie a execução da pena restritiva de direitos imposta no processo de Execução Penal nº 0004848-54.2020.8.26.0996.

Por todo o exposto, dá-se provimento ao agravo de execução para cancelar a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade relativamente ao PEC nº 0004848-54.2020.8.26.0996 (ação penal nº 0018955-61.2016.8.26.0344), com a observação de que, tão logo seja possível, deve-se providenciar meios para que o sentenciado inicie a execução da reprimenda restritiva de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0004466-79.2021.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAGNER VEIGA DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.911)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente) e HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 21 de junho de 2021.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: EXECUÇÃO PENAL – Unificação de penas – O Superior Tribunal de Justiça assentou nova orientação sobre a matéria, considerando que a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória enseja a unificação de penas, mas não serve de novo parâmetro para fixação da pena-base para concessão de novos benefícios da execução, não podendo ser desconsiderado o período de cumprimento de pena desde a última prisão – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pelo sentenciado **FAGNER**

VEIGA DA SILVA, porque entende injusta a r. decisão de fls. 187/188, proferida pelo MM. Juízo de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal – DEECRIM 1ª RAJ – da Comarca de São Paulo, que homologou cálculo de penas, considerando como data base para a concessão de benefícios a data da última prisão em flagrante (fls. 01/06).

Postula, em síntese, que seja afastada a interrupção do cálculo de penas para fins de livramento condicional.

Processado o recurso, contrariado (fls. 200/203), mantida a r. decisão recorrida (fls. 204), opinou a D. Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 212/214).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça assentou que "... *a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória enseja a unificação de penas, mas não serve de novo parâmetro para fixação da data-base, para concessão de benefícios na execução, não podendo, portanto, ser desconsiderado o período de cumprimento de pena desde a última prisão, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, ou desde a última infração disciplinar, seja por crime praticado no curso da execução e já apontado como falta grave*" (HC 413.266, rel. Min. Joel Ilan Paciornik).

Nesse sentido, a "... *desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por delito praticado depois e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução*" (REsp nº 1.557.461, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz).

Ademais, o art. 111, § único, da Lei de Execução Penal disciplina que "*sobrevindo nova condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime*".

Assim, a somatória das penas determina tão somente o regime, não havendo previsão na Lei de Execução Penal no sentido de que, sobrevindo nova condenação, a data do trânsito em julgado da r. decisão será o termo inicial para consecução de novos benefícios.

Conforme já decidiu esta Colenda Câmara Criminal: "*(...) no que se refere à interrupção do prazo para benefícios, não procedeu com o costumeiro acerto, embora a adoção do entendimento externado pelo ilustre representante do Parquet, qual seja, a correspondência do termo inicial à data do trânsito em julgado, para o Ministério Público, da última execução criminal juntada aos autos, não se mostre adequada ao presente caso, porquanto reveladora de sensível prejuízo ao agravado. (...) o processo de execução, como já sublinhado, deve corresponder ao conjunto de condenações do sentenciado, merecendo as*

Acesso ao Sumário

respectivas adequações, aliás, como determina o artigo 111, da Lei de Execução Penal, motivo pelo qual, no tocante ao novo lapso temporal para fins de benefícios, cada situação deve ser isoladamente analisada e não de maneira genérica." (Agravo em Execução no. 0007548-57.2015.8.26.0000 rel. Des. FERNANDO TORRES GARCIA).

Vale dizer, portanto, que na unificação da pena, para fins de fixação do termo inicial do prazo para obtenção dos benefícios, devem ser tomadas em conta as normas existentes na lei processual penal, de sorte que a superveniência da condenação, por si só, não tem o condão de alterar o quadro. Assim, por exemplo, se o cometimento do crime objeto da nova condenação ocorreu durante o cumprimento da pena, urge reconhecer-se a prática de falta grave (artigo 52, da Lei nº 7.201/84), o que interrompe o prazo para a progressão de regime, mas não para o livramento condicional, indulto e comutação **(Súmula nº 441; Súmula nº 535; EREsp** nº 1.176486, rel. Min. Napoleão Nunes Filho; RHC nº 37.001, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; **AgRg no HC nº 259.073, rel. Min. Sebastião Reis Júnior; HC nº 180.460, rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira; HC nº 263.540, rel. Min. Campos Marques; HC nº 351.972, rel. Min. Ilan Paciornik).**

Posto isto, dá-se provimento ao agravo, a fim de determinar que o cálculo, para fins de benefícios, seja feito à luz dos parâmetros acima indicados.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1004659-61.2018.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D Oeste, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados WILSON DE ARAÚJO ROCHA, MARCUS ROGÉRIO BALBINA e FERNANDA COSTA BARBOSA BALBINA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público em desfavor de WILSON DE ARAÚJO ROCHA, FERNANDA COSTA BARBOSA BALBINA e MARCUS ROGÉRIO BALBINO, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.912)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 28 de abril de 2021.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Apelação – Estelionato – Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP e elementos de informação indicativos de prática delitiva – Conduta que, a princípio, mostra-se formal e materialmente típica – Absolvição sumária com fundamento no art. 397, III, do CPP – Inviabilidade.

Atendendo a denúncia oferecida aos requisitos do art. 41 do CPP, bem como vindo a exordial acompanhada de elementos de informação indicativos de prática delitiva, não há que se cogitar de absolvição sumária, com fundamento no art. 397, III, do CPP, caso a conduta narrada seja, a princípio, formal e materialmente típica. Deve, assim, a decisão absolutória proferida ser cassada, dando-se regular prosseguimento à ação penal.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 345/351, prolatada pela MMª. Juíza Camilla Marcela Ferrari Arcaro, cujo relatório ora se adota, WILSON DE ARAÚJO ROCHA, FERNANDA COSTA BARBOSA BALBINA e MARCUS ROGÉRIO BALBINO foram absolvidos sumariamente da imputação da prática do delito previsto no art. 171, *caput*, do CP, com fundamento no art. 397, III, do CPP.

Inconformado, apelou o Ministério Público, em busca do afastamento da absolvição sumária dos recorridos, dando-se "seguimento regular ao processo" (fls. 367/369).

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu provimento.

É o Relatório.

O recurso merece prosperar.

Extrai-se da denúncia (fls. 02) que os recorridos foram dados como incursos no art. 171, *caput*, do CP, pelos seguintes fatos:

Consta das inclusas peças de informação que, em 9 de janeiro de 2015,

Acesso ao Sumário

na sede da Câmara Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, situada na Rodovia SP 306, 1001, Santa Bárbara D'Oeste, WILSON, FERNANDA e MARCUS, agindo em concurso e com unidade de desígnios, obtiveram, para proveito de todos, vantagem ilícita, induzindo e mantendo os membros da Mesa Diretora da Câmara Municipal em erro, mediante meio fraudulento.

Segundo apurado, WILSON era vereador da Câmara Municipal de Santa Bárbara D'Oeste (mandato 2013-2016). Nessa qualidade, solicitou à Mesa Diretora da Câmara a nomeação de FERNANDA como sua assessora parlamentar, o que efetivamente ocorreu em 15 de janeiro de 2015 (portaria n. 01/2015). Contudo, FERNANDA, mesmo ciente da nomeação, nunca trabalhou efetivamente como assessora. Quem trabalhava, desde o início, como assessor em seu lugar era MARCUS, seu marido. A solicitação à Mesa Diretora para nomeação de FERNANDA, previamente combinada entre os três, foi realizada apenas para simular sua contratação e, com isso, viabilizar o intento oculto de permitir a contratação real e remunerada de MARCUS, que não podia ser contratado porque não possuía nível superior de escolaridade, grau exigido como requisito legal para admissão. Através deste artifício, os demandados induziram a Mesa Diretora em erro e causaram prejuízo ao erário, consistente na liberação dos pagamentos a MARCUS por intermédio de FERNANDA, no importe total não atualizado de R$ 35.534,41 (valor histórico, até 7 de janeiro de 2016, quando ela foi exonerada pelo ato da mesa n. 01/2016).

A denúncia foi recebida (fls. 313/314) e, após a apresentação de defesa preliminar pelos acusados (fls. 324/330), foram eles absolvidos sumariamente pela Magistrada *a quo*, que reputou serem atípicos os fatos narrados na exordial, sob os seguintes fundamentos, extraídos de fls. 347/350:

In casu, não existe um sujeito passivo determinado. Desconhece-se quem efetivamente foi induzido em erro e quem sofreu os prejuízos. Narra a denúncia que membros da Mesa Diretora da Câmara dos Vereadores foram induzidos em erro, mas trata-se de um órgão colegiado, sem personalidade jurídica, e seus membros não foram definidos nem determinados pelo *Parquet*. Não há como induzir pessoas indeterminadas em erro, até mesmo porque há de ser avaliado, no caso em concreto, a capacidade de discernimento da vítima, tanto assim que crianças, o débil mental ou aquele que não tem capacidade natural de ser iludido, não são considerados sujeitos passivos do crime de estelionato.

O tipo penal é claro: 'alguém' deve ser induzido ou mantido em erro, e este só pode ser a pessoa humana, dotada de capacidade intelectiva, tanto assim que no crime de homicídio, o objeto material da ação de matar é 'alguém', representando a pessoa humana titular do bem jurídico vida.

Impossível cogitar-se, portanto, em induzimento de pessoa jurídica, de um animal, de um órgão colegiado, ou mesmo de uma máquina, em

Acesso ao Sumário

erro, porque estes não são 'alguém'. [...] Da mesma forma, a sociedade não pode ser sujeito passivo do crime de estelionato, pois o bem jurídico protegido é o patrimônio no plano individual. Se existe prejuízo ao erário, estamos diante de um ato de improbidade administrativa, que caracteriza um ilícito civil, e não penal.

Fato é que a conduta dos acusados de fraudar a nomeação da funcionária, malgrado contenha alto grau de reprovação moral e social, não caracteriza o crime de estelionato, pois conforme dito alhures, é necessária a existência de vítima certa e determinada; além disso, é imprescindível a existência de prejuízo patrimonial, o que pode não ter se verificado, diante da informação constante da denúncia de que o acusado Marcus Rogério prestou serviços no lugar da acusada Fernanda.

De se esclarecer que o emprego de uma fraude no âmbito administrativo pode resultar em punições disciplinares ou mesmo condenações na área cível, o que já ocorreu no caso em tela, pois os acusados foram condenados na ação civil pública por ato de improbidade administrativa (autos de nº 1004639-75.2015, que tramitou perante a 1ª Vara Cível local), nas sanções previstas no artigo 12, da Lei nº 8.492/92, conforme se observa da sentença de fls. 294/302.

A intervenção do direito penal, para este mesmo fato, não se faz pertinente nem proporcional, pois este ramo do direito só deve atuar nos casos em que comprovada de forma concreta a conduta criminosa do agente. É a aplicação dos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da ofensividade, indicando que o direito penal só pode atuar em última hipótese (ultima ratio), isto é, quando os outros ramos do direito, tais como o direito civil, administrativo, não forem suficientes para punir o agente e compor o conflito.

[...] Os acusados foram condenados na ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa ao ressarcimento dos danos, multa civil, proibição de contratação e de obter benefícios com o poder público, e teve os direitos políticos suspensos. São sanções severas e proporcionais à conduta ora imputada, suficientes, portanto, para puni-los pela fraude empregada contra a Administração Pública.

Na esfera penal, inexistindo determinação do sujeito passivo no fato imputado aos acusados, não há que se falar em crime de estelionato, acarretando no reconhecimento da atipicidade da conduta. Impõe-se, neste cenário, a absolvição sumária.

A decisão ora apelada de fato comporta reforma, pois os fatos narrados não são manifestamente atípicos, diversamente do que entendeu a Magistrada *a quo*.

Em primeiro lugar, os sujeitos passivos do crime perpetrado encontram-se devidamente determinados.

De acordo com o que se infere da denúncia, os membros da Mesa Dire-

Acesso ao Sumário

tora da Câmara Municipal teriam sido ludibriados, ou seja, induzidos em erro, tendo o erário municipal experimentado o prejuízo decorrente do expediente fraudulento empregado.

Muito embora os nomes dos membros da Mesa Diretora da Câmara Municipal não tenham constado expressamente da denúncia, basta checar o documento encartado a fls. 08 ("ato da mesa n. 01/2015"), que nomeou Fernanda para o cargo em comissão de assessora parlamentar e que instruiu o presente procedimento, para verificar que Edison Carlos Bortolucci Junior foi Presidente da Mesa, que Felipe Sanches Silva foi o Vice-Presidente, bem como que Emerson Luis Grippe e Celso Luis de Avila Bueno foram, respectivamente, o primeiro e o segundo Secretários.

As pessoas ludibriadas encontram-se, assim, suficientemente individualizadas, de modo que, embora não haja menção expressa de suas qualificações na exordial, está-se diante de mera irregularidade que não impede o exercício da ampla defesa por parte dos recorridos.

Em outras palavras, conquanto seja inegável que a descrição dos fatos contidos na denúncia pudesse ter sido melhor elaborada, os fatos criminosos imputados aos réus, com todas as suas circunstâncias, podem ser, contudo, adequadamente extraídos da descrição constante da exordial, se considerada em conjunto com os documentos que a acompanharam, notadamente o encartado a fls. 08.

Deve ser ressaltado que o "membro, pessoa física, não se confunde com o órgão que ele integra", sendo que o fato de não terem sido identificados nominalmente na denúncia os membros ludibriados "não significa que não sejam pessoas determinadas e identificáveis" (fls. 368).

O fato de o prejuízo, decorrente do pagamento de diversos vencimentos a funcionária nomeada, que nunca realmente trabalhou, ter sido suportado pelo Município de Santa Bárbara D'Oeste, afetando diretamente a dotação orçamentária do respectivo Poder Legislativo, não impede, outrossim, a caracterização do delito de estelionato.

Acesso ao Sumário

Não consta do referido tipo penal, com efeito, que bem jurídico tutelado seja o patrimônio particular, como entendeu a Juíza sentenciante – o Título II do CP trata, com efeito, "dos crimes contra o patrimônio", sem maior especificação. Aliás, tanto é descabida a tese apresentada pela Juíza *a quo*, que o art. 171, § 3º, do CP, prevê como majorante o cometimento de crime "em detrimento de entidade de direito público".

Não deve ser alegado, tampouco, ainda mais neste momento processual, que não teria havido prejuízo ao erário municipal, decorrente de Marcus Rogério ter supostamente prestado o serviço para o qual Fernanda havia sido nomeada. Como bem ponderado na minuta recursal, a fls. 369:

> Houve evidente prejuízo patrimonial. A nomeação para cargo público comissionado, como, aliás, em qualquer relação de trabalho, é de caráter personalíssimo. Estabelece-se uma relação sinalagmática, através da qual a pessoa presta os serviços direta e pessoalmente, recebendo o pagamento como contraprestação do trabalho executado. Se não trabalha, não merece receber. O fato de outra pessoa ter trabalhado em seu lugar não afasta o prejuízo, já que esta pessoa exerceu função de fato, não havendo justo título para que reclame valores do Estado. O Judiciário já reconheceu a ocorrência do prejuízo no plano cível, que é, repita-se, evidente (ver fls. 301).

De todo modo, ainda que a capitulação delitiva venha a comportar eventual modificação, tal circunstância não torna penalmente atípicas as condutas perpetradas pelos apelados.

Igualmente não afasta a tipicidade criminal o fato de as condutas praticadas terem caracterizado atos de improbidade administrativa, pois o art. 12 da Lei n. 8.429/92 estabelece a plena independência entre as esferas penal, cível e administrativa.

Assim, ainda que os agentes tenham sido responsabilizados pelos atos de improbidade administrativa que cometeram, recebendo penalidades de ressarcimento dos danos, multa civil, proibição de contratar e de obter benefícios com o Poder Público, bem como suspensão de direitos políticos (conforme inclusive se extrai do Ven. Acórdão encartado a fls. 395/413), tal circunstância não afasta sua necessária responsabilização na esfera penal.

Mostra-se bastante precoce, outrossim, afirmar com propriedade, como se fez na r. sentença, que a intervenção do Direito Penal, pelo princípio da fragmentariedade, se mostraria desnecessária no caso em comento, diante da "já suficiente" condenação dos recorridos pelos atos de improbidade administrativa. Como mais uma vez bem pontuado nas razões recursais, a fls. 369:

> [...] a lesão ao bem jurídico penalmente tutelado é flagrante. O ataque ao patrimônio público mediante fraude é ato dos mais graves, envolvendo, para usar as palavras empregadas na sentença, 'alto grau de reprovação moral e social' (fls. 348). Representa a subversão completa da lógica da função pública, onde o cargo público é instrumento para bem servir o público, e não para que o agente dele se sirva, satisfazendo seus interesses pessoais. Chega a chocar, no contexto de reação pública pelo resgate da ética na política nacional, que se considere o fato penalmente atípico por não ofender o bem jurídico protegido.

Em resumo, não se vislumbra, ao menos neste momento processual, manifesta atipicidade das condutas imputadas aos réus, apta a ensejar a absolvição sumária dos recorridos, nos termos do art. 397, III, do CPP.

Atendendo a denúncia oferecida aos requisitos do art. 41 do CPP, bem como vindo a exordial acompanhada de elementos de informação indicativos de

Acesso ao Sumário

prática delitiva, não há que se cogitar de absolvição sumária, com fundamento no art. 397, III, do CPP, com efeito, caso a conduta narrada seja, a princípio, formal e materialmente típica, como na hipótese dos autos.

É de rigor, pois, a cassação da r. sentença ora recorrida, dando-se regular prosseguimento ao processo criminal em pauta.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público em desfavor de WILSON DE ARAÚJO ROCHA, FERNANDA COSTA BARBOSA BALBINA e MARCUS ROGÉRIO BALBINO, a fim de cassar a decisão de absolvição sumária proferida, dando-se regular prosseguimento ao processo criminal em pauta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501965-79.2018.8.26.0495, da Comarca de Registro, em que é apelante ANÉSIO SOUSA MATEUS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram a preliminar de nulidade e, no mérito, negaram provimento ao apelo defensivo, mantida, na íntegra, a r. sentença condenatória por seus próprios fundamentos. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.187)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 3 de maio de 2021.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROCESSO PENAL. Nulidade por cerceamento de defesa. Inocorrência. Retirada do réu da sala virtual durante a audiência por videoconferência. Temor manifestado pela vítima e pela testemunha. Providência necessária à regular e produtiva coleta da prova oral. Ausência de prejuízo ao exercício da ampla defesa. Permanência da Defensora Pública no ambiente virtual. Preliminar rejeitada.

ROUBO. Conduta de subtrair, mediante grave ameaça, de R$10,00 pertencentes ao dono de estabeleci-

mento comercial. Configuração. Negativa isolada. Imputação confirmada pela vítima e por testemunha presencial. Reconhecimento fotográfico na delegacia. Ato corroborado em juízo. Pretendida desclassificação para furto. Inadmissibilidade. Grave ameaça anterior à subtração. Simulação do emprego de arma ao anunciar o assalto e exigir a entrega do dinheiro. Ação apta a provocar temor na vítima e reduzir-lhe a capacidade de resistência. Tipicidade formal e material. Pretendido reconhecimento do crime de bagatela. Inadmissibilidade. Ofensividade da subtração, praticada mediante grave ameaça. Condenação mantida. PENA. Elevação de 1/6 justificado pela agravante da reincidência. Concretização em 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa, no piso. Manutenção do regime fechado. Desprovimento do apelo defensivo.

VOTO

1. ANÉSIO SOUSA MATEUS (RG nº (...) e (...)) foi denunciado, por infração ao artigo 157, *caput*, do Código Penal porque, no dia 13 de setembro de 2018, por volta das 22 horas, no bar situado na rua Dois, nº 36, município de Sete Barras, comarca de Registro, mediante grave ameaça, subtraiu, para si, simulando emprego de arma de fogo, a quantia de R$10,00 pertencente a Luiz Carlos Gomes, proprietário do estabelecimento comercial.

Processado o feito, pela r. sentença de fls. 282/290, cujo relatório se adota, acabou condenado, nos termos da denúncia, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime intermediário, mais 11 (onze) dias-multa, no menor valor unitário, sem direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, apelou, representado pela Defensoria Pública, pugnando pela reforma do julgado. Preliminarmente, alegando cerceamento de defesa, argui nulidade devido a ter sido impedido de permanecer na sala virtual durante a audiência realizada por videoconferência. No mérito, insiste na absolvição por falta de prova da autoria. Salienta, em abreviado, a invalidade do reconhecimento fotográfico por inobservância dos requisitos previstos no artigo 266 do Código de Processo Penal. Alega, ainda, inconsistência da prova oral porque, primeiro, a vítima, que, em juízo, mudou a versão apresentada na delegacia ao afirmar que já conhecia o acusado e, segundo, porque a testemunha Gilmar disse ter visto apenas o réu entrando e saindo do local, sem presenciar, contudo, a subtração. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação para o crime de furto, pois não evidenciada a elementar da grave ameaça, extraindo-se dos autos que con-

Acesso ao Sumário

duta não foi minimamente revestida de eficácia intimidativa apta a constranger o ofendido e reduzir sua capacidade de resistência. Busca, ainda, a absolvição fundada na atipicidade material do fato, considerada a insignificância do valor subtraído, bem como a fixação do regime intermediário, tendo em vista a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a pena concretizada, inferior a oito anos. Prequestiona, por fim, os seguintes dispositivos: artigos 226; 386, inciso V e 564, inciso IV e, do Código de Processo Penal, bem como os artigos 33, § 2º e 155 do Código Penal.

Derradeiramente, a Defensoria Pública requereu fosse-lhe aberta vista dos autos, nesta Instância, para se manifestar, em observância do contraditório, sobre o parecer lançado pela Procuradoria Geral de Justiça (fls. 318/328).

Contrariado o recurso (fls. 332/334), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Perseu Gentil Negrão, pelo desprovimento (fls. 343/353).

É o relatório.

2. Não procede, em qualquer de suas pretensões, o reclamo defensivo.

A respeito da pretensão deduzida pela Defesa no sentido de manifestar-se, nesta Instância, após o parecer ministerial, não lhe assiste razão, pois, atuando o MINISTÉRIO PÚBLICO, no âmbito de suas prerrogativas, como fiscal da lei, não há falar em contraditório nem na desigualdade de tratamento entre as partes, principalmente porque, nessa função, a Procuradoria Geral de Justiça atua de forma isenta, não vinculada ao interesse do titular da ação penal.

Diferente não é o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

"*Após a manifestação ministerial como custos legis no segundo grau de jurisdição não há contraditório a ser assegurado, tendo em vista que o Parquet não atua como parte da relação processual (Precedentes do STJ e do STF). Ao atuar em sede recursal opinando, a Procuradoria-Geral de Justiça possui a função de custos legis, com a atribuição somente de assegurar a correta aplicação do direito, desempenhando atividade fiscalizadora do exato cumprimento da lei, de tal sorte que é dotada de imparcialidade, porquanto não está vinculada às contrarrazões oferecidas pela Promotoria de Justiça, esta sim, parte da relação processual*" (HC nº 207.319/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 17 de maio de 2012, VU).

No tocante às questões relacionadas à persecução penal em si, a sentença condenatória mostra-se irretorquível.

O feito tramitou regularmente, observando-se as diretrizes do devido processo legal, assegurando-se o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Bem por isso, não vislumbro a nulidade invocada pela combativa Defensora Pública.

Acesso ao Sumário

Em verdade, a retirada do réu da sala virtual, embora não prevista casuisticamente pela legislação de regência, constitui providência que se alinha ao poder geral de cautela do Magistrado, responsável pela regular condução da audiência, visando assegurar a produtiva coleta da prova oral.

No caso, a vítima e a testemunha Gilmar Ramos Martins manifestaram temor em falar na presença de ANÉSIO, razão porque o acusado foi impedido de participar dessa parte da audiência, retornando, em seguida, para ser interrogado. Permaneceu, no ambiente virtual, contudo, sua Defensora, não ocorrendo, dessa forma, prejuízo efetivo ao exercício do direito à ampla defesa que justificasse a anulação do processo.

À toda evidência, diante do conflito de interesses havido na situação mencionada, entre o direito do réu participar efetivamente do ato e o interesse público na regular e eficiente produção de prova, a decisão de retirá-lo da sala se alinha ao disposto no artigo 217 do Código de Processo Penal, que autoriza tal providência quando a presença do acusado puder "causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade depoimento.

É verdade que o mencionado dispositivo traz a própria videoconferência como alternativa para conferir maior privacidade e tranquilidade às vítimas e testemunhas e, somente na impossibilidade de utilização desse recurso tecnológico, autoriza a retirada do réu da sala. A despeito disso, cabível, na hipótese, aplicação do artigo 217 para estender a restrição da presença do acusado mesmo no ambiente virtual, pois onde há a mesma razão, deve haver a mesma solução.

Acertada, portanto, a solução destinada na origem, inclusive justificada também na sentença, ao referir que "a sugestão da Defesa, de que apenas o vídeo do acusado fosse desligado, não é suficiente para fazer cessar eventual humilhação, temor ou sério constrangimento. Com a adoção de tal providência, a vítima não veria o acusado, mas este conseguiria ver e ouvir a vítima. O ofendido, então, ciente de que o acusado o estaria vendo e ouvindo, se sentiria temeroso e constrangido de qualquer forma. A providência de retirada do acusado da audiência não serve para que a vítima não veja o réu, mas para que este não veja nem ouça o ofendido. A Justiça, ademais, não deve atuar exclusivamente no interesse do acusado, mas sim conciliar os interesses de todos os envolvidos nos processos judiciais, a fim de que as decisões judiciais sejam sempre justas".

Rejeito, pois, à vista desses fundamentos, a preliminar de nulidade invocada pela Defesa.

No mérito, a procedência da ação penal era medida de rigor.

ANÉSIO foi condenado porque, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, subtraiu, para si, mediante grave ameaça, a quantia de

Acesso ao Sumário

R$10,00 do proprietário do bar onde se deram os fatos.

A materialidade e a autoria são incontroversas, porquanto demonstradas pelo boletim de ocorrência de fls. 6/7, pelo auto de reconhecimento fotográfico (fls. 9), pelo relatório de investigação (fls. 10/13) e pela prova oral produzida.

Tanto o ofendido, dono do bar onde se deram os fatos, como a testemunha Gilmar, que se encontrava na porta do estabelecimento comercial, confirmaram, em declarações e depoimentos complementares entre si, a autoria do roubo perpetrado pelo acusado.

Isto porque a vítima relatou, nas duas oportunidades em que foi inquirida, que se encontrava lavando copos quando ANÉSIO ingressou no bar e, com uma das mãos sob a camisa, fazendo menção de estar armado, anunciou o assalto e exigiu a entrega do dinheiro que possuía. Sem resistir, entregou-lhe R$10,00, em poder dos quais o acusado se evadiu, tomando rumo ignorado. Indagado, respondeu que o réu já havia frequentado o bar dias antes do roubo.

A testemunha Gilmar, por sua vez, confirmou que o réu, antes de entrar no estabelecimento comercial, pediu-lhe um cigarro. Em seguida, dirigiu-se ao balcão, onde se encontrava o ofendido. Não presenciou o momento da subtração, mas ouviu a vítima bradar que estava sendo assaltada, momento em que ANÉSIO deixou o local correndo.

No distrito policial, Gilmar reconheceu, por fotografia, o acusado, conforme auto de fls. 9, o que foi confirmado na audiência, afastando-se, desse modo, a alegada precariedade do reconhecimento efetuado na delegacia, inclusive porque a testemunha já o conhecia de vista.

O depoimento do policial civil Ronaldo Costa Mendes, prestado em juízo, embora não tenha presenciado o crime, é esclarecedor quanto às diligências efetuadas para elucidação da autoria, revelada e confirmada tanto pela vítima, como pela testemunha Gilmar, que reconheceram ANÉSIO por foto. Disse, ainda, ter o ofendido comentado que o réu o procurou para se desculpar pelo ocorrido, inclusive por medo de ser processado pelo delito praticado.

Acesso ao Sumário

Interrogado nas duas fases da persecução criminal, o apelante negou a autoria. Sua versão, singela e totalmente isolada do conjunto probatório, não convence, evidenciando-se que, no exercício da autodefesa, mentiu, procurando se esquivar da responsabilidade pelo delito praticado.

Todos esses elementos dão pleno suporte à imputação inicial. Tem-se, portanto, prova robusta, apta a justificar a procedência da ação penal.

Induvidoso, nesse sentido, que a subtração foi precedida de intimidação, sendo certo que a simples exigência do bem, mediante simulação do porte de arma, nas circunstâncias descritas na denúncia, traz, implicitamente, a grave ameaça, pois suficiente o temor incutido para reduzir ou anular a capacidade de resistência do sujeito passivo, principalmente diante da possibilidade do agente

fazer uso da arma que fez menção de carregar, evidenciando, desse modo, a elementar que distingue o roubo do furto.

A despeito de não ter havido emprego de arma, branca ou de fogo, a simulação de portá-la constitui ameaça suficiente à configuração do tipo do artigo 157, *caput*, do Código Penal.

Inegável, no caso, o poder intimidatório do anúncio de um assalto. Trata-se de expressão com nítido caráter ameaçador, que dispensa a exibição de qualquer armamento e, até mesmo, do anúncio do mal a ser produzido, em caso de reação da vítima.

Sobejamente demonstrada, enfim, a autoria do roubo.

Não obstante a pequeneza do valor subtraído, o desapossamento se deu mediante grave ameaça, circunstância que afasta a incidência do princípio da insignificância.

Segundo entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento do crime de bagatela exige os seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No caso, a grave ameaça, elementar do roubo, revela a alta ofensividade da conduta.

Sobre a caracterização da bagatela no crime de roubo, a Suprema Corte já decidiu desfavoravelmente à tese defensiva. *In verbis*:

"É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em HC não provido" (RHC nº 106.360/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 4.10.12, V.U.).

Ademais, trata-se de réu reincidente, já condenado a 13 anos e 4 meses de reclusão, por latrocínio praticado março de 2009 e trânsito em julgado ocorrido em junho de 2012.

Formal e materialmente típica, enfim, a conduta dos acusados.

As penas foram criteriosamente fixadas, levando-se em conta, na segunda fase, a sobredita agravante, certificada a fls. 77/78 e que justificou o acréscimo de 1/6, totalizando 4 anos e 8 meses de reclusão, no regime fechado, mais 11 dias-multa, no piso.

Por fim, embora a pena concretizada não supere oito anos, a gravidade *in concreto* do delito e a reincidência evidenciam da periculosidade do agente, impondo resposta proporcional por parte do Estado, razão porque, atento aos fins de repressão e prevenção da criminalidade, mantenho o regime prisional mais gravoso.

Acesso ao Sumário

3. Diante do exposto, pelo meu voto, considerando atendido o prequestionamento dos dispositivos invocados, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao apelo defensivo, mantida, na íntegra, a r. sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000446-21.2017.8.26.0062, da Comarca de Bariri, em que é apelante/apelado HEITOR FELIPPE, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso defensivo, e deram parcial provimento ao apelo ministerial, para majorar a pena de HEITOR FELIPPE para 1 ano, 9 meses e 23 dias de reclusão, mais o pagamento de 16 dias multa, no piso, mantida, no mais, a r. Sentença. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.980)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLÁUDIO MARQUES (Presidente) e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 5 de maio de 2021.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: APROPRIAÇÃO INDÉBITA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – DEFESA REQUER A ABSOLVIÇÃO – MINISTÉRIO PÚBLICO PUGNA PELA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE, RECRUDESCIMENTO DO REGIME INICIAL E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO EM DESFAVOR DO ACUSADO – DOSIMETRIA – MAJORAÇÃO DA PENA-BASE – NECESSIDADE – ELEVADO MONTANTE APROPRIADO PELO RÉU, ADVOGADO DA VÍTIMA – REGIME INICIAL ABERTO COMPATÍVEL AO 'QUANTUM' DE PENA IMPOSTA E À PRIMARIEDADE DO ACUSADO – PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA

Acesso ao Sumário

A SUBSTITUIÇÃO POR PENAS ALTERNATIVAS – RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO E RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por **HEITOR FELIPPE** e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. sentença de fls. 302/205, que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar o réu à pena de **1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 14 dias-multa, no piso, substituída a carcerária por prestação pecuniária de três salários mínimos e prestação de serviços à comunidade**, por incurso no artigo 168, §1º, inciso III, do Código Penal.

Inconformadas, recorrem as partes (fls. 316/319 e 326/330).

Requer a defesa a absolvição, ao passo que a acusação pleiteia o aumento da pena-base, o recrudescimento do regime inicial de expiação e o afastamento das penas restritivas de direitos.

Regularmente processados, com as contrarrazões (fls. 326/330 e 322/346), manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do apelo ministerial e pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 354/359).

É o Relatório.

Narra a denúncia que, em 11 de outubro de 2016, em horário incerto, na agência do Banco do Brasil, na cidade e comarca de Bariri, **HEITOR FELIPPE** apropriou-se de coisa alheia móvel de que detinha posse em razão do exercício da profissão, consistente em R$31.774,25 pertencentes a **Manoel Benedito Rodrigues**.

Conforme se apurou, o réu é advogado atuante em ações de cunho previdenciário. Em data não especificada, mas antes dos fatos supramencionados, a vítima contratou o acusado para a propositura de ação previdenciária (autos nº 0003833-88.2010.8.26.0062).

Em 5 de setembro de 2016 foi expedido alvará de recebimento dos benefícios pleiteados. Desse modo, os valores devidos retroativamente foram depositados em juízo e expedidos os competentes mandados de levantamento em nome do réu, o qual efetuou o levantamento total dos valores, dos quais, em seguida, se apropriou.

Evidenciou-se que o numerário apropriado não se referia aos honorários advocatícios, os quais incidiriam sobre percentual, e não sobre o valor total.

O crime foi descoberto porque o ofendido se deslocou ao cartório judiciário correspondente a fim de obter informações sobre eventual pagamento, oportunidade em que foi informado de que o levantamento já havia sido feito

Acesso ao Sumário

pelo patrono.

A materialidade restou comprovada pelo comprovante de resgate (fl. 06), alvará (fl. 08) e pela prova oral colhida.

No tocante à autoria:

Em delegacia, a vítima **Manoel Benedito Rodrigues** informou que contratou os serviços do réu para ajuizar ação previdenciária perante o INSS em 2010. Com o trânsito em julgado de procedência da ação, no valor de R$31.238,22, foi notificado pessoalmente. Entretanto, ao comparecer em cartório, foi informado de que o acusado já havia levantado todo o valor. Negou ter assinado recibo (fls. 05 e 11).

Em juízo, ratificou suas declarações. Disse que recebeu uma carta do INSS informando que ele possuía valores atrasados a receber. Contratou outro advogado e foi ao banco, oportunidade em que soube que os valores já haviam sido sacados. Não recebeu nenhum valor referente à ação (mídia).

Milene Daiane Rodrigues Martins ratificou as declarações da vítima, seu genitor. Disse que o réu informou que não havia nenhum valor a receber (mídia).

Daniela Viviane Rodrigues Izidoro, filha da vítima, esclareceu que sua mãe ingressou com um processo com pedido de aposentadoria, mas faleceu antes que este terminasse. Seu genitor, então, recebeu uma carta do INSS informando que havia valores a receber. Após irem ao banco, descobriram que o valor já havia sido sacado pelo acusado.

O réu negou as imputações. Disse possuir recibo comprovando o repasse de 70% do valor levantado. Efetuou o repasse em espécie (mídia).

Em que pese a irresignação defensiva, a condenação era mesmo de rigor.

Em primeiro lugar, o resgate dos valores pelo acusado foi comprovado pelo documento de fl. 06, no montante de R$31.774,25.

Ocorre que as alegações do réu, bem como o suposto comprovante de fls. 301, não se mostraram bastantes para infirmar a versão acusatória.

Com efeito, o recibo de fls. 301 indica o recebimento de R$22.250 em espécie pela vítima no dia 11/10/16, mesmo dia em que efetuado o levantamento pelo acusado.

Todavia, o ofendido nega veementemente ter recebido o montante, bem como nega ter assinado o aludido recibo. Não é crível, outrossim, que a vítima tenha recebido o valor de R$22.250 em espécie sem que se recorde de tal fato.

Impende ressaltar inexistirem elementos a indicar que a vítima e as testemunhas ouvidas estejam alterando a verdade dos fatos.

Ademais, como bem ressaltou a r. sentença, ***"Não se deve perder de vista, ainda, que a prática descrita pela vítima é a mesma mencionada por inúmeras***

outras vítimas em inúmeros outros processos com o mesmo mote contra o ora acusado, nos quais constatou-se que este fazia com que as vítimas, de origem simples, assinassem recibos em branco para posteriormente serem preenchidos pela ora acusado".

No mais, consta do comprovante de fl. 06 que o acusado recebeu a quantia referente à ação previdenciária em conta de sua titularidade no Banco do Brasil, porém, efetuou o saque do valor integral, e não do montante supostamente repassado à vítima.

Não há no caderno processual, outrossim, comprovação de qualquer movimentação financeira dando conta de que o acusado visou repassar os valores devidos ao ofendido.

Assim sendo, como bem salientou o magistrado sentenciante, o suposto recibo colacionado à fl. 301 não guarda compatibilidade com o restante da prova produzida, não sendo suficiente, por si só, para infirmar a versão acusatória.

Fica mantida, pois, a condenação, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Da dosimetria:

A pena-base foi fixada no mínimo legal.

No entanto, não se pode perder de vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes no caso *sub judice*, porquanto reprováveis as circunstâncias do delito. O réu é advogado da vítima e, aproveitando-se de sua simplicidade e falta de conhecimento, a demonstrar sua patente vulnerabilidade, apropriou-se de vultosa quantia monetária, superior a trinta mil reais.

Assim, fica a pena-base majorada em 1/6, perfazendo **1 ano e 2 meses de reclusão mais o pagamento de 11 dias-multa, no piso.**

Na segunda etapa, incidiu a agravante do artigo 61, II, "h", uma vez que a vítima é maior de 60 anos, majorando-se a pena em mais 1/6, a perfazer **1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 12 dias multa, no piso.**

Por fim, escorreito o aumento em 1/3, em virtude da causa de aumento do artigo 168, §1º, III, do Código Penal, uma vez que praticou o delito em razão de ofício, emprego ou profissão. Assim, recalculada, fica a pena definitiva em **1 ano, 9 meses e 23 dias de reclusão, mais o pagamento de 16 dias multa, no piso.**

O regime inicial aberto se mostrou adequado ao caso em tela. Em que pesem as circunstâncias reprováveis do delito, o acusado não possui condenação definitiva com trânsito em julgado, sendo, pois, primário e sem maus antecedentes.

Do mesmo modo, os requisitos do artigo 44, do Código Penal, restaram preenchidos, dado o *quantum* de pena imposta, bem como sendo o réu primário

Acesso ao Sumário

e o crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso defensivo, e dá-se parcial provimento ao apelo ministerial, para majorar a pena de HEITOR FELIPPE para 1 ano, 9 meses e 23 dias de reclusão, mais o pagamento de 16 dias multa, no piso, mantida, no mais, a r. Sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503114-37.2018.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado J.C.R.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso para a manutenção da r. sentença pelos seus próprios fundamentos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.945)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), MARIA TEREZA DO AMARAL e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 6 de maio de 2021.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: Processo penal – Crime de competência do Juizado Especial Criminal – Anulação dos atos – Não cabimento – Nulidade relativa – Precedentes – Tese não arguida no momento oportuno – Ausência de prejuízo ao réu – Preliminar rejeitada;

Resistência – Ausência de provas que a conduta praticada pelo réu se adequa ao tipo penal – Absolvição mantida – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

J.C.R., qualificado nos autos, foi denunciado e processado perante o juízo da 1ª Vara da Comarca de São Pedro, apontado como incurso no art. 329 do Código Penal.

Isso porque, no dia 17 de agosto de 2018, por volta das 23 horas, na Rua

Acesso ao Sumário

(...), nº (...), Jardim Botânico II, na cidade de São Pedro, opôs-se à execução de ato legal, mediante violência praticada contra o policial militar Rubens Zanetti Junior, competente para executá-lo.

Após regular instrução, sobreveio a r. sentença de fls. 153/154, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Dr. Luís Carlos Maeyama Martins que julgou improcedente a ação penal e absolveu o acusado, por insuficiência de provas.

Inconformada apela a representante do Ministério Público sustentando a nulidade do feito, por incompetência do juízo. No mérito, busca a reversão do julgado, sob o argumento de que a prova, ao contrário do que entendeu o Magistrado de primeiro grau, é segura e suficiente à condenação do acusado (fls. 159/173).

Recebido o recurso (fls. 150), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 175/176).

Bem processado o apelo, a d. Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo seu provimento para a condenação do réu nos termos da denúncia (fls. 184/187).

É o relatório.

Cuida-se de recurso interposto pela representante do Ministério Público em exercício perante a 1ª Vara da Comarca de São Pedro, contra a r. sentença, que julgou improcedente a ação penal, absolvendo J.C.R. da acusação de ter praticado o delito previsto no art. 329 do Código Penal.

E, na análise dos argumentos trazidos com o recurso, cumpre inicialmente rejeitar a preliminar arguida pelo Ministério Público.

De acordo com o que dispõe o art. 61 da Lei nº 9.099/95, a competência dos juizados especiais é determinada pelo grau da pena cominado, abarcando as contravenções e os crimes definidos como de "menor potencial ofensivo", ou seja, aqueles em que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa, ressalvados, evidentemente, os casos legalmente excluídos.

Nesse contexto, a competência para processar e julgar o crime previsto no art. 329 do Código Penal, que se enquadra no conceito de "crime de menor potencial ofensivo", pois prevê a pena de detenção, de 2 meses a 2 anos, indiscutivelmente era do Juizado Especial Criminal da Comarca de São Pedro, pertencente à 4ª Região Administrativa Judiciária e integrante da 34ª Circunscrição Judiciária.

Acontece que a competência do juizado não pode ser tida como absoluta, pois não há no ordenamento jurídico qualquer dispositivo que imponha esse regramento.

Na realidade, a criação dos juizados especiais foi a de apresentar à sociedade um sistema processual mais célere e econômico no aspecto formal, não de

Acesso ao Sumário

subtrair competência do juízo comum.

Aliás, o próprio § 2º, do art. 77, e § único do art. 66, da Lei nº 9.099/95, excetuam a competência do juizado, prevendo hipóteses de envio dos autos ao juízo comum diante da complexidade da causa ou mesmo no caso em que o réu não foi encontrado para ser citado pessoalmente, não havendo como se sustentar a tese de que ostentam competência absoluta para julgar os delitos de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, há inúmeros precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ARTS. 1º E 2º DA LEI N. 11.313/2006. ALTERAÇÕES NO CAPUT E NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 60 DA LEI N. 9.099/1995 E NO ART. 2º DA LEI N. 10.259/2001. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. INCIDÊNCIA DAS REGRAS PROCESSUAIS DE CONEXÃO E CONTINÊNCIA. VIGÊNCIA DE OUTRAS PREVISÕES LEGAIS DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. GARANTIA DE APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA TRANSAÇÃO PENAL E DA COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS NO JUÍZO COMUM. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. É relativa a competência dos Juizados Especiais Criminais, pela qual se admite o deslocamento da competência, por regras de conexão ou continência, para o Juízo Comum ou Tribunal do Júri, no concurso de infrações penais de menor potencial ofensivo e comum. 2. Os institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/1995 constituem garantia individual do acusado e têm de ser assegurados, quando cabíveis, independente do juízo no qual tramitam os processos. 3. No § 2º do art. 77 e no parágrafo único do art. 66 da Lei n. 9.099/1995, normas não impugnadas, também se estabelecem hipóteses que resultam na modificação da competência do Juizado Especial para o Juízo Comum. Ação direta julgada improcedente" (ADI nº 5264, Relatora Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. 7/12/2020, d. da publicação 4/2/2021);

"HABEAS CORPUS. CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 303, 306 E 308, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. JULGAMENTO PELO JUIZADO CRIMINAL ESPECIAL. NULIDADE RELATIVA. Os Juizados Especiais não são competentes julgar processos relativos aos crimes tipificados nos artigos 303, 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro, por não se enquadrarem no conceito de "menor potencial ofensivo". O entendimento firmado nesta Corte é de que a arguição de nulidade, fundada na incompetência do Juizado Especial, reclama demonstração de prejuízo. A anulação do acórdão proferido no recurso respectivo pela Turma Recursal, a fim de que o julgamento seja feito pelo Tribunal de Justiça, minimiza a relevância da alegação de incompetência do

Acesso ao Sumário

Juizado Especial (HC 81.510, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence). Ordem parcialmente concedida" (HC 85.350, Relator: EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 02-09-2005 PP-00025 EMENT VOL-02203-1 PP-00188 LEXSTF v. 27, n. 323, 2005, p. 410-415 RTJ VOL-00195-01 PP-00243);

"HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. NULIDADE RELATIVA. PRECEDENTE. 1. Sendo a pena máxima do crime tipificado no art. 306, do CTB, de três anos, não se trata de crime de menor potencial ofensivo, razão pela qual falece ao Juizado Especial Criminal competência para o julgamento do feito. 2. A declaração de nulidade por incompetência do Juizado Especial depende da demonstração de prejuízo. 3. Habeas corpus parcialmente concedido para anular o acórdão proferido pela Turma Recursal, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para julgamento da apelação, como entender de direito". (HC 85019, Relatora: ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 04-03-2005 PP-00029 EMENT VOL-02182-03 PP-00511 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 497-503 RF v. 101, n. 380, 2005, p. 388-391).

Por aqui, o que se verifica é que as partes não arguiram a incompetência em nenhuma fase do processo (fls. 110/111, 138/147 e 148/149), de modo que operou-se a preclusão do tema.

Na realidade, o Ministério Público, nas alegações finais, frisou que não vislumbrava nenhuma nulidade a ser declarada no curso do processo (fls. 139), não sendo razoável que agora, diante da improcedência da ação, queira inovar em sede recursal alegando nulidade.

Assim, tratando-se de nulidade relativa não arguida em momento oportuno, não se vislumbrando, por outro lado, qualquer prejuízo ao réu, fica rejeitada, pois, a preliminar arguida.

No mérito, na análise dos argumentos trazidos com o recurso, forçoso concluir que a absolvição era mesmo de rigor, na medida em que, como bem acentuou o Magistrado na sentença, a prova não trouxe a tranquilidade necessária e indispensável para sustentar o decreto condenatório.

Como se sabe, o crime de resistência é forma agravada de desobediência, pois envolve o emprego de violência ou ameaça contra o agente estatal ou particular que lhe presta auxílio, responsável por praticar um ato legal, com o propósito de impedir sua execução.

Como ensina Cezar Roberto Bitencourt:

"A conduta típica consiste em opor-se à execução de ato legal (a legalidade exigida é tanto a formal quanto a substancial), mediante violência (emprego de força física) ou ameaça (prenunciando a prática de um mal gra-

Acesso ao Sumário

ve à vítima) a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio. O crime de resistência, portanto, é composto dos seguintes elementos constitutivos: a) oposição ativa, mediante violência ou ameaça; b) a qualidade ou condição de funcionário competente do sujeito passivo ou seu assistente; c) legalidade do ato a ser executado; d) elemento subjetivo informador da conduta. (...) A atualidade da execução do ato de ofício é pressuposto indispensável, a caracterização do ato de resistir - é impossível resistir a algo que não iniciou e, principalmente, a algo que já terminou. A resistência deve ocorrer no momento e no lugar que se realiza o ato que se quer impedir" (Tratado de Direito Penal - Parte especial 5 - Dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos, 6ª Edição, Editora Saraiva, págs. 276).

No caso dos autos, sempre que ouvido o acusado negou ter oferecido resistência à ação policial, afirmando que, apesar estar alcoolizado e muito alterado, se lembrava de ter sido algemado, lançado ao chão e ter machucado o braço (fls. 48 e registro audiovisual).

Já a testemunha S., sua namorada, afirmou que havia discutido com o réu e, por essa razão, solicitou apoio policial, mas não viu o desenrolar dos fatos, pois estava no interior de sua residência (fls. 45 e registro audiovisual).

Por outro lado, o policial militar Rubens Zanetti Júnior confirmou que foi atender a ocorrência e encontrou S. e o apelado, que estava sob efeito de drogas. Disse que durante a abordagem, o acusado tentou agredi-lo, mas conseguiu se esquivar do golpe, aplicando uma "chave de braço" para se defender, provocando uma luxação nele. Disse mais, que na ocasião, não havia dado nenhuma ordem a J. (fls. 46/47 e registro audiovisual).

No mesmo sentido, há o depoimento do policial Fernando Franco Felício, que estava presente no local e acompanhava a diligência (registro audiovisual).

Diante desse quadro, não há como afirmar que no momento em que o réu agiu com a violência contra o policial, havia ato legal sendo praticado pelos policiais.

Acesso ao Sumário

Vale dizer, não há provas suficientes de que a conduta do réu se subsume ao tipo penal previsto no art. 329 do Código Penal, que como se viu, exige que o agente empregue violência ou ameaça contra o agente estatal responsável por praticar um ato legal, com o propósito de impedir sua execução.

E como se sabe, para a condenação criminal exige-se certeza absoluta da responsabilidade daquele apontado como autor do delito, de maneira que, havendo dúvidas, provas contraditórias ou pouco esclarecedoras a propósito da autoria dos crimes, de rigor o reconhecimento do *non liquet*, com a consequente absolvição por aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Bem por isso, melhor há de ser a manutenção da sentença e o improvi-

mento do recurso é medida que se impõe.

Diante do exposto, **rejeitada a preliminar**, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO** para a manutenção da r. sentença pelos seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0023185-58.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ADEMIR TEIXEIRA BARBOSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso do Ministério Público, para cassar a absolvição sumária, determinando o retorno dos autos à origem, para prosseguimento do feito, proferindo-se, ao final, nova sentença. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.050)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 7 de maio de 2021.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE – RECURSO MINISTERIAL PRETENDENDO O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL – VIABILIDADE – DENÚNCIA RECEBIDA E FASE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL INICIADA – Demonstrada a materialidade do delito e havendo indícios de autoria, inviável a absolvição sumária. Tendo a denúncia sido formalmente recebida e iniciada a fase de instrução processual, com designação de Audiência de Instrução, Debates e Julgamento, incabível a absolvição sumária, porquanto ultrapassada tal fase processual. Inteligência dos artigos 397 e 399 do Código de Processo Penal. Recurso provido, para cassar a absolvição sumária, determinando o re-

Acesso ao Sumário

torno dos autos à origem, para o prosseguimento do feito.

VOTO

Vistos.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação da r. sentença datada de 10.02.2021, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 19ª Vara Criminal Central, Comarca da Capital, que, sob o fundamento de atipicidade da conduta, absolveu sumariamente o réu Ademir Teixeira Barbosa da imputação do crime do artigo 304 c.c. o artigo 297, e do artigo 299, "caput", todos do Código Penal, nos termos do artigo 397, inciso III, ambos do Código de Processo Penal (fls. 244/245).

Em suas razões, o Ministério Público requereu a reforma da r. sentença, para que o processo tenha prosseguimento, realizando-se a instrução e posterior julgamento, alegando, em síntese, a ocorrência de preclusão lógica e a existência suficiente de indícios de autoria e prova da materialidade (fls. 248/254).

Já a Defesa, nas contrarrazões, pleiteou o não provimento do recurso (fls. 261/264).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou, por sua vez, pelo provimento do apelo (fls. 270/273).

É o relatório.

O ora apelado foi denunciado como incurso no artigo 304 c.c. o artigo 297 e no artigo 299, "caput", todos do Código Penal, em concurso formal de crimes, porque, no dia 05.09.2013, na unidade do Poupatempo de Cidade Ademar, bem como perante o Detran, na cidade e Comarca de São Paulo, fez uso de documento público falso (Certidão de Nascimento); bem como porque, na mesma data e local, inseriu, em documento público (ficha de identificação civil e requerimento para expedição documental), declaração falsa, alegando se chamar Ademir Pereira Souza (fls. 113/114).

A denúncia foi recebida, ante a inexistência de causa que ensejasse a absolvição sumária (fls. 132 e 155), todavia, posteriormente, sobreveio sentença que absolveu sumariamente o apelado com fundamento no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Em que pesem as razões apontadas como fundamento à absolvição, o recurso interposto deve ser provido, uma vez que a alegação de atipicidade da conduta, por ausência de materialidade, não se mostrou adequada ao caso.

Com efeito, indiscutível a materialidade do delito em face dos documentos de fls. 08/09, da certidão de fls. 10, da conclusão do confronto de impressão digital (fls. 11/14), bem como da prova oral.

Da mesma forma, há evidentes indícios de autoria, tendo em vista a con-

Acesso ao Sumário

fissão do réu na Delegacia (fls. 79/80).

Convém mencionar que, no caso em questão, é prescindível a elaboração de laudo pericial da certidão de nascimento falsificada, até porque o crime foi descoberto anos depois, quando o acusado foi preso e apresentou a CNH obtida com aquele documento falsificado, sendo a verdadeira identidade dele descoberta após confronto papiloscópico. Nesse contexto, considerando o desaparecimento do vestígio, a ausência de laudo pericial pode ser suprida por outros meios de provas idôneos, a teor do disposto no artigo 167 do Código de Processo Penal, como no caso dos autos, em que a certidão de fls. 10, que, aliás, goza de fé pública, atesta a inexistência de registro de nascimento lavrado em nome de "Ademir Pereira Sousa", nome constante da certidão de nascimento falsa utilizada pelo réu para a expedição de RG e CNH ideologicamente falsos, sendo o uso deste último documento apurado em autos próprios (0005379-10.2016.8.26.0050).

Aliás, nos autos nº 0005379-10.2016.8.26.0050, em que se apura o uso da CNH falsa pelo réu, que desencadeou a descoberta do crime ora apreciado, há documentos cuja juntada o Ministério Público poderia eventualmente requerer como "prova emprestada" ao longo da instrução processual, a fim de corroborar a tese da acusação, além de procurar demonstrar, por outros meios de prova, a efetiva prática do delito pelo réu e a tipicidade de sua conduta.

No mais, ao ser interrogado perante a Autoridade Policial, o réu admitiu ter adquirido uma certidão de nascimento falsa em nome de "Ademir Pereira Souza", de pessoa desconhecida, em razão de ser procurado pela Justiça, tendo, com a utilização daquela, solicitado a expedição de RG e, posteriormente, de CNH, com o nome falso.

Assim sendo, diante da materialidade do delito e da existência de indícios de sua autoria, necessária a realização da instrução criminal para apuração da verdade real.

Consigne-se, ainda, que, *in casu*, a denúncia já havia sido formalmente recebida (fls. 132) e, após o oferecimento de resposta à acusação, o recebimento da denúncia foi mantido pelo Juízo *a quo*, com a designação de Audiência de Instrução, Debates e Julgamento (fls. 155, 207/208 e 246/247).

Assim, de acordo com os artigos 397 e 399 do Código de Processo Penal, o réu não poderia ter sido absolvido sumariamente, porquanto já ultrapassada tal fase processual.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso do Ministério Público, para cassar a absolvição sumária, determinando o retorno dos autos à origem, para prosseguimento do feito, proferindo-se, ao final, nova sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501203-54.2020.8.26.0540, da Comarca de Mauá, em que é apelante WALKER BENICIO DE ARAUJO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.090)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 10 de maio de 2021.

JUSCELINO BATISTA, Relator

Ementa: Apelação – Furto qualificado – Recurso defensivo – Pedido de absolvição com fundamento no estado de necessidade ("furto famélico") – Não acolhimento – Ausência de comprovação – Bens furtados incapazes de, diretamente, sanar a emergência de fome – Condenação mantida – Dosimetria – Pena-base já fixada no mínimo legal – Precedentes do STJ no sentido de que não se admite a aplicação da atenuante inominada do art. 66 do CP pela chamada "teoria da coculpabilidade do Estado" – Reincidência como circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes (art. 67 do CP) – Compensação inviável – Jurisprudência do STF – Condenações definitivas distintas – Inexistência de "bis in idem" – Majorante do repouso noturno não aplicada na r. sentença – Regime inicial fechado fixado corretamente – Reincidência – Dicção do art. 33, §2º, do CP – Mantida a custódia cautelar, diante do "periculum libertatis" – Réu multirreincidente em crimes patrimoniais – Garantia da ordem pública – Incabível, nesta via, o pedido de gratuidade da justiça visando à isenção de custas, que deve ser dirigido ao Juízo das Execuções – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Walker Benicio de Araújo** contra a r. sentença de fls. 198/204, que julgou procedente a pretensão punitiva, para condená-lo, como incurso no artigo 155, §4º, II, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e à pena pecuniária de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformado, nas razões de fls. 226/238, o apelante requer a absolvição com fundamento no estado de necessidade ("furto famélico"), bem como, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal (pela "teoria da coculpabilidade do Estado"), a compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, a aplicação de uma única fração de aumento de 1/6 (um sexto) pela reincidência, o afastamento da majorante do repouso noturno, a fixação de regime inicial diverso do fechado, a concessão do direito de recorrer em liberdade e a gratuidade da justiça.

O recurso atendeu aos pressupostos de admissibilidade e foi bem processado.

A d. Promotoria de Justiça apresentou contrarrazões às fls. 242/249, pugnando pelo provimento parcial do recurso.

Por fim, a d. Procuradoria de Justiça lançou seu parecer às fls. 260/273, opinando pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

O recurso de apelação **não comporta provimento**.

A teor do disposto no artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, ratificam-se os fundamentos de fato e de direito da decisão recorrida, escorada nos elementos informativos amealhados na investigação preliminar e nas provas produzidas em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, com os pertinentes acréscimos e observações que seguem.

No caso dos autos, o conjunto probatório é robusto e autoriza a condenação por furto qualificado pela escalada (artigo 155, §4º, II, do Código Penal), tanto que a defesa não invocou falta de provas. A materialidade e a autoria restaram demonstradas e, além disso, não há o que se discutir quanto aos elementos estruturais do crime (fato típico, ilicitude e culpabilidade).

Sem amparo a tese de "furto famélico", pela qual se pretende a exclusão da ilicitude com fundamento no estado de necessidade (artigo 24 do Código Penal).

Segundo adverte Rogério Sanches Cunha (*Manual de Direito Penal*: *parte especial*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 299), a jurisprudência exige o preenchimento de alguns requisitos para o reconhecimento do "furto famélico":

Acesso ao Sumário

> O furto famélico (para saciar a fome) é crime? A jurisprudência tem reconhecido o estado de necessidade (art. 24 do CP), desde que presentes os seguintes requisitos (ônus da defesa): a) que o fato seja praticado para mitigar a fome; b) que seja o único e derradeiro recurso do agente (inevitabilidade do comportamento lesivo); c) que haja a subtração de coisa capaz de diretamente contornar a emergência; d) a insuficiência dos recursos adquiridos pelo agente com o trabalho ou a impossibilidade de trabalhar.

Ora, tais requisitos não foram comprovados pela defesa no presente caso; aliás, a própria natureza da "res furtiva", por si só, inviabiliza o reconhecimento do "furto famélico", já que o apelante subtraiu cabos industriais, ou seja, bens incapazes de, diretamente, sanar a emergência de fome.

Dito isso, passo à análise dos pedidos subsidiários.

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base já foi fixada no mínimo legal (fl. 202), o que torna prejudicado o pleito defensivo nesse sentido.

No que se refere à segunda fase da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça assentou que não se admite a aplicação da atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal pela chamada "teoria da coculpabilidade do Estado":

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO. NÃO RECONHECIMENTO. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE, *IN CASU*. RECURSO DESPROVIDO. [...] 4. Quanto à tese de concorrência de culpa, vale registrar que esta Corte Superior não tem admitido a aplicação da teoria da co- culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. A propósito: HC 187.132/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/02/2013. [...] (STJ – AgRg no AREsp: 1318170 PR 2018/0154969-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 21/02/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2019).

A agravante da reincidência foi devidamente reconhecida, pois o réu ostenta, de fato, condenações definitivas não depuradas (fls. 61/65 e 101/116). O Juízo "a quo", em face de três condenações definitivas distintas, utilizou uma delas para efetuar compensação com a atenuante da confissão espontânea e se valeu das demais para agravar a reprimenda duas vezes em 1/6 (fl. 203).

Deixo de acolher o pedido de compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, pois, nos termos do artigo 67 do Código Penal, a reincidência é circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes, sendo inviável, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a referida compensação. Abaixo, importante julgado do Pretório Excelso:

Acesso ao Sumário

> [...] RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático-probatório, o que é incabível na estreita via eleita. **II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes**. III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento" (RHC 120.677, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 2.4.2014). **Como se depreende dos excertos acima transcritos, a jurisprudência desta Suprema Corte é clara no sentido de considerar inviável a compensação pleiteada pelo paciente**. (STF – HC: 188790 SC 0098443-96.2020.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 03/08/2020, Data de Publicação: 06/08/2020) (grifos nossos)

Quanto à aplicação de dois acréscimos de 1/6 (um sexto) pela reincidência, anoto que, em termos práticos, não há excesso a ser corrigido, pois o d. Magistrado sentenciante poderia, perfeitamente, ter utilizado uma condenação definitiva para elevar a pena-base em 1/6 (um sexto), a título de maus antecedentes, e, posteriormente, se aproveitado da outra condenação definitiva para agravar a reprimenda em mais 1/6 (um sexto), pela reincidência. Nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTOS SIMPLES. DOSIMETRIA. RÉU QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DISTINTAS ANTERIORES. UTILIZAÇÃO TANTO PARA FINS DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO PARA A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. Esta Corte Superior, em várias oportunidades, já decidiu que se o acusado detém mais de uma condenação com trânsito em julgado, não há qualquer ilegalidade na utilização de uma delas para elevar a pena-base em face dos maus antecedentes e de outra no reconhecimento da reincidência. 2. No caso, as instâncias ordinárias registraram a existência de duas condenações definitivas anteriores. Não há, portanto, que se falar em *bis in idem*. 3. Recurso especial a que se da provimento para restabelecer o acréscimo na pena-base em virtude dos maus antecedentes, redimensionando a pena definitiva. (STJ – REsp:

Acesso ao Sumário

1437411 SP 2014/0040385-6, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 12/02/2015, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/02/2015).

Na terceira fase da dosimetria, não se aplicou a majorante do repouso noturno (fl. 203), carecendo de lógica o pedido recursal para a sua exclusão.

O regime inicial fechado foi fixado corretamente. Sendo o réu reincidente condenado a uma pena de reclusão, o regime inicial deve ser o fechado, consoante prevê o artigo 33, §2º, do Código Penal. Trata-se de disposição louvável, pois a reincidência demonstra que as penas anteriormente aplicadas não foram suficientes para que o agente se conscientizasse da gravidade de suas ações em face da convivência social harmônica e, assim, deixasse de lesionar bens jurídicos alheios.

Sobre o tema, afirma Fernando Capez (*Curso de direito penal*, *volume 1, parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 388):

> Se o condenado for reincidente: inicia sempre em regime fechado, não importando a quantidade de pena imposta [...] segundo o art. 33, §2º, "b" e "c", os regimes iniciais semiaberto e aberto pressupõem primariedade do sentenciado. Para nós, reincidente que recebe pena de reclusão deve sempre começar seu cumprimento no regime fechado.

A custódia cautelar deve ser mantida, diante do "periculum libertatis" (perigo da liberdade). O apelante é multirreincidente em crimes patrimoniais, o que evidencia risco concreto de reiteração delitiva e torna a prisão preventiva necessária para a garantia da ordem pública.

Por fim, incabível, nesta via, o pedido de gratuidade da justiça visando à isenção de custas, que deve ser dirigido ao Juízo das Execuções, no qual se aferirá a real situação financeira do condenado. Sobre o assunto, precedentes desta C. Câmara:

> "[...] Por fim, o pagamento das custas processuais é um dos efeitos da condenação penal, consoante se extrai da dicção do art. 804, do Código de Processo Penal, devendo ser registrado que conforme orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o pedido de isenção deve ser reservado ao Juízo da Execução, diante da possibilidade de alteração após a condenação" (Apelação Criminal 0017990-03.2014.8.26.0361; Relator Sérgio Ribas; Data do Julgamento: 30/01/2020).
>
> "[...] Por derradeiro, questões atinentes à hipossuficiência do apelante a redundarem em seu acesso à justiça gratuita deverão ser deduzidas em sede de execução, campo fértil para discussões mais pormenorizadas a esse título" (Apelação Criminal 0000783-61.2015.8.26.0197; Relator Mauricio Valala; Data do Julgamento: 06/02/2020).

De todo o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso de ape-

Acesso ao Sumário

lação interposto por **Walker Benicio de Araújo**, mantendo-se a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500173-76.2019.8.26.0553, da Comarca de Santo Anastácio, em que é apelante FLÁVIO LUCIANO SILVA DE ARAÚJO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: MANTIVERAM OS TERMOS DO ACÓRDÃO ANTERIORMENTE PROFERIDO POR ESTA C. CÂMARA. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.651)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente sem voto), ÁLVARO CASTELLO e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 11 de maio de 2021.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: Apelação da Defesa – Tráfico de Drogas – Recurso especial interposto em face do acórdão proferido por essa Colenda Câmara, que negou provimento à apelação da Defesa – Determinação para nova análise do pleito, a luz da jurisprudência das Cortes Superiores – Manutenção do regime inicial fechado, adequado às circunstâncias do caso – Determinação que não se fundamenta no artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, mas na gravidade concreta da conduta – Comercialização de crack, substância de elevado poder deletério – Acórdão mantido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

FLÁVIO LUCIANO SILVA DE ARAÚJO foi condenado a cumprir a pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e a pagar o valor correspondente a 500 dias-multa em seu mínimo unitário, por infração ao disposto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343 de 2006.

Inconformado o réu apresentou recurso, pretendendo a sua absolvição por insuficiência de provas; alternativamente pleiteou a desclassificação do delito de tráfico de drogas para aquele previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343 de 2006, a redução da pena aplicada e a fixação de regime inicial mais brando.

O recurso foi bem processado e respondido em contrarrazões. A Procuradoria de Justiça havia se manifestado pelo parcial provimento do apelo, especialmente pela redução da pena na fração de 1/2 na terceira fase da dosimetria, com a fixação do regime inicial semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Em julgamento realizado em 28 de julho de 2020, esta C. Turma Julgadora, por unanimidade, negou provimento ao recurso da defesa, mantendo a condenação tal como fixada.

A Defesa então interpôs recurso especial, pretendendo a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343 de 2006, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Sobreveio então a decisão do Exmo. Presidente da Seção de Direito Criminal E. Tribunal de Justiça que, com fundamento na recente jurisprudência das Cortes Superiores, determinou a reanálise do pleito defensivo, unicamente quanto à fixação do regime prisional fechado.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

De proêmio, ressalto que as questões relacionadas à responsabilidade penal do acusado encontram-se preclusas; cinge-se à controvérsia ao regime prisional aplicável ao delito de tráfico de drogas, bem como à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Acesso ao Sumário

A pena-base foi fixada em seu patamar mínimo de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa em seu mínimo unitário a míngua de maus antecedentes.

Na segunda etapa da dosimetria, a pena permaneceu inalterada, embora reconhecida a circunstância atenuante da menoridade relativa, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Por derradeiro, considerou-se inaplicável a causa especial de redução da pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, ante a existência de denúncias anônimas informando sobre a prática reiterada do tráfico de drogas pelo acusado, que não demonstrou possuir ocupação lícita.

O regime inicial fechado fica mantido, pois entendo descaber a fixação de regime diverso para início do cumprimento da pena ou mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante da expressa e inequívoca gravidade do crime.

Embora não se desconheça que o Colendo Supremo Tribunal Federal reconheceu, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados, nada obsta a fixação de tal regime, quando a circunstâncias do caso assim o recomendarem.

E na hipótese não se pode olvidar que o acusado se dedicava à venda de crack, substância de elevado poder deletério e causadora de consequências devastadoras aos seus usuários.

Tal como veiculado de forma contínua nos diários de grande circulação no país, o tráfico de drogas vem se tornando assustadoramente contumaz no cotidiano das grandes, médias e até mesmo pequenas cidades, inclusive aquelas incrustadas nos mais distantes rincões da nação.

Não há distinção entre ricos ou pobres, raça ou religião; o comércio ilegal avança de forma incontrolável, ora favorecido pela insuficiência policial, ora beneficiado pelo abrandamento do rigor penal.

Evidentemente o grande traficante, o responsável pela distribuição da droga em determinada região ou cidade, não se envolverá diretamente na comercialização da droga; valer-se-á do jovem preterido pela sorte, disposto a lutar por algum dinheiro que propicie a imediata realização de necessidades básicas.

Ocorre então a perfeita comunhão de interesses. De um lado, o responsável pelo tráfico, que se arrima em incautos jovens, inimputáveis pela tenra idade, ou de passado até então escorreito, para comercializar seu produto, e de outro o pequeno cidadão que, eventualmente detido pela prática espúria, poderá ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Ressalto ainda que as circunstâncias dos autos, a meu sentir, data máxima vênia, obstam a ingenuidade do reconhecimento de que se tratava de pequeno traficante, mesmo porque esta simplória qualificação é permeada por um revés de complexidade.

Qual a equação para se distinguir o grande traficante do pequeno comerciante? A quantidade de drogas apreendidas no momento da prisão? A constância da atividade do comércio ilegal?

Vale aqui outra indagação: não parece pouco provável que o grande traficante irá se aventurar a permanecer em um ponto de venda de entorpecen-

Acesso ao Sumário

tes, correndo riscos desnecessários, quando poderá se valer daquelas pessoas a quem a norma legal classifica como o pequeno traficante?

A meu ver, e volto a repetir, sempre respeitando os posicionamentos em sentido contrário, quando se atribui ao infrator a condição de pequeno traficante, estar-se-á procurando combater sempre o efeito e não a causa de tão perverso delito, haja vista que aquele indivíduo considerado como o grande traficante dificilmente será detido, porque sempre contará com os préstimos do pequeno traficante.

Não se pode ignorar também que o tal pequeno infrator, beneficiado por esta qualificação com pena menos rigorosa, na maioria das vezes, voltará a reincidir na empreitada criminosa, pois a tal atividade delituosa basta a lhe proporcionar, sem maiores esforços, rendimento financeiro que raros cidadãos de bem chegam a alcançar em algum momento de suas vidas.

E a consequência desta fartura financeira é previsível, ante a frouxidão do rigor penal, data máxima vênia, que de algum tempo a esta parte tem levado à concessão do regime aberto, e até mesmo à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, ao traficante de drogas, com o intuito óbvio de amenizar as amarguras do cidadão castigado pela incompetência do Estado, que, de forma implícita, os induz a lançar mão de meios espúrios para a sua sobrevivência.

Entretanto, em que pese ser louvável o sentimento de humanidade, sobretudo com as pessoas mais preteridas pela sorte, não se pode olvidar o resultado funesto desta benesse, ou seja, a destruição de vidas, de laços familiares, da paz social, e o inquestionável incremento de delitos permeados de igual gravidade, ora por necessidade da obtenção de meios materiais para a satisfação da dependência química, ora diante da inconsciência, da inimputabilidade, causada pela droga, a tal ponto de levar uma pacata pessoa ao extremo de uma atitude inimaginável a um ser humano.

É imperativo ressaltar também que não tenho a menor intenção de negar vigência à norma legal ao não aplicar na maior parte das vezes – como Relator dos autos aos meus cuidados – o redutor previsto na da Lei nº 11.343/06, mas entendo que a tanto é imprescindível a comprovação de que o agente também conte com algumas qualidades que devem permear a conduta do cidadão de bem, v.g., a participação efetiva de atividade escolar ou o exercício de trabalho lícito remunerado, e só assim, mas ainda com muito esforço, conseguiria visualizar a figura do pequeno traficante.

ASSIM, PELO MEU VOTO, MANTENHO OS TERMOS DO ACÓRDÃO ANTERIORMENTE PROFERIDO POR ESTA C. CÂMARA.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000295-58.2017.8.26.0546, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante R.A.R.O., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.086)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 14 de maio de 2021.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Apelação criminal. Estupro tentado. Absolvição imprópria. Medida de segurança na modalidade internação. Pleito da defesa para alteração da medida de segurança imposta para a modalidade de tratamento ambulatorial. Inimputabilidade reconhecida. Medida de segurança de internação em Hospital de Custódia única cabível à hipótese dos autos. Recurso improvido.

VOTO

R.A.R.O. foi absolvido impropriamente da prática do delito previsto no artigo 213, *caput*, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 26, *caput*, do Código Penal, e artigo 386, inciso VI, do Código Processual Penal, tendo sido imposta medida de segurança de internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, pelo prazo mínimo de um ano (fls. 285/290).

Irresignada, apela a defesa pretendendo a readequação da medida de segurança imposta na sentença para a modalidade de tratamento ambulatorial, o qual já vem sendo feito pelo apelante, sob a supervisão de seu psiquiatra (fls. 299/310).

Foi contrariado o reclamo e a D. Procuradoria Geral de Justiça é pelo improvimento do recurso (fls. 314/320 e 337/341).

É o relatório.

Consta da denúncia que no dia 15 de setembro de 2017, por volta das

Acesso ao Sumário

19h00min, na Rua (...), número (...), na Comarca de Mogi Guaçu, R.A.R.O., agindo com dolo determinado, constrangeu T.F.C., mediante violência física e grave ameaça exercida com uso de arma, a ter conjunção carnal, e a praticar e permitir que fosses praticados outros atos libidinosos, somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, conforme conduta a seguir exposta.

Segundo o apurado, a vítima é nutricionista e atendia profissionalmente o acusado. Na data dos fatos, R. teve mais consulta agendada pela vítima e esteve no local indicado acima para atendimento. Nessa ocasião a vítima pediu a R. para aferir o peso dele, mas não foi atendida, posto que ele permaneceu inerte, olhando para o chão. Quando a vítima pediu novamente, R., com o objetivo de ter conjunção carnal e praticar outros atos libidinosos com a vítima, tomou nas mãos uma faca que trazia consigo escondida na calça, encostou-a no pescoço da vítima e ordenou que ficasse quieta. A vítima reagiu imediatamente, entrou em luta corporal com o réu e conseguiu desarmá-lo; mesmo assim, prosseguiu em sua sanha e entrou em vias de fato com a ofendida, que passou a pedir socorro, situação que motivou a fuga do agente para evitar a prisão.

Na sequência dos acontecimentos, policiais militares que estavam em patrulhamento na Avenida Nove de Abril, foram alertados por uma pessoa que o réu havia esfaqueado uma moça. Os policiais militares abordaram R., localizaram a vítima e constataram a ocorrência de crime.

Apurou-se que R. pretendia ter com a vítima conjunção carnal e praticar outros atos libidinosos, tendo em vista que já tinha, anteriormente, enviado mensagens à ofendida manifestando que ela era bonita, de modo a demonstrar que a intenção dele era manter contatos não profissionais com a ofendida, visando satisfação de seus desejos sexuais.

A materialidade restou comprovada pelo conjunto probatório, sendo certa também a autoria.

R. optou pelo silêncio perante a autoridade policial (fls. 06). Em juízo, alegou não se recordar dos fatos, lembrando-se apenas de ter entrado em luta corporal e logo em seguida correu. Afirmou que estava com a faca, mas não soube esclarecer o motivo para isso, alegando que estava fora de si. Disse que não tinha intenção de manter relação sexual com a vítima. Informou que faz tratamento psiquiátrico desde os dois anos de idade e é portador de esquizofrenia e transtorno de personalidade.

Acesso ao Sumário

A vítima T. relatou que, em sua primeira consulta, R. alegou que trabalhava de dia e as consultas deveriam ocorrer no período da noite. Foi elaborada a dieta e antes de que retornasse à consulta, ele enviou uma mensagem dizendo que o sorriso da declarante era muito lindo. Posteriormente, R. marcou a terceira consulta e quando lhe pediu que subisse na balança, ele ficou parado, colocou a

mão no bolso, caminhou até a declarante e colocou uma faca em sua garganta, dizendo: "cale a boca, não fale mais nada". Disse que conseguiu pegar a faca da mão dele e entrou em luta corporal com ele, desferindo um golpe nas costas dele para se defender e gritou por socorro. Ele tentou pegar a faca de suas mãos, mas a declarante continuou resistindo até que, na sequência dos fatos, R. novamente tentou pegar a faca e ambos caíram ao solo, quando conseguiu ouvir uma mulher dizendo que a polícia estava se dirigindo ao local. Nisso, R. pegou o tênis e se evadiu do local. Em nenhum momento ele disse que queria ter algum tipo de conjunção carnal com ela. Não teve ferimentos decorrentes de golpes de faca, apenas hematomas no corpo, em razão da luta corporal.

Os policiais militares Marcelo da Silva Rabelo e Erick Rezagui Dias narraram que realizavam patrulhamento quando populares apontavam o réu, que foi abordado e estava todo ensanguentado. Indagado, ele disse que teria sido agredido, mas não dizia o porquê e nem de que forma teria ocorrido.

Então, populares disseram que ele havia tentado estuprar uma moça. Posteriormente, teve contato com a vítima, que alegou que R. teria tentado lhe estuprar com uma faca e entrou em luta corporal com ele, mesmo assim ele não desistia, momento em que teve que desferir alguns golpes para se defender.

A testemunha E. relatou que passava pelo local, momento em que uma mulher entrou na frente de seu carro desesperada, pedindo ajuda e dizendo que um sujeito estava tentando matar uma mulher. Ligou para a polícia quando um indivíduo saiu da casa e passou a acompanhá-lo. Durante a perseguição, ele jogou um tênis no mato e logo em seguida foi abordado pela polícia militar.

A testemunha M.A. disse que estava em sua residência quando ouviu gritos de uma moça pedindo socorro, dizendo que o acusado estava com uma faca. A declarante saiu e visualizou o réu todo ensanguentado, momento em que pediu ajuda para um motorista que passava pelo local. Posteriormente, R. deixou o local correndo, mas populares lhe perseguiram e ele foi abordado por policiais militares.

A testemunha B. relatou que é psicóloga e estava atendendo R. em seu consultório. Contou que na ocasião, no momento que iria direcioná-lo à porta, ele lhe encurralou na parede e disse para ficar calada. A depoente gritou e R. se assustou, sendo que o namorado da depoente estava no local e lhe ajudou. Após o ocorrido não mais atendeu R. e o direcionou para atendimento pelo CAPS. Disse que, durante a consulta, R. nada disse de conteúdo sexual. Ficou sabendo por comentários que o acusado também havia praticado os mesmos fatos com outras pessoas e que registrou a ocorrência.

O conjunto probatório é farto, não foi ilidido pelas teses defensivas. A vítima relatou o ocorrido com detalhes, sendo certo que sua versão foi corroborada pelos depoimentos das testemunhas.

Acesso ao Sumário

Com efeito, os crimes sexuais são cometidos na clandestinidade, portanto, é de suma importância a palavra da vítima, que possui plena eficácia probatória quando se mostra segura e coerente, consistência presente nos relatos colhidos no presente feito.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO APONTADA. INEXISTÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS DELITOS SEXUAIS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ. PRECEDENTES (...) 2. Em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, a palavra da vítima assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos de prova contidos nos autos. (...) (STJ, AgRg no AREsp 563.496/PA, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Quinta Turma, julgado em 17/12/2015, Dje 22/02/2016).

Corroborando o relato da vítima, há, ainda, o depoimento da testemunha B., que relatou a prática de atos análogos quando atendia ao réu.

Ademais, ainda que o réu tenha alegado que não tinha a intenção de manter relação sexual com a vítima, e a vítima ter relatado que o réu nada mencionou, é certo que toda sua conduta de colocar uma faca no pescoço da vítima, após ter proferido elogios ao sorriso da vítima, evidencial a conotação sexual de sua ação, o que não se consumou ante a reação da vítima que prontamente reagiu, entrando em luta corporal com o réu, ferindo-o.

O laudo de fls. 202/208 do incidente de insanidade mental (apenso) concluiu pela inimputabilidade, tratando-se de pessoa portadora de transtornos esquizotípico (CID10-F21), encontrando-se à época dos fatos incapaz de entender o caráter criminoso do fato, e incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento, sugerindo a continuidade do tratamento por período de tempo não inferior a 3 anos.

Acesso ao Sumário

Reconhecida sua inimputabilidade, foi imposta medida de segurança na modalidade internação pelo período de um ano.

Fica mantida a medida de segurança imposta, vez que adequada e necessária, tendo em conta não apenas o laudo pericial, a periculosidade do agente e o fato do ilícito cometido ser apenado com reclusão. Ademais, embora o réu já estivesse em tratamento psiquiátrico como alegado nos autos, praticou conduta de extrema gravidade, não apenas contra a vítima dos autos, mas também contra a testemunha B. em outra ocasião, como relatado.

Cumpre consignar, ainda, que embora o laudo aponte pela continuidade do tratamento psiquiátrico, as circunstâncias do ocorrido demandam a imposi-

ção da internação, sendo certo que o tratamento psiquiátrico será continuado durante sua internação em hospital de custódia.

Inviável, portanto, a conversão em tratamento ambulatorial, conforme pleiteado pela defesa.

Isso porque a medida de segurança tem natureza diversa da pena. O legislador previu a imposição de medida curativa, buscando a cessação da periculosidade do agente, consistente na internação em hospital de custódia e tratamento daquele plenamente inimputável que comete delito apenado com reclusão e, ainda, facultou a imposição de tratamento ambulatorial àqueles que praticam atos puníveis com detenção, não se tratando este o caso em pauta.

Tratando-se, pois, de inimputável a medida que se impõe é a internação em Hospital de Custódia e Tratamento.

Ensina **Heleno Fragoso** que, "*na fixação do prazo mínimo os únicos critérios a que o Juiz deverá ater-se são os que se relacionam com a gravidade da anomalia mental. O inimputável é internado para não ser punido, mas sim tratado*" (RJTJESP 100/432).

Assim, nos termos dos artigos 96 e 97 do Código Penal, foi determinada a internação adequadamente pelo prazo mínimo de um (1) ano.

Isso posto, **nega-se provimento ao apelo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0006363-59.2015.8.26.0654, da Comarca de Vargem Grande Paulista, em que é apelante MARIO ALEXANDRE PADULA MIANO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.961)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 14 de maio de 2021.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CORRUPÇÃO PASSIVA. Recurso defensivo.

ABSOLVIÇÃO. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. "Flagrante preparado" não caracterizado. Inaplicabilidade do "princípio da insignificância". Inteligência da Súmula/STJ, nº 599.

DOSIMETRIA. Penas e regime preservados.

IMPROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de **APELAÇÃO CRIMINAL** interposta por **MARIO ALEXANDRE PADULA MIANO** contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única de Vargem Grande Paulista, que o **condenou** às penas de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, no piso – substituída, a privativa, por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pecuniária de dois salários mínimos, com regime aberto em caso de descumprimento – como incurso no CP, art. 317, pleiteando absolvição, por insuficiência de provas ou atipicidade da conduta, com lastro no "princípio da insignificância", aduzindo, ainda, se tratar de "flagrante preparado". Subsidiariamente, redução do período da "PRD" imposta.

Devidamente processada, o Parecer da **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA** foi pelo improvimento.

Autos constantes do acervo do Desembargador que me antecedeu na Cadeira, a quem estavam conclusos desde 12/7/19, aportando-me aos 11/9/20, com cerca de 1900 processos.

É o relatório.

A acusação é de que o apelante, segundo a denúncia, aos "*04 de setembro de 2.015, em horário incerto, no Ciretran localizado nesta cidade e comarca de Vargem Grande Paulista, **MARIO ALEXANDRE PADULA MIANO**, qualificado às fls. 37, solicitou, para si, diretamente, em razão de sua função, vantagem indevida no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) à uma pessoa que requereu sigilo de sua qualificação, nos termos do Provimento 32/00*".

Na fase policial, disse que fora o ofendido quem lhe ofereceu a quantia de R$ 50, para que "agilizasse a troca da tarja", o que recusou.

Em juízo, alterou parcialmente a versão. Disse ter informado ao ofendido que deveria efetuar o pagamento da taxa no banco e lhe trazer o comprovante e que, após cinco dias úteis, a placa chegaria no Ciretran e a moto seria emplacada em horário comercial. O ofendido insistiu que precisava viajar naquele dia, e que tudo precisava ser resolvido na hora. Sugeriu, então, a lacração domiciliar, feita

após às 17 horas, serviço regularizado pelo Ciretran. Para tanto, era necessário o pagamento de R$ 50, valor cobrado pelo deslocamento do funcionário até o domicílio do requerente. A quantia, assim, não foi solicitada para seu benefício.

O ofendido relatou, em juízo, ter pagado as taxas para a moto, mas a placa ainda não estava ainda disponível. Neste momento, o apelante solicitou R$ 50. Conseguiu gravar a conversa com seu aparelho celular.

Seus dizeres foram corroborados pela degravação das conversas juntadas às fls. 21/23, mormente quando explica "*(...) é que a tarjeta é minha, que eu faço uns esquemas para fazer umas tarjetas por fora; aí me ajuda também, tenho que dar um dinheiro lá em cima também para liberar, se você quiser ou vou lá (...)*", de tal sorte que não há que se falar em insuficiência probatória.

Outrossim, inaplicável o crime de bagatela em se tratando de praticado contra a Administração Pública, nos termos da Súmula/STJ, nº 599: "*O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública*".

De outra banda, a defesa não trouxe qualquer elemento que indicasse ter o ofendido procurado **MARIO**, que se encontrava em serviço na repartição municipal, com a intenção de induzi-lo a produzir a oferta ilícita em resposta a ato simulado de interesse na solução da pendência. Pelo contrário, a reprodução da conversa afasta referida hipótese, inexistindo flagrante preparado.

Dosimetria

As penas foram as mínimas possíveis, 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, à mingua de variáveis.

Presentes os requisitos do CP, art. 44, mantém-se as restritivas eleitas, com regime aberto em caso de reversão, mostrando-se inviável o pleito de redução do período de prestação de serviços à comunidade nesta oportunidade, sob pena de supressão de instância, o que deverá ser requerido ao Juízo das Execuções (art. 46, § 4º).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002530-21.2018.8.26.0430, da Comarca de Paulo de Faria, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado C.S.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.215)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente), CARLOS BUENO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 17 de maio de 2021.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Apelação Criminal – ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Prova inequívoca acerca da conjunção carnal. Particularidades do caso que, excepcionalmente, reclamam o afastamento da presunção de violência. Relação de namoro e posterior convivência. Ato sexual consentido e formação de família. Nascimento de filha do casal. Condições pessoais dos envolvidos que autorizaram a flexibilização da regra rígida ao tipo penal em exame. Absolvição por atipicidade do fato. Manutenção. NEGADO PROVIMENTO AO APELO.

VOTO

C.S.S. foi denunciado e devidamente processo pela prática do crime previsto no art. 217-A, do Código Penal. Ao final, foi absolvido, nos termos do art. 386, inc. III, do Código Penal (fls. 109/113).

Irresignado o Ministério Público recorre visando a condenação do réu nos termos da denúncia (fls. 129/136).

Apelo contra-arrazoado (fls. 139/147), o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo não provimento ao recurso (fls. 158/164).

É O RELATÓRIO.

O réu foi denunciado e processado porque, nas condições descritas na denúncia, manteve conjunção carnal com a menor C.S.S., à época com 13 (treze) anos de idade.

Restou incontroverso nos autos que o acusado e a vítima iniciaram um namoro quando a adolescente ainda tinha treze anos de idade, passando juntos a conviverem em matrimônio, com o consentimento da adolescente e de seus pais, sendo certo que do relacionamento tiveram uma filha concebida quando a ofendida ainda era menor de quatorze anos, o que deu origem à apuração criminal dos fatos.

A prova produzida nos autos foi analisada com propriedade pelo MM. Juízo *a quo*.

A ofendida confirmou os fatos descritos na incoativa, esclarecendo que o acusado tinha conhecimento da sua idade. Já conhecia o réu há bastante tempo,

Acesso ao Sumário

pois, suas famílias próximas. O acusado pediu para com ela namorar, com a autorização e consentimento de seus pais. Após um tempo de namoro, passaram a conviver juntos e planejaram conceber a filha nascida aos 05/04/2018. A vítima acrescentou que atualmente estuda, sendo sempre incentivada pelo réu a continuar os estudos. O apelado também mantém a casa e ajuda na criação da filha (fls. 13/14 e 151).

As declarações da vítima foram corroboradas pelos relatos de R., genitora da ofendida. A informante confirmou ter autorizado o namoro do réu e de sua filha. Disse que a família é originária do interior da Paraíba, sendo muito comum as pessoas lá se casarem cedo. Ela mesmo se casou quando tinha quinze anos. Assim, por ser o réu pessoa honesta e trabalhadora, não viu qualquer impedimento no relacionamento mantido entre ele e a vítima. Confirmou que sua filha continuou os estudos, com o incentivo do réu (fls. 151).

No mesmo sentido as declarações das testemunhas C. e J.N. (fls. 151).

A prova produzida nos autos mostrou-se suficientemente segura para comprovar a existência de relações sexuais do réu com vítima, não pairando dúvida quanto ter o apelado ciência de ser sua companheira menor de 14 (quatorze) anos de idade quando iniciaram o relacionamento amoroso. O próprio acusado não nega tal fato, ao admitir que tinha prévio conhecimento sobre a idade da vítima (fls. 11/12 e 151).

Mesmo ciente quanto à presunção absoluta da violência nos casos de prática de conjunção carnal ou atos libidinosos com menores de quatorze anos, matéria, inclusive, que se encontra sumulada no Superior Tribunal de Justiça[1], entendo, excepcionalmente, que as peculiaridades do caso em apreço exigem exame mais acurado dos fatos, avaliando-se as circunstâncias em que ocorreram, a relação de afinidade entre os envolvidos e as condições pessoais tanto da vítima como do acusado, assim como de ambas as famílias, afastando-se, por conseguinte, de critérios objetivos e conceitos preestabelecidos.

Cumpre ressaltar que esse exame deve ser realizado caso a caso, de acordo com as suas circunstâncias e particularidades. O julgador, nestas situações excepcionais, precisa ter a sensibilidade para sopesar todas essas circunstâncias e formar o seu convencimento em compasso com a realidade presenciada e com os fins sociais da norma jurídica.

Nesse aspecto, alinho-me ao entendimento majoritário de que a resposta estatal mais equânime, que melhor atende aos anseios da sociedade moderna, é a que flexibiliza, em situações especiais, a regra jurídica, mitigando a austeridade da norma penal, até mesmo como forma de se evitar sérias consequências aos envolvidos.

De fato, o réu e a vítima iniciaram um relacionamento afetivo de forma

Acesso ao Sumário

1 Súmula 593, do STJ.

consensual. A ofendida, ouvida em Juízo na companhia da Assistente Social, demonstrou ter plena capacidade de discernir a respeito dos fatos, não obstante a tenra idade. Afirmou ter dado continuidade aos seus estudos, mesmo após a união estável com o réu. Acrescentou que o apelado a incentiva a estudar e participa ativamente da criação da filha fruto do relacionamento amoroso.

Assim, entendo que a condenação criminal pretendida pela acusação traria consequências insuperáveis para a família indubitavelmente constituída, especialmente, à vítima e para a criança concebida da união conjugal. É de se destacar as relevantes questões culturais apresentadas nos autos. As famílias do réu e da vítima são originarias do interior do nordeste, local em que é comum as pessoas se relacionarem e estabelecerem família quando ainda muito jovens, como asseverado inclusive pela genitora da vítima, de modo que, no caso em apreço, não verifico o dolo necessário para a tipificação criminal.

Sobre o tema, em casos similares o Tribunal de Justiça de São Paulo também já decidiu nesse sentido, afastando a presunção de violência[2], entendimento este, aliás, que já defendi ao julgar a apelação criminal n. 0003404-02.2015.0627, compactuado igualmente por esta Colenda Câmara Criminal[3].

Por todas essas razões, tenho por bem manter a decisão absolutória, porquanto a condenação criminal se mostraria inequivocamente desproporcional à conduta do réu e traria consequências inenarráveis à nova família constituída.

Posto isto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0007420-56.2017.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante F.R.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: NEGARAM PROVIMENTO ao recurso defensivo, mantida a r. sentença "a quo".

Arrematando-se, tendo em vista que os motivos que ensejaram o decreto da prisão preventiva são idôneos e persistem até o presente momento, não há qualquer motivo para determinar sua cassação. Assim, mantém-se a prisão preventiva. Recomende-se o réu na prisão em que se encontra. V.U., de conformi-

Acesso ao Sumário

2 Apelação Criminal nº 0003505-48.2011.8.26.0637, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. William Campos, j. 10/09/2013; Apelação Criminal nº 0002773-73.2006.8.26.0627, 16ª Câmara Criminal, Rel. Des. Souza Nucci, j. 08/05/2012; Apelação Criminal nº 0003347-64.2014.8.26.0062, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des.ª Claudia Fanucchi.

3 Apelação Criminal nº 0001540-35.2013.8.26.0097, Rel. Des. Francisco Bruno, j. 16/06/2016; Apelação Criminal nº 1501238-19.2018.8.26.0270, Rel. Des. Fábio Gouvêa, j. 04/06/2020.

dade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.416)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente) e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 19 de maio de 2021.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Tentativa de homicídio qualificado e majorado. Autoria e materialidade não contestadas pelo presente recurso. Pedidos Defensivos: Redução da pena-base – Impossibilidade – As iniciais foram corretamente majoradas – Redução do aumento pela majorante reconhecida – Impossibilidade – Crime praticado na presença da filha do casal que contava com apenas 07 anos – Maior diminuição pela tentativa – Impossibilidade – "Iter criminis" percorrido que justifica a redução mínima. Regime inicial fechado inalterado – Legalmente inaplicável medida mais branda – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença, que adoto, acrescento que, F.R.S. foi condenado à pena de 16 anos de reclusão, em regime inicial fechado, por incurso no artigo 121, parágrafo 2º, incisos II, IV e VI e parágrafo 7º, inciso III, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 1059/1063).

Inconformado, o acusado se insurgiu contra a r. sentença, apresentando recurso de apelação através de sua defesa (fls. 1082/1090), onde requer, em síntese: a redução da pena-base e do aumento pela majorante reconhecida, bem como maior diminuição pela tentativa.

Devidamente contra-arrazoado o recurso (fls. 1094/1097), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo não provimento do recurso de apelação (fls. 1114/1118).

É o relatório.

Narra a inicial acusatória que, no dia 07 de abril de 2017, por volta das 20h52min, na Rua (...), n. (...), Parque Imperial, na cidade e comarca de Barueri, F.R.S., agindo com ânimo homicida, impelido por motivo fútil, de emboscada, mediante recurso que dificultou a defesa da ofendida e por razões da condição de sexo feminino, envolvendo violência doméstica, tentou matar D.A.S., na pre-

Acesso ao Sumário

sença de descendente desta, não consumando o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo o apurado, vítima e acusado tiveram uma relação conjugal de aproximadamente sete anos, tendo como fruto deste relacionamento uma filha de sete anos de idade. Durante a vida conjugal, o réu realizou financiamento de um veículo em nome da ofendida, ocasião em que pagou algumas prestações e depois parou de pagar, restando a ela o adimplemento do restante da dívida para que seu nome não sofresse restrição.

Ocorre que, em meados de janeiro do ano de 2017, utilizando-se do automóvel financiado, F. bateu o mesmo, circunstância em que resolveu abandonar o veículo na via pública por não ter condições de arcar com o conserto. Diante disso, a vítima comunicou ao acusado que iria vender o veículo, a fim de quitar as prestações, pois não tinha mais condições de pagá-las, o que levou F. dizer que "iria sobrar para a cabeça" da vítima, caso fizesse isso.

Após, a vítima tomou conhecimento de que o réu estava se relacionando com a pessoa de prenome "C.", motivo pelo qual tiveram uma briga e ele passou a morar com esta última. Em razão disso, F. começou a exigir da vítima a parte que lhe tocava no imóvel onde residiam, tendo inclusive a ameaçado de morte.

Contudo, na data anterior aos fatos, a vítima realizou a venda do veículo financiado, ocasião em que o acusado foi informado de tal negociação e, irresignado, telefonou imediatamente para ela ameaçando-a com os dizeres "agora você vai ver o que vai te acontecer". Com isso, a vítima se deslocou até a Delegacia da Mulher de Barueri e registrou boletim de ocorrência acerca dos fatos, no entanto, quando retornava à sua residência, após pegar sua filha na casa de uma amiga, D. foi surpreendida pelo réu, que estava escondido atrás de um muro ou caçamba.

O acusado, logo em seguida, segurou a vítima pelo braço e sacou uma faca; neste momento, a ofendida começou a gritar por socorro, bem como sua filha, porém F. a golpeou na região do abdômen, por duas vezes, e fugiu rapidamente do local, pois populares e crianças que passavam por ali armaram-se com pedaços de pau para defender a vítima.

D. foi socorrida por um indivíduo que passava pelo local, sendo encaminhada ao Pronto Socorro, onde foi atendida e encaminhada ao Hospital Francisco Moran, onde permaneceu internada.

O crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do acusado, já que foi impedido por populares que presenciaram a execução do crime, bem como pelo imediato socorro prestado à vítima.

O crime foi cometido por motivo fútil, já que o réu tentou contra a vida da vítima em razão desta ter vendido o automóvel financiado em seu nome.

É certo também que o crime foi cometido de emboscada, pois F. aguarda-

Acesso ao Sumário

va a vítima escondido atrás de um muro ou caçamba para esfaqueá-la.

É certo, ainda, que o crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, pois o acusado agiu de inopino, sem que a ofendida pudesse esboçar qualquer reação.

O crime foi cometido em razão da condição de sexo feminino, na qual envolve violência doméstica e familiar. O réu, inconformado com a venda do veículo realizada pela vítima, decidiu ceifar sua vida, em total desprezo pelo sexo feminino.

Pois bem, uma vez configurado o crime descrito na denúncia, o desfecho condenatório era de rigor, como bem reconhecido pelo Tribunal do Júri, sendo que autoria e materialidade sequer foram contestadas neste recurso.

Insurge-se a Defesa, porém, buscando alterações nas reprimendas do acusado, porém não lhe assiste razão, senão vejamos.

Na primeira etapa da dosimetria, considerando o disposto no artigo 59, do Código Penal, as iniciais foram corretamente aplicadas acima do mínimo legal, dentro dos limites legais, em 1/3, perfazendo 16 anos de reclusão, o que se encontra devidamente motivado, não se cogitando de redução.

Isto porque, foram analisadas todas as circunstâncias particulares do crime cometido, considerando, especialmente as qualificadoras reconhecidas: motivo fútil, recurso que dificultou a defesa da vítima, emboscada e feminicídio.

Certamente, o princípio da obrigatoriedade de individualização das penas, para ser cumprido integralmente, exige que sejam considerados vários requisitos, como os antecedentes, conduta social e personalidade do agente (Const. Fed., art. 5º, incs. XXXIX, 2ª parte, e XLVI; Cód. Pen., arts. 53, 59, inc. II, e 68, *caput*, Cód. de Proc. Pen., arts. 6º, inc. IX, e 387, inc. II).

"Há – como diz o afamado Enrico Ferri – em todo crime, um aspecto causal (bem jurídico ofendido ou posto em perigo) e um aspecto sintomático (periculosidade do seu autor), mas este tem uma importância preponderante, pois que a justiça penal deve servir à defesa social e, por isso, deve avaliar a potência ofensiva do delinquente, que pode ser diversa da gravidade do crime" (Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime, trad. bras. de Luiz Lemos D'Oliveira, 1ª ed., Russell, 2003, § 57, pág. 278).

Destarte, quando se cuida "Da aplicação da pena", o ordenamento jurídico impõe que ela se "estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (Cód. Pen., art. 59, *caput*).

Cumpre, pois, adaptar a sanção repressiva para o crime à periculosidade do criminoso (temibilidade), tendo-se em linha de conta o seu caráter (personalidade), ou seja, procedendo-se à diagnose biossocial do delinquente. A respeito, o Col. Supremo Tribunal Federal já decidiu que, cf.: *"(...) A importância de se valorarem as circunstâncias do crime na dosimetria da pena decorre justa-*

Acesso ao Sumário

mente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas (...)" (RHC 84.571/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 7.12.2004).

E, o E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu que: "*Inexiste constrangimento ilegal na fixação da pena-base quando são levados em consideração elementos concretos dos autos, aptos a justificar a exasperação da reprimenda-base a título de personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime. 3. É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena -base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, devendo ser avaliado se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.(...)*" (AgRg no REsp n. 1.252.747/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 17.12.2013).

Consigno, ademais, que a fixação da pena privativa de liberdade fica a critério do magistrado sentenciante, dentro da chamada discricionariedade regrada, a qual tem por limite as balizas legais, não podendo o sentenciado escolher a que melhor lhe aprouver.

Aliás, já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça a respeito:

"(...) Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação (...)" (HC 187.557/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., J. 8.11.2011).

Por isso, justificável a exacerbação da pena, sendo certo que o réu não tem direito subjetivo à estipulação da sanção no mínimo legal, podendo o magistrado majorá-la a fim de alcançar os objetivos da reprimenda (JCAT, 81-82/666).

Passo seguinte, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na sequência, é inegável a presença da majorante pelo crime ter sido cometido na presença da filha do casal. Ainda, o acréscimo em 1/2 mostrou-se devido diante das conjunturas específicas do caso, pois a descendente contava com apenas 07 anos de idade e presenciou seu pai esfaquear sua mãe, sendo evidentes os traumas psicológicos à menor, tanto que foi necessário tratamento. Desse modo, aqui a sanção resulta em 24 anos de reclusão.

Outrossim, tendo em vista a tentativa, a pena foi reduzida em 1/3, totalizando 16 anos de reclusão. Aqui, impossível maior redução tendo em vista o "iter criminis" percorrido pelo réu, o qual logrou êxito em desferir duas facadas contra a ofendida, em região letal (abdômen), sendo que a mesma necessitou ficar longo período hospitalizada e passou por cirurgias, restando marcada por cicatrizes.

Acesso ao Sumário

Por fim, diante de todas as circunstâncias negativas presentes, da gravidade do crime cometido, bem como da reprimenda alcançada, impossível a fixação de regime mais brando, devendo ser mantido o inicial fechado.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo, mantida a r. sentença "a quo".

Arrematando-se, tendo em vista que os motivos que ensejaram o decreto da prisão preventiva são idôneos e persistem até o presente momento, não há qualquer motivo para determinar sua cassação. Assim, mantém-se a prisão preventiva. Recomende-se o réu na prisão em que se encontra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501815-26.2019.8.26.0540, da Comarca de Santo André, em que é apelante GUSTAVO MESQUITA DE SOUZA SZUCS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.551)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 24 de maio de 2021.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: FURTO PRIVILEGIADO – PRETENDIDO O ENCAMINHAMENTO DO FEITO AO *PARQUET* PARA OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – MEDIDA INAPLICÁVEL EM SEGUNDA INSTÂNCIA – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – RECEBIDA A EXORDIAL, IMPOSSÍVEL RETROCEDER NA MARCHA PROCESSUAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **Gustavo Mesquita de Souza Szucs**

contra a r. sentença de fls. 236/239, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 155, § 2º do Cód. Penal, impondo-lhe a pena de 03 dias-multa, com valor unitário mínimo.

Inconformado, recorre (fls. 356/361), objetivando a remessa dos autos para o Ministério Público para que se manifeste sobre o oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal, com fulcro no art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Recurso devidamente contrarrazoado (fls. 264/265).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo **não provimento** do apelo (fls. 284/289).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Ao que consta da denúncia (fls. 01/02), "*no dia 09 de setembro de 2019, por volta das quatorze horas, na avenida Itamarati, 2325, Vila Curuçá, cidade de Santo André/SP, GUSTAVO MESQUITA DE SOUZA SZUCS (...) subtraiu doze frascos de shampoo e condicionador DOVE, avaliados em R$ 254,28 e 04 unidades de salame SEARA/SADIA, avaliados em R$ 31,56, pertencentes ao Supermercado Dia*".

Segundo o apurado, "*o indiciado entrou no estabelecimento e apoderou-se dos bens citados, colocando-os em uma sacola, saindo do local sem realizar o pagamento. Ocorre que um segurança notou a conduta do indiciado e abordou-o em via pública. Ele estava com os bens. Policiais militares seguiram para o local e GUSTAVO foi preso em flagrante*" (fl. 01).

DO MÉRITO

Inexiste irresignação contra o desate condenatório, até porque o apelante confessou judicialmente ser o autor do furto: "*Em juízo, o acusado confessou a prática dos fatos, esclarecendo que ingressou no local, pegou a res e saiu do estabelecimento sem efetuar o devido pagamento, vindo a ser abordado na sequência por um segurança*" (fl. 237).

Sua versão é referendada nos depoimentos dos policiais militares **Marcos da Silva Gomes** e **Rogério Temoteo de Andrade**, os quais efetuaram a prisão em flagrante do réu na posse direta da *res furtiva.*

A condenação, portanto, era mesmo a única solução admissível, e deve ser confirmada.

DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em sua linha argumentativa, aduz que:

"Preliminarmente, Excelências, se faz imperioso o reconhecimento da nulidade dos atos desde a audiência de instrução, debates e julgamento, uma vez que cabível o novo instituto do acordo de não persecução penal, introdu-

zido no Código de Processo Penal no artigo 28 -A, por intermédio da Lei nº 13.964/2019, tendo em vista tratar-se de uma norma processual penal de natureza mista, conforme restará demonstrado nas linhas que seguem.

Tal instituto, tem por finalidade impedir a aplicação de pena privativa de liberdade para aqueles que preenchem os requisitos exigidos pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, quais sejam: a) que o acusado tenha confessado formal e circunstanciadamente o delito a ele imputado; b) que o crime, em tese, perpetrado não tem como elementares a violência e a grave ameaça à pessoa; c) que a pena mínima cominada ao delito seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos; e d) não ser o réu reincidente, ou, caso o sendo que a condenações anteriores sejam insignificantes.

Assim sendo, revela-se mais benéfico a apelante a propositura de acordo de não persecução penal do que a condenação pelo delito, em tese, praticado, uma vez que conforme §12 do citado dispositivo legal, uma vez cumprido o referido acordo, não há que se falar em reconhecimento da agravante da reincidência com base nestes fatos.

(...)

Tendo em vista todo o exposto, requer-se que seja reconhecida a nulidade dos atos posteriores a audiência de instrução, debates e julgamento, tendo em vista que diante do advento da novel legislação configurava-se o momento oportuno para a propositura do acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal), em razão da Lei nº 13.964/2019 ter operado o fenômeno da novatio legis in mellius (artigo 2º, PÚ do Código Penal).

Desta forma, requer-se que sejam remetidos os autos ao Procurador Geral de Justiça, nos exatos termos do artigo 28-A, §14 do Código de Processo Penal, uma vez que o magistrado não pode fazer juízo de valor acerca da propositura ou não do acordo, sendo seus atos meramente homologatórios e, portanto, a manifestação do juízo da 4º vara criminal é nula de pleno direito" (fls. 253/260).

Em relação à almejada apreciação pelo Ministério Público, de oferecimento de eventual acordo de não persecução penal, conforme nova previsão do artigo 28-A do Código de Processo Penal, na forma da Lei nº 13.964/2019, consigne-se que, a fl. 234, o *parquet*, único legitimado a propor o acordo, **manifestou-se expressamente contrário à pretensão da defesa**, por ausência de requisito objetivo, contando a recusa, por fim, com expressa concordância do r. juízo *a quo*, vejamos:

"*Com efeito, a representante do Ministério Público, de forma fundamentada, apresentou motivo plausível para não formular proposta de não persecução penal em favor do réu. Daí, não há falar em remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, até porque os argumentos apresentados pela representante do Ministério Público, de fato, inviabilizam a formulação do citado acordo. Assim, de pronto, fica afastado o pleito para remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça formulado pela Defensoria Pública para manifes-*

Acesso ao Sumário

tação sobre acordo de não persecução penal" (fls. 234/235) e "De início, cabe salientar que o pedido para remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça foi apreciado e afastado, já que a recusa em relação à formulação de proposta por parte do promotor de justiça restou devidamente fundamentada. Além disso, os argumentos utilizados pelo representante do parquet de fato inviabilizam a formulação da proposta de acordo de não persecução penal, de modo que não há falar em remessa dos autos conforme pleiteado pela defesa" (fl. 237).

Cumpre observar que referido instituto, introduzido pela Lei nº 13.694/19, possui caráter híbrido, processual e, ao mesmo tempo, material, e, conforme dispõe o artigo 28-A do Código de Processo Penal, o Ministério Público "poderá" propor o referido acordo de não persecução penal, desde que preenchidos os requisitos legais, e necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, evitando, desta forma, a propositura da ação penal. Essa propositura será feita durante a fase de investigação, após o relatório do inquérito policial, caso não seja hipótese de arquivamento.

Desta forma, aceito o acordo de não persecução penal, na fase judicial, e mediante o cumprimento das condições impostas, ocorrerá a extinção da punibilidade do acusado, portanto, desde que o beneficiado pelo acordo não deva ser submetido ao processo judicial. Mas se este já se encontra em curso, inclusive na fase recursal, obviamente não é cabível a aplicação do instituto.

Nessa linha de raciocínio, a postulada incidência do acordo de não persecução penal, disposta no art. 28-A, do CPP, não mereceria aplicação em fase recursal, sob pena de afronta aos atos jurídicos perfeitos e à preclusão lógica e consumativa.

Nesse sentido:

"No que tange à aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido no nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 13.964/2019 (art. 28-A e seguintes do Código de Processo Penal), a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, embora o benefício processual penal possa ser aplicado aos fatos anteriores à vigência da lei, a denúncia não pode ter sido recebida ainda, o que não ocorreu na hipótese dos autos (ação penal na fase de apelação)." **(STJ, AgRg no AREsp 1739684/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).**

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA 5ª TURMA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, diante da utilização crescen-

Acesso ao Sumário

te e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A Lei n. 13.964/2019 (comumente denominada como "Pacote Anticrime"), ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, estabeleceu a previsão no ordenamento jurídico pátrio do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP).

3. O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica- se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020). No mesmo sentido: (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/8/2020 e Petição no AREsp 1.668.089/SP, da Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 29/6/2020)." **(STJ, HC 607.003/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020).**

"É possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.924/2019, desde que não recebida a denúncia. Precedentes do STJ e do STF" **(STJ, AgRg no REsp 1840572/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, sexta turma, julgado em 20/04/2021, DJe 30/04/2021).**

A mesma orientação foi adotada por este Eg. Tribunal de Justiça em diversos julgados: *Apel. nº 0001571-79.2016.8.26.0540, rel. Leme Garcia, j. em 30.6.2020; ED nº 1500365-70.2018.8.26.0544, rel. Sérgio Ribas, j. em 22.6.2020; AgReg* nº 0006936-51.2018.8.26.0506, rel. Tristão Ribeiro, j. *em 22.6.2020); (ED nº 1500738-44.2019.8.26.0196, rel. Roberto Porto, j. em 5.6.2020.*

De qualquer modo, não era cabível, de início, a oferta da proposta, na medida em que **Gustavo Mesquita** não havia confessado a execução do crime patrimonial (silente na fase extrajudicial - fl. 08; confesso apenas em juízo), bem como é processado por crime da mesma natureza (fls. 24/25 e 26/27).

DOSIMETRIA DA PENA

Bem aplicado o pagamento de 03 diárias no piso, após adoção da figura privilegiada do furto (art. 155, § 2º, CP), resultando em pena inicial de 10 dias-multa, ao final reduzidas na fração máxima de 2/3 pela tentativa, totalizando o pagamento definitivo de **03 dias-multa, com valor unitário mínimo.**

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000037-53.2018.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D Oeste, em que é apelante F.F.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.317)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente), EDUARDO ABDALLA e RICARDO TUCUNDUVA.

São Paulo, 25 de maio de 2021.

FARTO SALLES, Relator

Ementa: Materialidade e autoria comprovadas. Confissão parcial corroborada pelas declarações firmes e coerentes da vítima, a par de relato coeso de testemunha. Impossibilidade de relativização da violência presumida diante do consentimento da vítima menor de quatorze anos. Presunção absoluta de violência, reputando-se viciado eventual consentimento para a prática do ato sexual (Tema 918 do STJ). Condenação mantida. Apenamento benevolente e regime inicial semiaberto não impugnados. Apelo improvido.

VOTO

Através da sentença observada a fls. 145/151, cujo relatório se adota, F. F.S., qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de oito (8) anos de reclusão em regime inicial semiaberto, como incurso no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, possibilitada a interposição de recurso em liberdade.

Inconformado, apela o réu (fls. 161), vindo as razões do recurso a fls. 167/174. Almeja a absolvição em face da "*relativização da vulnerabilidade*", considerado o consentimento da vítima quanto à conjunção carnal, algo a afastar a presunção de violência ínsita à infração penal, sobretudo diante da maturidade sexual dela à época dos fatos.

Regularmente processado o recurso, apresentaram-se as contrarrazões a fls. 178/181, tendo a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça se manifestado a fls. 187/195, no caso, pelo improvimento do apelo.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não vinga.

Observe-se que o réu, em ambas as fases da persecução penal, admitiu parcialmente a acusação, alegando, na Delegacia, ter namorado K. por sete meses. Disse que, quando a conheceu, ela disse contar dezesseis anos, vindo a namorá-la com o consentimento da mãe, J., a qual, contudo, não chegou a dizer a idade da filha à época. Logo no início do relacionamento, a ofendida contou não ser mais virgem, sendo certo que não desconfiou de sua idade, porquanto "*tinha corpo de uma adolescente de 16 anos*", daí porque mantiveram relação sexual, algo por ela consentido. Só veio a saber sobre a real idade de K. depois dela se apresentar grávida, na hipótese através de uma prima, que lhe informou contar a vítima 12 anos de idade. Assumiu a paternidade da criança e a registrou em seu nome, observando que J. não mais permite que se relacione com K., contudo, "*tem vontade de criar a filha ao lado dela*" (*sic*) (fls. 29). Em pretório, sustentou ter conhecido K. na rede social, tendo ela informado, inicialmente, contar quinze anos de idade. Só veio a saber que ela contava doze anos posteriormente, mas, como "*já estava gostando dela*", decidiu dar continuidade ao namoro. Manteve relações sexuais com K. na residência dela, sempre de forma consentida. Nunca a forçou à prática de atos sexuais, destacando, por fim, não pagar pensão alimentícia à filha por estar desempregado (mídia SAJ).

Desde logo, cabe alinhavar o inegável peso da confissão judicial, mesmo a parcial, que, por se presumir livre dos vícios de inteligência e vontade, tem valor absoluto, servindo como base condenatória inclusive quando único elemento incriminador, exceto se desmentida pelas provas restantes (TJESP, Apelação Criminal nº. 0000700-33.2009.8.26.0366, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO), algo não verificado *in casu*.

Não bastasse, na Delegacia, a vítima K.P.V. declarou ter conhecido o acusado através da rede social *Facebook*, quando contava 12 anos de idade, dizendo-lhe contar 16 anos. Começaram a namorar com o consentimento de seus genitores, ocasião em que o réu soube sobre sua idade real. A relação sexual se deu "*no decorrer do namoro*", afirmando ter sido de forma "*natural, sem pressão*" de F. Salientou que, em nenhum momento, foi coagida ou forçada a praticar o ato sexual, observando não ser mais virgem quando manteve relação íntima com o apelante. Contou que a genitora não sabia que o casal mantinha relações sexuais, tomando conhecimento disso quando engravidou. Disse que o namoro terminou por "*ciúmes*" e, embora tencionassem reatar o relacionamento, a família foi contra. Observou manter contato com F., que visita a filha, compra "*fraldas e remédios*". Gostaria de reatar o relacionamento com o réu (fls. 27). E, em escuta especializada, manifestou o desejo de não prestar declarações em Juízo, alegando estar envergonhada "*por ter engravidado nova*" (fls. 116).

Acesso ao Sumário

Realce-se que os crimes sexuais, em regra, são praticados às ocultas ou às escondidas, daí porque a palavra da vítima assume relevante valor probatório, ainda mais quando corroborada por outros informes, como ocorre no caso, sendo farta a jurisprudência quanto ao peso das declarações passadas pelo sujeito passivo de tais delitos.

"*Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios*" (STJ, HC 43866/GO, Relator Ministro GILSON DIPP, DJU de 03-10-05, pág. 303).

"*3. Nos crimes contra a dignidade sexual, em que geralmente não há testemunhas, e que muitas vezes não deixam vestígios, a palavra da vítima possui especial relevância, não podendo ser desconsiderada, notadamente se está em consonância com os demais elementos de prova produzidos nos autos, exatamente como na espécie*" (STJ, HC 322696/RJ, Relator Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, Desembargador convocado do TJ/PE, julgado 01-09-2015).

"V - *Ademais, a palavra da vítima, em sede de crime de estupro, ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não têm testemunhas ou deixam vestígios (Precedentes)*" (STJ, HC 102362, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, grifei).

No mesmo teor, STF, 2ª T., HC 73.662/MG, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU, 20/09/96, pág. 34.535; STF, 2ª T., HC 102.473/RJ, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 29/04/11; RSTJ, 163/484; RT, 429/388, 442/380, 455/332, 448/339, 510/352, 604/425, 618/304, 636/325, 652/275, 663/285, 665/266, 666/295, 671/305, 712/399, 718/389, 719/478, 727/462, 733/545, 742/675, 771/580 e 777/602.

Corroborando a denúncia e as declarações da vítima, tem-se o testemunho de sua genitora, J.P.S., mencionando a depoente que K. começou a namorar o acusado quando contava doze anos de idade, realçando que F. a procurou a fim de obter autorização para se relacionar com a filha, algo concedido. Após um mês de namoro, K. engravidou, destacando que desconhecia o fato de o casal manter relação sexual durante o namoro. Na ocasião, conversou com a filha, que mencionou querer "*ter relações sexuais*" com o réu, vindo ela a lhe confidenciar já haver se relacionado sexualmente com outro rapaz anteriormente.

Mencionou que o acusado e K. namoraram por mais algum tempo, tendo ele pretendido levar a vítima para morar com ele, o que não permitiu, vindo o casal a romper o relacionamento. Destacou que F. "*não cumpre as obrigações de pai*", porquanto "*deixa de pagar a pensão*". Destacou que K. está bem com

Acesso ao Sumário

a filha, sem apresentar problemas psicológicos por conta dos fatos (fls. 28 e 146/147).

Frise-se que os esclarecimentos analisados se mostram harmônicos, coerentes, lógicos e livres de dúvidas, nada indicando animosidade ou intenção deliberada de prejudicar o apelante.

Num outro enfoque, a tenra idade da vítima à época vem comprovada pela certidão de nascimento a fls. 17, sendo a condição específica do sujeito passivo do conhecimento do apelante, repise-se, daí a condição de vulnerabilidade e violência presumida a que alude o artigo 217-A do Código Penal.

A propósito, ao reverso do sustentado pela Defesa, impossível se falar em "*relativização da vulnerabilidade*" ou "*da presunção de violência*", porquanto o dispositivo em destaque definiu critério objetivo para aferição da fragilidade da vítima ao tipificar a prática de conjunção carnal e outros atos libidinosos diversos praticados com menores de quatorze anos.

Igualmente, pouco importa a anterior "*experiência*" sexual da vítima.

Malgrado se depare com ofendida precocemente submetida à prática de atos sexuais, tal fato não teria o condão de afastar a tipicidade da conduta sob análise.

"*Atentado violento ao pudor – Caracterização – Prova farta – Vida sexual da vítima que não constitui circunstância excludente do delito – Sentença confirmada*" (JTJ, 240/305).

Outros precedentes não discrepam (RT, 395/92 e 559/399; RJTJESP, 126/474, 129/475 e 130/458).

Ademais, em nada altera o quadro o propalado **consentimento** da vítima, o qual se reputa viciado, considerada a presunção absoluta de violência estampada no artigo 217-A do Código Penal.

Aqui, pondere-se que "*A jurisprudência desta Corte Suprema perfilha entendimento de ser **absoluta a presunção de violência** nos casos de crime de estupro praticado contra menor de catorze anos (estupro de vulnerável), independentemente da conduta ter sido praticada, antes ou depois, da vigência da Lei 12.015/2009*" (STF, ARE 940701 AgR/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado 08-3-2016, grifei e destaquei).

"*Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito*" (STJ, AgRg no REsp 1435416/SC, julgado 14-10-2014).

Acesso ao Sumário

Tal orientação foi consolidada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça dia 26 de agosto de 2.015 durante o julgamento do Recurso Especial nº. 1.480.881/PI, recebido como representativo da controvérsia em matéria de repercussão geral (tema 918: "*Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima* ***não afastam a ocorrência do crime***" – grifou-se e se destacou).

Ainda a respeito, assentou-se no julgado paradigma que "*o exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar*" (STJ, REsp 1480881/PI, Relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe 10-9-2015, grifei).

A lúcida interpretação se repete em seguidos arestos ainda mais modernos do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 379763/SC, j. 13-12-2016; AgRg no REsp 1610840/MT, j. 22-11-2016).

Como anotado pelo Ministério Público via contrarrazões, "*(...) a tese sopesada pelo apelante não prospera, porquanto a relativização da vulnerabilidade descortina a premissa em salvaguardar a dignidade sexual da menor de 14 anos, diante da sua peculiaridade de pessoa em desenvolvimento. Trata-se, pois, de tipificação penal com presunção do emprego de violência, presunção*

Acesso ao Sumário

essa absoluta, inadmitindo prova em contrário. Assim, a norma impede relações sexuais diversas sejam mantidas com menores de 14 anos, mesmo que haja consentimento. O simples ato, per si, já configura uma violência sexual" (fls. 180).

De qualquer forma, a versão do apelante quanto ao imaginário desconhecimento da condição de vulnerabilidade da vítima acabou contrariada pelas declarações dela dando conta de que, quando do consentimento da genitora quanto ao namoro, soube o agente de sua idade "verdadeira", tal como explanado anteriormente.

Também a propósito, pontue-se que, como afirmou o próprio réu, o relacionamento perdurou por sete meses, a denotar a impossibilidade dele desconhecer a vulnerabilidade da então "namorada" em razão da convivência que propiciou a intimidade externada em relação sexual, impondo ponderar que a ofendida, perante a assistente social, realçou ter informado falsa idade ao apelante "*num primeiro momento*", mas, depois, reportou-lhe contar 12 anos (fls. 114).

Assim, demonstrada a materialidade e apurada a autoria da infração penal à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo a julgadora singular fixado a pena no mínimo legal de oito (8) anos de reclusão, sem se anotar causa modificadora.

A solução, pondere-se, beneficiou amplamente o apelante, porquanto, como anotado na própria sentença, à vítima "***não podem ser impostas obrigações típicas de um adulto, em especial neste caso, em que resultou numa gravidez****, o que vai despender, por parte de uma criança, responsabilidades e deveres que não lhe são exigíveis, por conta da tenra idade. À evidência que* ***esta situação lhe trará traumas psicológicos, senão agora, no futuro, diante de sua clara imaturidade em assumir tais encargos***" (fls. 140, grifei e destaquei), sem se ignorar a tenra idade de K., tudo a exigir significativo incremento da basilar, vedada a revisão do julgado ante a inércia da Justiça Pública.

Aqui, importante dizer que, quanto mais jovem a vítima, maior a reprovabilidade da conduta perpetrada contra menina de apenas doze anos de idade, algo amparado por orientação externada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades, no caso assinalando a possibilidade de se considerar a tenra idade como circunstância desfavorável (AgRg no AREsp 539.256/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 17-11-2014; AgRg no AREsp n. 920.205/SP, Quinta Turma, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe de 10-02-2017; AgRg no REsp 1802817/SC, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe 23-05-2019).

Noutras palavras, quanto mais jovem a ofendida, maior deve ser o incremento da basilar, dada a proporcional ingenuidade ínsita às variadas faixas etárias a propiciar maior sucesso da conduta bestial.

Acesso ao Sumário

De resto, mantém-se o regime semiaberto para início de cumprimento da corporal, cabendo destacar que o retiro pleno é o único adequado ao delito de natureza hedionda, sem se ignorar a circunstância negativa antes alinhavada igualmente colidente com retiro menos severo (artigo 33, § 3º, do Código Penal).

"*1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal – seja na redação original, seja na redação atual –, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado. 2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante*" (cf. STF, HC 103011/RN, 2ª T., Relatora Ministra ELLEN GRACIE, LexSTF 382/450).

Confira-se, também em tal sentir, STF, HC 103141/PR, 2ª T., Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe – 27 de 10-02-2011.

À vista do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO** da Defesa, mantendo a sentença impugnada.

Comunique-se, expedindo-se o mandado de prisão oportunamente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500575-06.2019.8.26.0571, da Comarca de Angatuba, em que é apelante RODRIGO APARECIDO DATORRE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso para determinar a restituição dos produtos agrícolas apreendidos nestes autos ao proprietário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.521)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 27 de maio de 2021.

NEWTON NEVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CRIMES CONTRA RELAÇÃO DE CONSUMO E CORRUPÇÃO DE MENORES – Preten-

são de restituição das coisas apreendidas nos autos – Possibilidade – Arquivamento do inquérito policial porque inexistente prova da materialidade – Descabimento de imposição de sanção, por meio do Juízo Criminal, sem a imputação de prática ilícita – Restituição dos produtos ao proprietário para uso exclusivamente doméstico – Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 429, proferida no feito em que **RODRIGO APARECIDO DATORRE** era investigado por suposta prática de crimes contra relação de consumo e corrupção de menores, determinou o arquivamento do inquérito policial em razão da ausência de prova da materialidade, indeferindo, no entanto, a restituição da coisa apreendida.

Recorre o réu, às fls. 438/446, pela devolução dos produtos agrícolas de sua propriedade, vez que sua posse não configura crime, não restando comprovada a intenção de mercancia.

Recurso processado e respondido, com manifestação ministerial, em ambas as instâncias, por seu desprovimento.

É o relatório.

Ao que se depreende dos autos, movidos por denúncias anônimas, policiais detiveram Rodrigo em flagrante no de 17 de abril de 2019, porque, auxiliado por dois adolescentes, estaria alterando os rótulos de produtos agrícolas, mais precisamente tocante às datas de validade, pois já estariam vencidos.

Apreenderam, então, 1.120 frascos de 5L de fertilizante da marca PGG Fergan Prime e 1.750 sacos de 25Kg de fertilizante da marca PGG Fermin San, que estavam com a data de validade vencida, mas com as respectivas etiquetas adulteradas.

Ocorre que, ao final das investigações, o órgão acusatório requereu o arquivamento do feito porque não realizada perícia nos produtos mesmo após decorrido considerável tempo, o que prejudicou a análise.

Ainda, manifestou-se contra o pedido para devolução dos bens, vez que estavam com a validade vencida e etiquetas adulteradas.

Adveio, então, o r. *decisum* ora atacado, segundo o qual "*Não obstante o arquivamento, há de se ressaltar que ele se deu por impossibilidade de configuração técnica da materialidade. Contudo, houve colhimento de elementos suficientes a indicar fortemente que o investigado venderia os produtos de forma adulterada, em prejuízo dos consumidores. Nada garante, portanto, que, com a devolução dos itens, não deixe de proceder da mesma forma. Assim, indefiro a restituição dos bens, que devem ser destruídos na forma do art. 124 do Código*

Acesso ao Sumário

de Processo Penal" (fls. 429), o que, com a devida vênia, não deve subsistir.

Ora, tendo o titular da ação penal entendido a ausência de prova da materialidade ao ponto de requerer o arquivamento do inquérito policial, o que homologado pelo N. Juízo *a quo*, certo é que não houve a imputação de qualquer ato típico, antijurídico e culpável a Rodrigo, o que, vale dizer, não acarreta qualquer sanção penal a ele.

Não se está aqui a olvidar que os produtos foram apreendidos em grande quantidade e com a data de validade vencida, alguns com os rótulos já adulterados, o que, aliado aos depoimentos extrajudiciais dos policiais e anúncio comercial, poderia conduzir à conclusão de que o recorrente os vinha comercializando.

No entanto, trata-se de mero exercício de dedução, o que não admitido para fins penais, não se podendo admitir o dolo na conduta do apelante sem que submetido a discussão sob o crivo do contraditório, prestigiado o princípio da ampla defesa.

Não se pode, dessa forma, manter a apreensão dos fertilizantes diante de meros indícios de que Rodrigo os revenderá, cabendo destacar aqui os documentos acostados às fls. 261 e 373, este um laudo assinado por agrônoma, que afirmam que não são eles nocivos após o vencimento, apenas menos eficazes.

Devem ser, portanto, os produtos imediatamente liberados para Rodrigo, não sendo demais deixar consignado que tais não poderão ser revendidos, sob pena de infração a crimes contra as relações de consumo.

Ante todo o exposto, dá-se provimento ao recurso para determinar a restituição dos produtos agrícolas apreendidos nestes autos ao proprietário.

É como voto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500514-27.2018.8.26.0072, da Comarca de Bebedouro, em que são apelantes MARCOS AURELIO ALVES DOS SANTOS e RODOLFO ROBSON MARQUES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: ACOLHERAM A PRELIMINAR a fim de anular a sessão de julgamento em razão da utilização de argumento capaz de induzir os jurados a erro quanto à presunção de inocência, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.731)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente), VICO MAÑAS e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 1º de junho de 2021.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Tribunal do júri – Homicídio qualificado – Preliminar – Promotor de Justiça que, durante os debates orais, disse aos jurados que não era necessário 100% de certeza para a condenação – Falas que podem induzir os juízes leigos a equívoca compreensão quanto ao princípio da presunção de inocência – Afirmação que recai sobre o direito abstrata e genericamente considerado e que extrapola os limites da argumentação acusatória – Veredito viciado – Sessão de julgamento anulada – Preliminar defensiva acolhida.

VOTO

MARCOS AURELIO ALVES DOS SANTOS e **RODOLFO ROBSON MARQUES** foram condenados pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Bebedouro, por infração, respectivamente, ao art. 121, §2º, IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal; e artigos 121, §2º, IV, e 121, §2º, IV e V, c.c. o art. 14, II, na forma do art. 69, todos do Código Penal. A **Marcos Aurelio** foi imposta pena de 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado. A **Rodolfo** foi aplicada sanção de 31 (trinta e um) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado (fls. 693/697).

Apelam as Defesas. **Marcos Aurélio** pleiteou a anulação do julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Subsidiariamente, requereu a redução da pena aplicada (fls. 763/768). **Rodolfo**, por sua vez, postulou, preliminarmente, a nulidade da sessão plenária por (i) falta de tomada do compromisso dos jurados, (ii) uso de argumento de autoridade e (iii) de argumento violador da plenitude de defesa perante os jurados, por parte do Ministério Público. No mérito, requer a anulação do julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos (fls. 813/819).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 773/783 e 825/839), a D. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 856/865).

É o relatório.

Rodolfo foi condenado pelo Tribunal do Júri porque, no dia 23 de setembro de 2018, por volta das 20h50mins, na Praça dos Trabalhadores, situada na Rua Brasília, na cidade e Comarca de Bebedouro, mediante surpresa, matou

Acesso ao Sumário

Marcelo Luiz Aparecido Gonçalves, vulgo "*Garça*". Nas mesmas condições de tempo e lugar, o réu, mediante surpresa e a fim de assegurar a impunidade do referido crime, tentou matar *José Pedro Gomes Ferreira*, não consumando o delito por razões alheias à sua vontade.

Por sua vez, **Marcos Aurélio** foi condenado porque, nas circunstâncias de tempo e local acima referidos, concorreu para a prática do primeiro crime de homicídio supracitado, distraindo a vítima para que não se apercebesse da aproximação do autor.

Narra a exordial que Marcelo estava sentado no banco da praça, junto de José Pedro e da testemunha Caio Henrique, ocasião em que Marcos se aproximou e chamou a atenção do trio, perguntando quem era o "Garça". Fato contínuo, Rodolfo se aproximou e efetuou diversos disparos contra Marcelo, que correu. Caio fugiu em seguida, ao passo que José Pedro permaneceu no local, correndo apenas quando Rodolfo também atirou contra si (fls. 208/213).

Os réus se evadiram e as vítimas foram socorridas, porém, apenas José Pedro sobreviveu.

Durante a madrugada, policiais militares receberam denúncia anônima que apontava os réus como autores do delito e fornecia suas características físicas e vestes. Em diligências, os agentes de segurança prenderam Marcos em flagrante, por tráfico de drogas, e este, informalmente, delatou o corréu.

Pois bem.

Entendo ser o caso de acolher uma das preliminares suscitadas, **eis que, durante os debates orais ocorridos na sessão de julgamento, o Promotor de Justiça proferiu fala capaz de induzir os jurados a erro quanto à presunção de inocência.**

Com efeito, na ata de julgamento consta que "Durante a réplica, os Defensores dos acusados interviram, pedindo que constasse em Ata que o Promotor de Justiça informou aos jurados que não é necessário 100% de certeza para condenação (fl. 677)".

Acesso ao Sumário

Embora gravação dos referidos debates não conste nos autos, o próprio Promotor de Justiça, em sede de contrarrazões, esclareceu em que consistiram tais dizeres:

> Na realidade, o Ministério Público estava explicando aos jurados (pessoas leigas na seara jurídica) que dificilmente um fato criminoso é 100% comprovado, argumentando que a única maneira de termos 100% de certeza de que algo (seja criminoso ou não) aconteceu seria sermos testemunhas oculares de tal acontecimento.
>
> Nessa linha de raciocínio, querer que um fato criminoso ficasse 100% provado para ser reconhecido levaria ao absurdo de que quase nenhuma condenação se efetivaria.

> Foi justamente essa explicação que o Ministério Público estava dando aos jurados para pedir a condenação do apelante baseada em várias provas –, daí a razão de se dizer que a defesa retirou de contexto a fala ministerial.
>
> Como conclusão, tenho para mim que nenhuma mentira foi dita aos jurados e que, ao explicar a questão dessa forma aos jurados, em nenhum momento o Ministério Público os induziu a nada.

Ora, em que pese o quanto alegado pelo nobre apelado, não se pode esquecer que o Tribunal do Júri sujeita os réus ao juízo juridicamente leigo dos jurados, que se presume carecer de pleno conhecimento quanto a princípios basilares do processo penal, dentre os quais a presunção de inocência, traduzida pelo brocardo "*in dubio pro reo*".

Sendo assim, **ainda que se considere a afirmação acusatória tal qual exposta nas contrarrazões, percebe-se que ela permite clara relativização do pressuposto acima elencado**, o que, dito perante o Conselho de Sentença, por certo tem o potencial de induzi-los neste sentido.

É que **a argumentação questionada não faz qualquer referência ao caso concreto**, **mas sim ao próprio direito abstrata e genericamente considerado**. Desse modo, extrapola as fronteiras de fundamentação acusatória, que, embora possa expor os motivos de sua convicção, não pode simplesmente distorcer garantias de matriz constitucional.

É de se observar que, preocupado com tal hipótese, o legislador estabeleceu, no art. 478 do Código de Processo Penal, a possibilidade de linhas argumentativas utilizadas durante os debates orais levarem à nulidade do julgamento. Em relação ao referido dispositivo, Gustavo Henrique Badaró ensina que:

> "A regra do atual art. 478, que não encontra correspondente na sistemática anterior, consubstancia-se em importante instrumento para evitar que argumentos não necessariamente corretos, mas com fortíssimo poder de persuasão, principalmente perante os juízes leigos, possam levar a um resultado injusto.
>
> (...)
>
> As hipóteses do art. 478 não são *numerus clausus*. Não será apenas, única e exclusivamente, nestes casos que os jurados serão influenciados. Qualquer outra linha argumentativa, com finalidade persuasiva, mas que possa induzir o jurado a erro, implicará nulidade de julgamento [...] em qualquer outra hipótese, desde que se demonstre concretamente que linhas argumentativas seguidas pelas partes efetivamente influenciaram, de forma indevida e falaciosa, o convencimento dos jurados, a nulidade também será de se reconhecer"
>
> (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5ª ed., São Paulo, 2017, pág. 719).

Acesso ao Sumário

Portanto, resta evidente que, ante a possibilidade de que o argumento do Ministério Público tenha induzido a erro os jurados, seu veredito torna-se viciado, de modo que não resta outra opção que não **anular a sessão plenária, a fim de que novo julgamento seja realizado, com a devida observância às balizas constitucionais ora violadas.**

Ante o exposto, por unanimidade, **ACOLHERAM A PRELIMINAR** a fim de anular a sessão de julgamento em razão da utilização de argumento capaz de induzir os jurados a erro quanto à presunção de inocência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000961-27.2016.8.26.0180, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, em que é apelante ALCIDES SALVIANO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.074)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente), REINALDO CINTRA e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 1º de junho de 2021.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Apelação Criminal – Receptação simples (art. 180, "caput", do CP) – Recurso defensivo visando a absolvição do apelante e, subsidiariamente, a desclassificação da imputação para a modalidade culposa prevista no § 3º do artigo 180 do Código Penal – Dolo da receptação evidenciado pelas circunstâncias do fato – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformado com a decisão proferida pela i. Juíza da 2ª Vara da Comarca de Espírito Santo do Pinhal às fls. 313/318, por meio da qual foi o sentenciado supramencionado condenado pela prática do delito do artigo 180, *caput*, do Código Penal, ao cumprimento de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 12 dias-multa, contra ela se insurgiu

o seu i. Advogado à fl. 322, arrazoando o apelo às fls. 335/342.

O i. Advogado pleiteia, de modo genérico, a absolvição do sentenciado e, subsidiariamente, a desclassificação da imputação para a forma culposa prevista no § 3º do artigo 180 do Código Penal.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 345/349), a E. Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se pelo seu desprovimento (fls. 363/377).

É o relatório.

Verifica-se, desde logo, que o i. Advogado não ofertou qualquer crítica voltada à regularidade formal do processo ou ao valor das provas amealhadas no curso da instrução, o que, assim, deve ser entendido como reconhecimento da existência do fato, sua materialidade e autoria.

As questões a serem apreciadas, portanto, se restringem ao dolo do delito de receptação.

Em que pese a argumentação do i. Advogado, o apelo não comporta provimento, eis que os argumentos trazidos com a respectiva peça de sustentação não têm força para depreciar o sólido conteúdo da decisão hostilizada.

Não há que falar-se em absolvição, uma vez que os fatos narrados na denúncia ficaram bem demonstrados, não remanescendo dúvida alguma quanto ao dolo da receptação.

ALCIDES SALVIANO foi processado e condenado às penas inicialmente mencionadas porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, "*adquiriu e ocultou, em proveito próprio, uma arma de fogo do tipo cartucheira, marca CBC, calibre 20, com numeração obliterada, bem este pertencente a André Luiz da Silva, ciente da origem espúria de tal bem (cf. laudo pericial de fls. 26/29)*" (fl. 1).

O dolo ressalta aos olhos no caso em apreço, em que pese o inconformismo do i. Advogado.

Tratando-se de receptação, a detecção do dolo do agente há que ser feita mediante análise das circunstâncias que envolveram o recebimento do bem oriundo de ilícito, posto que, não se confundindo com a culpa[1], esse elemento subjetivo somente se torna visível quando se constata, a partir das circunstâncias em que foi recebido/adquirido o bem, que era virtualmente impossível que o adquirente desconhecesse sua origem criminosa.

Afinal, ante a impossibilidade de perscrutar o íntimo do agente, seria iló-

1 Conforme o saudoso EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Direito penal, 1º Volume. Parte Geral. 36ª ed*. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 340, a aferição da culpa se dá através da "*possibilidade de antevisão do resultado... em face das circunstâncias concretas em que o sujeito se colocou*", é dizer, da previsibilidade enfocada "*não do ponto de vista do sujeito que realiza a conduta, mas em face do homem prudente e de discernimento colocado nas condições concretas*". Daí, ressalta o autor, a doutrina mais recente (*teoria finalista da ação*), contrariando a doutrina clássica, considerar que o dolo é "*natural*", correspondendo à "*vontade de concretizar os elementos objetos do tipo, não portando a consciência da ilicitude*" (op. cit., pág. 328).

Acesso ao Sumário

gico vincular a certeza da existência de dolo à sua confissão, que em regra não se faz presente mesmo quando fartos os indícios da receptação.

Abunda a jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça no sentido do afirmado supra:

> *Apelação. Crimes de receptação dolosa e falsa identidade. Sentença condenatória. Recurso da defesa. 1. Quadro probatório suficiente para a responsabilização penal do apelante por ambos os delitos. 2. A prova do dolo no crime de receptação é essencialmente indiciária, tomando-se em conta as circunstâncias em que se deu a ação do agente. Condenação mantida. 3. Comete o crime de falsa identidade, o indivíduo que, para ocultar seus antecedentes, fornece nome de terceiro. Inexistência na espécie, de direito à autodefesa. 4. Penas que não merecem reparo. Recurso desprovido.* (Apelação nº 0037665-12.2014.8.26.0050 – Relator: Laerte Marrone; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 19/10/2015; Data de registro: 20/10/2015).
>
> *RECEPTAÇÃO – pretendida a ABSOLVIÇÃO por atipicidade da conduta – ausência de dolo – descabimento – circunstâncias fáticas evidenciam o dolo na conduta do recorrente – penas bem dosadas – recurso não provido.* (Apelação nº 0032514-63.2011.8.26.0602 – Relator: Amaro Thomé; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 08/10/2015; Data de registro: 20/10/2015).
>
> *Processo penal. Prova. A apreensão da res em poder do réu gera presunção de autoria e inverte o ônus da prova. [-] Prova. Crime de receptação dolosa. Dolo. Suficiência de sua demonstração por indícios e/ou circunstâncias exteriores que envolveram os fatos, desde que não contrariados por outros elementos de convicção.* (Apelação nº 0026330-30.2013.8.26.0050 – Relator: Souza Nery; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 11/09/2015; Data de registro: 15/10/2015).

No caso destes autos, ALCIDES, ao ser ouvido na fase inquisitória (fl. 25/27), admitiu a aquisição da arma de fogo de "uns nortistas", por cerca de R$ 750,00, sabendo que estava com a numeração suprimida e que não tinha registro. Em juízo (mídia), repetiu a alegação e afirmou que não sabia que ela era produto de furto (cf. sentença, fl. 314).

Acesso ao Sumário

A alegação nesse sentido, porém, não convence. Afinal, não é crível que o sentenciado, morador de cidade do Estado de São Paulo, cujos habitantes têm amplo acesso aos meios de comunicação, pudesse desconhecer que o comércio de armas de fogo no país está sujeito a rígido controle das autoridades públicas, vindo em consequência a adquirir o exemplar descrito na denúncia sem as mínimas cautelas exigíveis em tais negócios.

Esse raciocínio, sopesado juntamente com a admissão feita pelo próprio

sentenciado – já inserido na criminalidade, cf. sentença, fls. 316/317 – de que adquiriu o objeto letal já com a numeração suprimida e, ainda, com a sua inércia em fornecer dados que pudessem levar à identificação das pessoas de quem supostamente o adquirira (como já ressaltado, em negociação que não envolveu a exigência de qualquer documento ou satisfação dos requisitos e formalidades legais), exterioriza o conhecimento da sua origem ilícita com clareza solar.

Inviável, assim, a reversão da condenação de ALCIDES, assim como a desclassificação pretendida para a forma culposa, uma vez que a hipótese exorbita a mera negligência, segundo um raciocínio que adote como parâmetro o discernimento médio de um cidadão comum.

Nessas condições, e considerando mais que as sanções foram estabelecidas mediante boa ponderação dos critérios da lei em vigor, é forçoso convir que a decisão condenatória consubstancia a melhor solução para a causa, não merecendo qualquer reparo.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso. Uma vez transitada em julgado esta decisão, dê-se início ao cumprimento das reprimendas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003001-64.2017.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante CÉSAR FERNANDES DE MELO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: REJEITARAM AS PRELIMINARES e DERAM PROVIMENTO ao recurso para JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL e ABSOLVER CÉSAR FERNANDES DE MELO, qualificado nos autos, da acusação de ter infringido o artigo 306, *caput*, da lei nº 9.503/97, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.323)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 2 de junho de 2021.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME INSERTO NO ARTIGO 306 DO CTB. Insurgência defensiva contra sentença que condenou o réu pela prática de crime de embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB). Pleito de absolvição acolhido. Inexistência de prova da materialidade do crime – declaração médica que não preenche os requisitos estabelecidos pelo CONAN, mormente quando confrontada com o laudo pericial indireto. Absolvição com fundamento no artigo 386, inciso II, do CPP, ante a ausência de prova da materialidade do crime. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença (fls. 155/162), que julgou procedente a ação penal, condenando CÉSAR FERNANDES DE MELO ao cumprimento da pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no patamar mínimo legal e da suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor pelo período de 2 (dois) meses, por infração à norma do artigo 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

Em suas razões (fls. 168/171), a defesa aduz que o estado de embriaguez não restou comprovado, haja vista que o laudo médico produzido pelo atendimento decorrente do flagrante (fls. 10) foi posteriormente confrontado com laudo pericial indireto (fls. 66/67), o qual concluiu que "*A declaração médica trazida para exame pericial indireto não contempla o rol de elementos periciais que a formalidade legal exige (...) Concluindo, não há elemento pericial para satisfazer a formalidade legal*." Busca, pela absolvição do sentenciado por ausência de provas da materialidade delitiva.

Oferecidas contrarrazões (fls. 179/180), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção do julgado (fls. 187/190).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de desenvolvimento válido e regular e de admissibilidade, para, no mérito, dar-lhe provimento.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra CÉSAR FERNANDES DE MELO CAVALHEIRO, dando-o como incurso nas sanções do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, em razão do cometimento do seguinte fato:

"*Consta do incluso inquérito policial que, no dia 9 de julho de 2017, às 17h45, na Rodovia SP 322, altura do km 460, nesta cidade e comarca de Olímpia, CÉSAR FERNANDES DE MELO, qualificado a fls. 12/15, conduziu veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, constatada por exame clínico a fls. 10. Conforme apurado, CÉSAR se envolveu em uma colisão veicular após sair da vicinal Leonardo Pozelli e, inadvertidamente, cruzar a rodovia sem as devidas cautelas, momento em que foi atingido por um veículo que transitava em sua regular mão de direção. O autor, logo em seguida, evadiu-se do local, mas foi localizado pelos policiais militares, informados por populares que o autor havia seguido a pé por uma estrada de terra. Ao ser localizado e abordado, o indivíduo confirmou que havia ingerido bebida alcoólica e, por isso, decidiu evadir-se do local do acidente. Desta feita, os milicianos o conduziram* à *UPA de Olímpia, onde o médico de plantão constatou que o examinado estava com hálito etílico e capacidade psicomotora comprometida* (fls. 10)."

Pela redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, comete o delito ali descrito o motorista que tenha conduzido o *veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.*

E conforme o §1º do referido dispositivo legal, a materialidade do delito pode ser comprovada por *I- concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.*

A Resolução 432/2013 do Contran disciplina quais são os outros sinais aptos a comprovar o estado de embriaguez. De acordo com o artigo 5º:

Art. 5º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:

I – exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou

II – constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.

§ 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, *deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.*

§ 2º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.

No caso sob análise, não houve a produção do Termo de Constatação de

Acesso ao Sumário

Sinais de Embriaguez ou de qualquer outro documento com conteúdo equivalente em que houvesse suficiente descrição de quais seriam as alterações físicas e mentais apresentadas pelo apelante quando da sua abordagem como, por exemplo, andar cambaleante, fala enrolada ou confusão mental.

Com efeito, o exame clínico constante nos autos (fls. 10), contou com escassa narrativa acerca do suposto estado de embriaguez do apelado, se limitando a informar: "*paciente com hálito de bebida alcoólica, capacidade psicomotora comprometida*"; não sendo, portanto, prova hábil a comprovar a alteração da capacidade psicomotora do apelado, em razão da influência de álcool.

Outra não foi a conclusão do laudo pericial indireto (fls. 66/67), senão a conclusão de que a referida "*declaração médica trazida para exame pericial não contempla o rol de elementos periciais que a formalidade legal exige. A saber, o rol de exigências no exame clínico contempla: hálito, motricidade, marcha, escrita, index-nariz, afetividade, vontade, funções vitais, pulso, pupila, sensibilidade, aparência, atitude*."

Ademais, a prova testemunhal produzida no caso em tela não é capaz de suprir os exames técnicos e confirmar o estado de embriaguez, na medida em que o policial militar *Anderson* apenas informou que o apelante estava com "*odor etílico e vestes bagunçadas*".

Assim, considerando que a comprovação da situação embriaguez exige a existência de um conjunto de sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, nos termos do §1°, artigo 5º, da Resolução 432/2013 do Contran, tenho que as provas acostadas aos autos não permitem aferir, de forma segura, se houve ou não o efetivo consumo de álcool pelo réu.

Destarte, competia ao órgão acusador instruir o caderno processual com provas robustas de materialidade, tendo se desincumbido de tal desiderato, o que implica na fragilidade probatória, impondo-se a absolvição.

Ante o exposto, **REJEITO AS PRELIMINARES** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso para **JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL** e **ABSOLVER** CÉSAR FERNANDES DE MELO, qualificado nos autos, da acusação de ter infringido o artigo 306, *caput*, da lei nº 9.503/97, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003644-83.2016.8.26.0197, da Comarca de Francisco Morato, em que é apelante I.P.M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAU-

LO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.807)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 10 de junho de 2021.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Ameaça e lesão corporal no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher. Materialidade e autoria comprovadas. Inexiste legítima defesa quando, após apartada a briga em que ocorrem agressões mútuas, o agente se desvencilha dos contentores e volta a agredir a mulher já pacificada. Seriedade da ameaça que se comprova pelo temor da vítima e que não se deu no contexto de discussão.

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo. Materialidade e autoria comprovadas. Não se aplica o princípio da insignificância para o crime de disparo de arma de fogo somente porque não foi direcionado a pessoa alguma. O porte de diversas munições, no ensejo da comprovação do crime de disparo de arma de fogo, afasta a possibilidade de reconhecimento da insignificância. Condenação acertada. Pena e regimes mantidos. Recurso improvido.

VOTO

Acrescenta-se ao relatório da r. sentença de fls. 238/253 que a ação penal foi julgada procedente, condenado o réu I.P.M. à pena de quatro meses e dez dias de detenção, em regime inicial aberto, por infração ao art. 129, § 9.º, e art. 147, c.c. art. 61, inciso II, alíneas "e" e "f", na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Foi condenado, ainda, a um ano de detenção, em regime inicial aberto, e pagamento de dez dias-multa, no piso, como incurso no art. 12 da Lei n.º 10.826/03 e a dois anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de onze dias-multa, no piso, como incurso no art. 15 da Lei n.º

Acesso ao Sumário

10.826/03. As penas corporais para os crimes do Estatuto do Desarmamento foram convertidas em duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pagamento de prestação pecuniária de um salário mínimo.

Apela o réu (fls. 267/272). Com relação ao crime de lesão corporal, alega a incidência da excludente de ilicitude da legítima defesa. Com relação aos crimes do estatuto do desarmamento, alega que o disparo teve direção alheia à da vítima e, com isso, deve ser reconhecida a excludente de tipicidade da insignificância. Pede a absolvição.

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 280/289) e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento (fls. 300/304).

É o relatório.

Segundo se apurou, no dia 24 de maio de 2016, o apelante, por motivo fútil, com violência doméstica e familiar contra a mulher na forma da Lei n.º 11.340/06, ofendeu a integridade corporal de M.M.M., sua esposa, causando-lhe lesões corporais de natureza leve. Consta, ainda, que no dia 14 de junho de 2016, o réu, por motivo fútil, disparou arma de fogo em via pública e, também, nas mesmas circunstâncias, ameaçou, por palavras, com violência doméstica e familiar contra a mulher na forma da Lei n.º 11.340/06, M.M.M., sua esposa, de causar-lhe mal injusto e grave. Consta, por fim, que na tarde do dia 23 de junho de 2016, o apelante mantinha sob sua guarda munições de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade está devidamente demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fl. 31, pelo laudo de lesão corporal de fl. 64, pelo laudo de peça de fl. 71 e pelas demais provas produzidas.

O réu, na fase policial alegou que as agressões foram mútuas e deflagradas pela vítima. Disse que, no calor da discussão, xingaram-se e ele a ameaçou, mas frisou que não tinha intenção de cumprir as promessas (fl. 105).

Em juízo, repetiu a versão acerca da legítima defesa, negou o crime de ameaça e de porte de munição (quanto a este, disse que guardava os cartuchos para um amigo) e confessou que efetuou o disparo, mas sem intenção de atingir a vítima (mídia digital).

A ofendida, em ambas as fases, declarou que, no dia 24 de maio de 2016, o réu e ela discutiram e ela investiu contra ele, que revidou. Contou que os familiares dele apartaram, mas ele se desvencilhou, armou-se com um cabo de vassoura e atacou as suas pernas. Asseverou que, dias depois, ele a encontrou na rua, sacou uma arma de fogo e efetuou disparo para o alto, alegando que a executaria depois. Acrescentou que soube que os policiais localizaram munições na casa do réu (fls. 11/12, 17 e mídia digital).

O policial civil Cláudio Marcelo de Andrade, em juízo, relatou que foi

Acesso ao Sumário

cumprir diligência na casa do apelante e, no local, tiveram a entrada franqueada pelo genitor dele. Disseram que, em cima de um guarda-roupas, foram localizadas algumas munições (mídia digital).

O informante L.M., pai do réu, em juízo, não presenciou os fatos, pois estava fora de casa quando os policiais localizaram as munições (mídia digital).

- *Lesão corporal e ameaça.*

Embora a vítima tenha confirmado que iniciou as agressões, motivando o revide do apelante, após a contenção do conflito, ele se desvencilhou e voltou a agredi-la, sem que ela tivesse promovido qualquer provocação. Desta vez, os golpes foram à guisa de pauladas, em suas pernas, e o laudo comprova que ela estava com "*escoriações puntiformes e equimose arroxeada escura na região do maléolo externo do tornozelo esquerdo*." Ou seja, as agressões resultantes dos tapas e socos que trocaram antes são irrelevantes, porque ele está processado pela segunda onda de violência, esta promovida sem provocação da ofendida.

Com relação ao crime de ameaça, a alegação de ausência de seriedade não socorre o apelante. Em primeiro lugar, a situação não envolvia discussão acalorada, pois ele encontrou a vítima dias depois das primeiras agressões e, para atestar a valia de suas promessas efetuou disparo na via pública, no contexto da ameaça.

Mesmo no caso de altercações intensas, é preciso analisar se realmente a promessa está inserida nas ameaças vagas e excessivamente performáticas para que sejam cumpridas ou se o agente se estimulou, pela frustração, a prometer mal – com ou sem a intensão de cumpri-lo:

> "Tratando-se de crime de ameaça de morte, em razão de desentendimentos entre as partes decorrentes de pendências em negócios, não pode o réu escusar-se sob o argumento de ira eventual, cólera ou raiva, eis que tais emoções, em vez de excluírem o delito, mais o reforçam." (TACRIM-SP, 11.ª Cam., AP 1.281.329/1, Rel. Luís Soares de Mello, j. 10/06/2002 - RT 804/591).
>
> "No crime do art. 147 do CP, o argumento segundo o qual não se caracteriza a grave ameaça quando proferida em estado de cólera súbita e momentânea não procede, pois, a aceitar semelhante raciocínio, estaria abolida, *ipso facto*, a figura do delito, pela simples razão de que difícil coisa é alguém ameaçar com o ânimo plácido e despreocupado." (TACRIM-SP, AP 1.274.365/3, Rel. Carlos Biasotti, j. 11/10/2001 - RJTACRIMSP 56/62).

- *Posse irregular de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo.*

A autoria é inquestionável: o disparo foi confessado pelo réu e confirmado pela vítima e o porte das munições também foi confirmado pelo apelante, embora tenha dito que pertencia a um amigo. A tentativa mal orientada de se

Acesso ao Sumário

livrar da acusação se deu pela falta de conhecimento do agente de que, ainda que estivesse guardando as munições para terceiro, a incursão no tipo estaria consumada. Mas é de se questionar: quem viveria em um local tão abarrotado a ponto de lhe faltar espaço para guardar quatorze cartuchos de revólver?

A alegação de atipicidade pela insignificância das condutas é teratológica. Afirma a defesa que os disparos não foram direcionados à vítima. É claro: se fossem, o delito seria o de feminicídio ou lesão corporal, a depender da intenção. O dolo autônomo do disparo de arma de fogo na via pública é exatamente o que caracteriza o tipo do art. 12 da Lei n.º 10.826/03. Se essa ação fosse considerada insignificante, estaria o crime abolido e autorizada a conduta de disparar arma de fogo a esmo.

Embora nada tenha sido alegado quanto à posse dos cartuchos, presume-se que a alegação se estende, também, a este delito. Esta C. Câmara tem reconhecido a atipicidade da conduta do porte de poucas munições, especialmente se desacompanhada de arma de fogo. Aqui, embora não tenha sido apreendida a arma, é fato – e nem mesmo o réu o nega – que ele efetuou os disparos, de tal sorte que os quatorze cartuchos, de calibre nominal .38, todos funcionais, estão inseridos em um contexto que não pode ser considerado insignificante.

É de se lembrar que há critérios extremamente subjetivos que determinam o reconhecimento da atipicidade pela insignificância e, das quatro balizas fixadas pelo E. STF (HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/10/2004 - RTJ 192/963), em ao menos três a conduta não se encaixa. Neste passo, não é mínima a ofensividade da conduta do agente, pois quatorze cartuchos são quase duas cargas de um revólver de grande capacidade. Há periculosidade social da ação, pois há indícios seguros de que ele possui arma de fogo hábil a deflagrar os projéteis e, por fim, não pode ser reputado reduzido – *rectius*, **reduzidíssimo** – o grau de reprovabilidade do comportamento, já que ele, em oportunidade pretérita, efetuou atirou de maneira inopinada, em pleno passeio público.

Assim, está correta, também, a condenação por estes delitos e passo a analisar a dosimetria.

- *Lesão corporal e ameaça*.

As penas partiram do mínimo, de três meses de detenção para o crime do art. 129, § 9.º, do Código Penal e de um mês de detenção para o crime de ameaça (foi fundamentada a não aplicação da pena alternativa de multa). Na segunda fase, compensaram-se eventuais atenuantes e agravantes e, ausentes impactos na derradeira etapa, a pena se estabilizou como na primeira fase.

Foi fixado o regime aberto e, embora reconhecida a possibilidade de fixação do *sursis*, destacou o MM. Juízo *a quo* que o regime aberto é mais benéfico e, deste aspecto, não recorreu a defesa.

- *Posse irregular de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de*

Acesso ao Sumário

fogo.

As penas partiram dos respectivos mínimos, de um ano de detenção e pagamento de dez dias-multa, no piso, para o crime do art. 15 da Lei n.º 10.826/03 e de dois anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa, mínimos, para o crime do art. 12 do mesmo diploma.

Na segunda fase, o crime do art. 15 não sofreu alterações e o do art. 12 sofreu aumento de 1/6 em razão da agravante do motivo fútil, alcançando dois anos e quatro meses de reclusão e pagamento de onze dias-multa, no piso.

Ausentes impactos na derradeira etapa, as penas se estabilizam nos patamares anteriores, fixado o regime aberto e convertidas as penas corporais (para estes dois crimes, somente) em duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pagamento de prestação pecuniária de um salário mínimo.

Pelo exposto, meu voto **nega provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003019-73.2017.8.26.0210, da Comarca de Guaíra, em que é apelante CLEZIO JOSE GOMES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.940)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MÁRCIO BARTOLI (Presidente) e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 12 de junho de 2021.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Roubo impróprio. Sentença de absolvição imprópria, com internação. Defesa pretende a submissão a tratamento ambulatorial. Sem razão. Provas dos autos atestam que o réu praticou o delito e empregou violência em face das vítimas, para assegurar a detenção dos bens subtraídos. Caracterizada a figura prevista no artigo 157, § 1º, do Código Penal. Mantém-se a absolvição

Acesso ao Sumário

imprópria, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do CPP. Inimputabilidade reconhecida em primeiro grau não comporta reformas. Em razão do delito ser apenado com reclusão, a internação decorre de expressa previsão legal. Impossibilidade de afastamento da referida medida. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pela douta defesa de CLÉZIO JOSÉ GOMES, em face da r. sentença, cujo relatório acolho, publicada em 12/02/2021, na qual o MM. Juízo da 1ª Vara Judicial da comarca de Guaíra absolveu-o impropriamente, com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, da prática do crime previsto no artigo 157, §1º c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, aplicando-lhe medida de segurança consistente em internação, pelo prazo mínimo de 03 (três) anos, deferindo-lhe o recurso em liberdade (fls. 186/190).

Irresignada, a Defesa apela requerendo apenas a concessão de tratamento ambulatorial em regime aberto (fls. 197/199).

As contrarrazões foram ofertadas, oportunidade na qual as alegações defensivas foram rebatidas (fls. 204/208).

Regularmente processado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo seu provimento em razão do laudo de insanidade mental não ter sido realizado por 02 (dois) peritos, em desacordo com o art. 159 do Código de Processo Penal (fls. 225/227), vindo os autos conclusos em 24/05/2021.

É o relatório, passo a decidir.

Inicialmente, rejeita-se a alegação da D. Procuradoria de Justiça acerca da ilegalidade do laudo pericial.

Assim dispõe o art. 159 do Código de Processo Penal:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por *2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.*

Verifica-se, portanto, que somente na ausência de perito oficial o exame deverá ser realizado por (02) duas pessoas devidamente qualificadas para tanto.

Ocorre que o referido Laudo (fls. 40/44 do apenso) foi elaborado por perito oficial, médico psiquiatra pertencente aos quadros do IMESC.

Daí porque não se verifica ofensa ao artigo 159 do Código de Processo Penal:

Acesso ao Sumário

Superado tal ponto, a r. sentença bem valorou a prova, não comportando reparo.

Segundo narra a denúncia, no dia 28/08/2017, por volta das 09h00min, no estabelecimento comercial "Droga Marca", situada à Avenida 21, nº 867, centro, na cidade de Guaíra, CLEZIO JOSÉ GOMES, vulgo "Batman", subtraiu, para si, mediante violência, coisas móveis alheias, consistentes em 1 (um) creme dental da marca "Colgate Sensitive" e 1 (um) spray para garganta da marca "Zim Zim", avaliados, respectiva e informalmente, em R$ 8,95 (oito reais e noventa e cinco centavos) e R$ 7,95 (sete reais e noventa e cinco centavos), bens pertencentes à empresa acima mencionada, não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo o apurado, o réu ingressou no estabelecimento comercial e, após se apossar dos bens acima descritos, caminhou em direção à saída na tentativa de subtraí-los.

Ao perceber a situação, a testemunha *Ana Laura Pasquim Araújo de Paiva*, funcionária do local, foi em direção a CLEZIO e tentou tomar-lhe os produtos, mas o réu a segurou pelos braços, causando escoriações e evadiu-se em seguida, sem os bens.

Em virtude destes fatos, CLEZIO foi denunciado como incurso no artigo 157, § 1º, c.c. com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 34/35).

Após regular instrução processual, o ilustre Juízo *a quo* reconheceu a consumação do delito de roubo impróprio, bem como a inimputabilidade do acusado, motivo pelo qual o absolveu impropriamente, aplicando medida de segurança de internação.

Irresignada, a Defesa pretende a manutenção da absolvição imprópria, com a substituição da medida de segurança de internação pela de tratamento ambulatorial.

Todavia, seu pleito não merece prosperar.

A materialidade foi devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 05/06), laudo pericial indireto, o qual atestou que a vítima sofreu lesão corporal de natureza leve (escoriações) em mão direita (fl. 39), bem como pela prova oral produzida em contraditório.

A autoria, igualmente, é inconteste.

A ofendida afirmou que trabalhava na farmácia quando ouviu um barulho, oportunidade em que viu o acusado segurar dois produtos. Tentou tomá-los, instante em que o réu segurou seus braços, a empurrou e saiu, dizendo algo ininteligível, jogando os produtos na calçada. Sofreu escoriações (fls. 145/146).

A testemunha de acusação, o policial *Durval de Souza*, apenas reiterou a ocorrência nos moldes que lhe foram relatados pela vítima ao registrar o boletim

Acesso ao Sumário

de ocorrência. Por fim disse que o Réu era conhecido pela prática de furto (cf. fls. 147/148).

O ora apelante, ouvido apenas em juízo, afirmou não se recordar dos fatos (fls. 149/150).

Pois bem.

O delito de roubo impróprio consumado restou devidamente comprovado nos autos, vez que houve violência contra a vítima depois da subtração, bem como a inversão da posse, pois o réu saiu do estabelecimento com a res, jogando -as na calçada em seguida, tanto que sequer houve insurgência defensiva sobre a condenação em si.

Posteriormente, foi reconhecida a inimputabilidade do réu, nos termos do art. 26, *caput*, do Código Penal, devendo ser mantida a sentença de absolvição imprópria que lhe aplicou medida de segurança.

No caso, o réu praticou atos típicos e ilícitos e sua inimputabilidade foi reconhecida por laudo pericial (fls. 40/44 do apenso), o qual apontou, também, sua periculosidade.

O perito oficial, médico psiquiatra, atestou que o réu "*apresenta deficiência cognitiva e psicose residual com persistência dos sintomas psicóticos apesar de tratamento, em processo de degeneração evidenciando sinais de demência" (...) o periciado tem maior propensão a apresentar reações vivenciais anormais a qualquer momento com consequências graves para si e para outrem, mesmo sob efeito de medicação, portanto, necessita de presença constante de figura de autoridade que atue como mecanismo contensor*..."

Não há como atender ao pleito defensivo de substituição da medida de segurança de internação por tratamento ambulatorial.

Com efeito, segundo ensinamentos do i. doutrinador Cézar Roberto Bittencourt, são três os pressupostos ou requisitos para a aplicação da medida de segurança: (i) prática de fato típico punível; (ii) periculosidade do agente; e (iii) ausência de imputabilidade plena. Cito trecho de seu livro:

> *"PRESSUPOSTOS OU REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA*
>
> *a) Prática de fato típico punível – É indispensável que o sujeito tenha praticado um ilícito típico. (...) resumindo, a presença de excludentes de criminalidade ou de culpabilidade e a ausência de prova impedem a aplicação de medida de segurança.*
>
> *b) Periculosidade do agente – É indispensável que o sujeito que praticou o ilícito penal típico seja dotado de periculosidade. Periculosidade pode ser definida como um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade. É um juízo de probabilidade – tendo por base a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente – de que este voltará a delinquir. O Código Penal prevê dois tipos de periculosidade: 1) periculo-*

Acesso ao Sumário

sidade presumida – quando o sujeito for inimputável, nos termos do art. 26, caput; 2) periculosidade real – também dita judicial ou reconhecida pelo juiz, quando se tratar de agente semiimputável (art. 26, parágrafo único), e o juiz constatar que necessita de "especial tratamento curativo".

c) Ausência de imputabilidade plena – O agente imputável não pode sofrer medida de segurança, somente pena. (...) Assim, a partir da proibição de aplicação de medida de segurança ao agente imputável, a ausência de imputabilidade plena passou a ser pressuposto ou requisito para aplicação de dita medida". (Bitencourt, Cezar Roberto. Coleção Tratado de direito penal - volume 1. 26ª edição. São Paulo: Saraiva Educação. 2020, pp. 2090-2091).

Na hipótese dos autos, estão presentes todos os requisitos necessários à aplicação da medida de segurança de internação, nos termos do art. 97, *caput*, do Código Penal.

Isto porque o delito praticado pelo réu é apenado com reclusão.

Ademais, como bem ressaltado na r. sentença, o laudo pericial afirmou a necessidade de internação para a própria segurança do réu, vez que seu quadro de saúde pode apresentar alterações repentinas, mesmo sob efeito de medicação.

Assim, não há como atender ao pleito defensivo, motivo pelo qual mantém-se a imposição da medida de segurança, consistente em internação, pelo prazo mínimo de 03 (três) anos, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, nos termos do artigo 97, §1º, do Código Penal.

Desse modo, nada há a reparar.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso, mantendo-se, *in totum*, a r. decisão atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500584-39.2020.8.26.0536, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante/apelado KAUAN VITOR DA SILVA PEREIRA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram, determinando a remessa dos presentes autos à E. Presidência da Seção Criminal para o prosseguimento do feito. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.929)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉL-

Acesso ao Sumário

LIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Recurso Repetitivo do STJ que fixou o entendimento no sentido de possibilidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea – Lei 13.256/2016, que incluiu o art. 1030, II, no CPC, não alcança matéria criminal – Decisão mantida – Remessa à E. Presidência da Seção Criminal para prosseguimento do feito.

VOTO

Cuidam-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 150/155, que condenou a réu KAUAN VITOR DA SILVA PEREIRA, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 417 dias-multa, no piso legal.

Narra a inicial que no dia 19 de fevereiro de 2020, por volta de 13h, na Rua Maria Barbosa Chaves, nº 1, no bairro Antártica, o apelante, portava, trazia consigo e guardava drogas, consistentes em 42 porções de maconha e 05 porções de *skunk*, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além da quantia de R$ 50,00 em dinheiro.

Irresignada, a Acusação recorreu e pediu o reconhecimento da reincidência e o afastamento do § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas (fls. 222/227), enquanto a Defesa apelou, requerendo a aplicação do privilégio na fração máxima e, ainda fixação do regime aberto, reconhecimento da detração, com substituição das penas por restritivas de direitos (fls. 241/260).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 261/268 e 272/279), manifestando-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento apenas do recurso ministerial (fls. 297/309).

Na sessão de julgamento realizada em 14/01/2021, esta C. 4ª Câmara de Direito Criminal, por unanimidade, deu provimento ao recurso ministerial e negou provimento ao recurso defensivo (fls. 311/322).

Inconformada, a d. Defesa interpôs o Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, pleiteando o afastamento da reincidência ou a alteração da fração exasperada, a aplicação da detração, o reconhecimento da causa de diminuição conhecida como tráfico privilegiado e a

concessão dos reflexos deste benefício (fls. 335/344).

Contrarrazoado o recurso especial (fls. 350/358), a E. Presidência da Seção Criminal deste E. Tribunal de Justiça encaminhou os autos a esta Turma Julgadora, nos termos do art. 1030, inciso II, do Código de Processo Civil (fls. 361).

Relatei.

O presente recurso não comporta conhecimento.

A E. Presidência da Seção Criminal deste E. Tribunal de Justiça encaminhou os autos a esta Turma Julgadora, em cumprimento ao disposto no art. 1030, II, do Código de Processo Civil, observando que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.341.370/MT, na Sessão de Julgamento realizada aos 10/04/2013, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso para reconhecer a possibilidade de compensação da reincidência com a confissão espontânea na segunda fase da dosimetria da pena.

Ocorre que, não obstante o art. 3º do Código de Processo Penal admita interpretação extensiva e analógica aos ditames processuais em matéria criminal, trata-se de aplicação subsidiária, vale dizer, não se está a permitir incidência irrestrita dos institutos afetos ao Processo Civil que não encontram correspondência na Lei Penal Adjetiva.

Isso porque o Direito Processual Penal tutela interesse jurídico completamente diverso do Processo Civil, abordando quase sempre matéria indisponível ao titular do direito, e de interesse de toda a sociedade.

Ora, a Lei 11.672/2008, que acresceu o art. 543-C ao Código de Processo Civil, atualmente o art. 1030, II, do novo CPC (criado pela Lei 13.256/16), teve como escopo diminuir a demanda de processos perante o C. Superior Tribunal de Justiça, haja vista o número de recursos fundados em matérias idênticas.

Contudo, quando se trata de matéria criminal, por maior que seja a similitude que exista entre os feitos, sob o aspecto processual, as questões devem ser decididas no caso em concreto.

Além do mais, a Lei 8.038/90, a qual institui normas procedimentais perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não foi alterada.

Assim, vê-se claramente que a *ratio legis* não era abranger a seara criminal, pois tal medida restritiva de acesso ao judiciário incorreria em inegável prejuízo à ampla defesa.

A propósito:

"(...) Conclui-se, assim, que a norma que alterou o CPC não poderá ser estendida aos recursos especial em matéria criminal porque o legislador quis expressamente alterar o Código de ritos cíveis, caso o mesmo

Acesso ao Sumário

pretendesse incluir todas as matérias possíveis na nova norma ter-se-ia alterado a Lei 8.038 de 1990 que trata das condições gerais para interposição de recursos especiais e extraordinários e não somente o CPC como o fez. *Tal conclusão tem respaldo também na jurisprudência do STF consubstanciada no verbete sumular 699 que afirma não repercutir no Código de Processo Penal as alterações ocorridas no Código de Processo Civil. Outro substancial argumento que afasta por completo a incidência da novel legis na seara criminal é extraído da própria relação jurídica processual penal. Esta é completamente diversa das outras áreas do direito, até mesmo pelo bem jurídico tutelado, envolvido na relação, e que, na maioria das vezes, foge da esfera de disponibilidade do titular do direito, repercutindo em toda coletividade, como demonstramos acima. Por derradeiro, os diversos instrumento previstos na legislação em comento, tais como a seleção de julgados para serem levados ao STJ, a retenção de recursos no tribunal de origem, a figura do amicus curiae, além, do que mais grave, a possibilidade reexame de decisões proferidas pelo tribunal a quo de modo a adequar-se ao posicionamento firmado pelo STJ, são todas, em suma, contrárias aos princípios reitores do sistema processual penal acusatório estabelecidos na Lei Maior."* (CARVALHO, Esdras dos Santos. Primeiras notas acerca do procedimento para evitar recursos repetitivos no âmbito do STJ e a questão em matéria criminal. *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 56, ago 2008. Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em out 2013. (grifei).

Destarte, não conhecendo do presente recurso, necessária se faz a remessa dos presentes autos a. E. Presidência da Seção Criminal para o prosseguimento do feito.

Posto isto, **NÃO CONHEÇO** do presente recurso, determinando a remessa dos presentes autos à E. Presidência da Seção Criminal para o prosseguimento do feito.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000501-71.2021.8.26.0404, da Comarca de Orlândia, em que é apelante MARCEL DE CAMARGO FOMIN, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.481)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente sem voto), FERNANDO SIMÃO e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 15 de junho de 2021.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Apelação. Incidente de restituição de objetos apreendidos. Decisão denegatória. Pedido de restituição denegado. Pedido de acesso a cópias do conteúdo dos aparelhos eletrônicos acolhido. Acesso a cópias que resguarda o direito ao regular exercício da profissão do apelante e não causa prejuízo à regular investigação. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **MARCEL DE CAMARGO FOMIN** (fls. 18/24) em face da r. decisão de fls. 16/17, a qual, em incidente de restituição de coisas apreendidas, indeferiu pedido de devolução de objetos apreendidos pelo Ministério Público (celulares, notebooks e outros equipamentos eletrônicos) em âmbito de investigação da suposta prática do crime de organização criminosa.

O apelante ressalta a necessidade profissional dos aparelhos, especialmente de seu notebook, aduz que o acesso aos documentos constantes nos eletrônicos é necessária para o resguardo da ampla defesa, salientando a origem lícita dos bens.

Requer, portanto, a devolução dos bens ou ao menos o direito de acesso aos arquivos existentes nos aparelhos.

Em contrarrazões o *parquet* pugnou pelo não provimento do apelo (fls. 613/617).

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça foi pelo não provimento do recurso (fls. 625/627), e os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

No âmbito do cumprimento de mandado de busca e apreensão o GAECO (Núcleo de Franca), responsável pela investigação acerca da suposta prática de crimes de fraude a licitações, lavagem de dinheiro, formação de cartel, corrupção, entre outros, apreendeu equipamentos eletrônicos que estavam na posse de **MARCEL DE CAMARGO FOMIN**, o qual propôs incidente de restituição de objetos apreendidos e, ante a decisão denegatória, propôs a apelação que agora

Acesso ao Sumário

se aprecia.

De plano, ressalto que não se vislumbra justificativa para obstar o acesso do apelante ao conteúdo dos aparelhos apreendidos.

E bem verdade que o pedido principal, de restituição dos objetos, por ora não pode ser acolhido, posto que ainda não concluída a investigação (cf. art. 118 do CPP). Todavia, não há como imaginar, sequer em tese, que permitir a cópia dos arquivos e entrega deles ao apelante irá causar tumulto processual ou mesmo prejudicar as investigações.

A bem da verdade, em dado momento o apelante, sujeito que já tinha acesso aos arquivos, voltar a ter, o que se conclui até mesmo como corolário lógico do contraditório e da ampla defesa, de tal maneira que antecipar tal acesso a cópias, sob justificativa idônea (exercício de sua profissão), é pleito razoável e merece acolhimento.

Sendo assim, indefiro a restituição, mas autorizo a realização de cópias do conteúdo integral referente aos arquivos existentes nos aparelhos eletrônicos.

Atento que o procedimento de realização das cópias será realizado no âmbito interno do Ministério Público (GAECO), com mídias a serem adquiridas pela própria Instituição (*CDs, DVDs, pendrives, HDs etc.*), sem prejuízo do reembolso dos custos delas pelo apelante, tudo a fim de assegurar a preservação dos dados digitais.

Desse modo, poderá o apelante prosseguir no exercício de sua profissão (mesmo que em notebook alheio) e não haverá prejuízo à investigação penal.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** à apelação, a fim de acolher o pedido de acesso a cópias dos dados existentes nos aparelhos eletrônicos de **MARCEL DE CAMARGO FOMIN**, nos termos da fundamentação exposta.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505018-25.2020.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCOS ANTONIO SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.207)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENO-

VSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 16 de junho de 2021.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Apelação. Roubo simples. Prova. Suficiência. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. Réu confesso. Penas e regime adequadamente fixados. Afastamento da indenização por danos morais. Inviabilidade. Pedido expresso do Ministério Público na denúncia. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 143/149, que passa a integrar a presente decisão, acrescenta-se que **MARCO ANTONIO SANTOS** foi condenado às penas de 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo, porque incurso no artigo 157, *caput*, do Código Penal. A r. sentença fixou, ainda, indenização no valor de equivalente a 01 (um) salário mínimo a título de danos morais. Foi negado ao réu o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, o acusado recorreu pleiteando o afastamento da indenização por danos morais (fls. 161/164).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 167/176) e oferecido o r. parecer pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 186/190), manifestou-se o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Não tendo sido aventadas quaisquer preliminares, passa-se à análise do mérito.

Segundo a denúncia (fls. 43/45):

"(...) no dia 01 de março de 2020, por volta das 03h00hr, à Rua Antenor, numeral 1513, Jardim Angela, nesta cidade e comarca, **MARCOS ANTONIO SANTOS**, qualificado a fl.02, logo após subtrair, para si, 04 unidades de bebidas (sendo 02 (duas) latas da marca "pitu"; 01 (uma) garrafa da marca "White Horse"; 01 (uma) garrafa de "Dreher"), avaliadas no total R$ 130,00 (cento e trinta reais), empregou violência contra a vítima Ronaldo de Castro Neto, a fim de assegurar a impunidade do crime (cf. auto de exibição, apreensão, avaliação e entrega a fls.08).

Segundo o apurado, na data e local supra, o denunciado subtraiu 04

(quatro) unidades de bebidas do estabelecimento comercial e colocou no interior de sua bolsa.

Em seguida à subtração, e antes do denunciado evadir-se, a vítima chegou ao local, pois reside no imóvel ao lado e ouviu barulhos. Ato contínuo, a vítima questionou o denunciado do porquê de estar ali, pois tal estabelecimento é de propriedade de seu pai.

O denunciado, a fim de assegurar impunidade da subtração, iniciou uma luta corporal com a vítima, tendo desferido contra esta socos no rosto. A vítima conseguiu imobilizar o denunciado até a chegada dos agentes da segurança pública.

Com a chegada da polícia, o denunciado foi conduzido para o distrito policial."

A materialidade do crime descrito na denúncia foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante; pelo boletim de ocorrência (fls. 02/04); pelo auto de exibição, apreensão e avaliação (fl. 08); pelo laudo de exame de corpo de delito (fls. 134/135), que constatou que a vítima teve lesões corporais de natureza leve e pela prova oral colhida.

A autoria é inconteste.

A prova foi assim considerada na r. sentença:

*"A vítima **Ronaldo de Castro Neto** declarou que, na madrugada dos fatos, chegou em sua casa, que fica do outro lado da rua em relação ao pesqueiro de propriedade de seu pai. Ouviu barulhos no interior do referido estabelecimento. O pesqueiro já havia sofrido outros dois furtos anteriores. Foi até o local. Lá chegando deparou-se com o réu. Indagou o quê este ali fazia. Já havia bebidas guardadas pelo réu em uma mochila. O réu então investiu fisicamente contra a vítima, sendo por esta contida: 'eu luto MMA e, por isto, consegui imobilizá-lo com um mata-leão', até a chegada do meu pai, que ouviu o barulho e chegou ao local. A polícia foi chamada e o réu conduzido ao Distrito Policial. Sofreu escoriações no rosto em virtude das agressões praticadas pelo acusado."*

*"O policial militar **Marcos Vinícius Martins de Melo**, responsável pela prisão em flagrante do acusado, reconheceu-o em audiência. Disse que foram acionados, via COPOM, para atendimento de ocorrência de roubo, a um pesqueiro. No local, ao chegarem, a vítima já havia imobilizado o réu. O réu confessou informalmente os fatos. Havia uma bolsa contendo as mercadorias arrebatadas pelo acusado."*

*"Em solo policial o réu quedou-se silente (p. 12). Em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o réu **confessou** os fatos a ele imputados. Disse que tem um filho de dez anos de idade, que mora apenas com a mãe."*

Como se vê, a confissão do réu foi corroborada pelas demais provas dos autos, especialmente, pelas declarações da vítima e dos policiais que atenderam a ocorrência.

Acesso ao Sumário

Enfim, o conjunto probatório não deixa dúvidas quanto à existência e autoria do crime descrito na denúncia, tanto que o recurso impugna somente a indenização a título de danos morais.

Passa-se à análise das sanções.

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, em razão dos maus antecedentes (Processos nºs 0037203-89.2013.8.26.0050 e 0079747-92.2013.8.26.0050 – fl. 84).

Na segunda fase, tratando-se de réu multirreincidente (Processos nºs 00096141-77.2013.8.26.0050 e 0099809-96.2013.8.26.0050 – fls. 84/85), foi a respectiva agravante compensada proporcionalmente com a atenuante da confissão espontânea. Desse modo, a reprimenda foi majorada em 1/6 (um sexto) resultando em **05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa**, no valor mínimo legal, que se tornou definitiva porque ausentes outras causas modificadoras.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de conceder a suspensão condicional da pena por expressa vedação legal (artigo 44, inciso I, e artigo 77, *caput*, ambos do Código Penal).

No mais, considerando o *quantum* da pena imposta e o disposto no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, observa-se que o acusado está preso cautelarmente desde a prisão em flagrante, que ocorreu em 1º de março de 2020. Decotado esse tempo da pena imposta, o saldo que lhe resta a cumprir autorizaria, na apreciação exclusiva do § 2.º do artigo 33 do Código Penal, a fixação de regime mais brando. Todavia, os maus antecedentes e a reincidência específica impedem, nos termos do § 3.º do artigo 33, combinado com o artigo 59, ambos do Código Penal, a alteração do regime fixado na r. sentença.

Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ROUBOS DUPLAMENTE MAJORADOS EM CONCURSO FORMAL (SETE VEZES). DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *MODUS OPERANDI*. TERCEIRA FASE. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO RECONHECIDO NA ORIGEM. FRAÇÃO DE AUMENTO EM RAZÃO DO CONCURSO FORMAL. NÚMERO DE DELITOS COMETIDOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. **DETRAÇÃO. AINDA QUE APLICADA, NÃO ALTERARIA A MODALIDADE FIXADA PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME MAIS GRAVOSO APLICADO COM BASE NA REINCIDÊNCIA E EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA**. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68, do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59, do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

- A análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

- Na hipótese, as penas-bases dos delitos de roubo foram exasperadas, na fração de 1/6 sobre o mínimo legal, notadamente em função do modus operandi dos delitos, tendo o agente subjugado as vítimas e as mantido amarradas por considerável período de tempo, não tendo essa circunstância fática sido considerada para elevar a pena, na terceira fase da dosimetria, em patamar superior a 1/3.

- Em relação à fração adotada para aumentar a pena em razão do reconhecimento do concurso formal, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, esse aumento tem como parâmetro o número de delitos perpetrados, no intervalo legal entre as frações de 1/6 e 1/2.

- No presente caso, tratando-se de sete infrações, a escolha da fração de 1/2 foi correta, não havendo ilegalidade a ser sanada.

- A aplicação do comando previsto no § 2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, refere-se, simplesmente, ao cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, o que demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º, do art. 33, do Código Penal.

- **Contudo, na hipótese, mantida a reprimenda definitiva no patamar em que aplicada na origem, e considerando a reincidência do paciente e a presença de circunstância judicial desfavorável, impõe-se a fixação do regime inicialmente fechado, que permaneceria sendo o adequado ainda que se procedesse à detração do tempo de prisão cautelar cumprido pelo paciente. Assim, é irrelevante a concessão**

Acesso ao Sumário

da ordem, de ofício, para determinar que a instância *a quo* considere o cômputo da detração.

- *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 475.974/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019 adicionados destaques ao texto).

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. DETRAÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. *AD ARGUMENTANDUM*, **PLEITO DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO DO ART. 387, § 2º DO CPP PARA PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO IMPOSTO EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA**. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Não analisada pelo eg. Tribunal *a quo* a questão atinente à detração penal, sua análise diretamente por esta Corte fica impossibilitada, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

III - Ademais, *ad argumentandum tantum*, ressalte-se que dispõe o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, que o tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena. Ou seja, a detração do período de segregação cautelar relativa ao delito em julgamento deve influenciar já no estabelecimento do regime inicial pela decisão condenatória. Destarte, forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.

IV - Na hipótese, o regime prisional semiaberto foi imposto ao paciente, condenado à reprimenda corporal de 1 (um) ano, em razão da reincidência, e não em decorrência do *quantum* da pena aplicada, o que impõe reconhecer que a detração penal não importaria em nenhum benefício para o paciente.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 474.866/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019 – adicionados destaques ao texto)

Acesso ao Sumário

Por fim, o pedido de afastamento da indenização a título de danos morais, sob o argumento de ilegitimidade do Ministério Público não comporta acolhimento.

O artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, dispõe:

"Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido"

Tendo em vista que o mencionado artigo não faz qualquer restrição à espécie de dano causado ao ofendido, é possível a fixação de indenização por danos morais na r. sentença condenatória pelo magistrado. Confira o posicionamento de Renato Brasileiro de Lima sobre o assunto:

> "A nosso ver, como o referido dispositivo legal faz menção genérica aos *danos causados pela infração*, sem estabelecer qualquer restrição quanto à espécie, depreende-se que a lei não quis restringir a reparação apenas aos danos patrimoniais. De mais a mais, não se pode perder de vista que um dos escopos da reforma processual de 2008 foi exatamente o de resgatar a importância da vítima no processo penal. Por isso mesmo, visando afastar o longo caminho de liquidação da sentença penal condenatória, que antes era obrigatório, passou o art. 387, IV, do CPP, a prever que o magistrado penal já possa fixar na sentença condenatória um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido e efetivamente provados no curso do processo penal. Se esta fixação visa antecipar, ao menos em parte, o valor que seria apurado em ulterior liquidação de sentença no juízo cível, na qual toda e qualquer espécie de dano poderia ser objeto de quantificação, não há por que se negar ao juiz criminal a possibilidade de quantificá-los, desde já, na própria sentença condenatória. Evidentemente, por ocasião dessa fixação, o juiz criminal deve ter a cautela de verificar se isso não irá ampliar por demais a atividade probatória acerca do dano causado pelo delito, evitando-se, assim, um possível desvio procedimental, o que poderia subverter a correta condução do processo penal para a solução da pretensão punitiva. Portanto, para além dos danos patrimoniais, aí incluídos os danos emergentes (ou positivos) e os lucros cessantes (ou negativos), parece-nos possível a fixação de valor mínimo para reparação dos danos morais e estéticos, mas desde que haja elementos probatórios que permitam a fixação desse valor." (**Lima, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal, 5ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 327**).

Ademais, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser possível a fixação de valor mínimo, inclusive para indenizar os danos morais sofridos pela vítima, desde que haja pedido expresso na denúncia, o que aconteceu no caso em análise. Confira:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ES-

Acesso ao Sumário

PECIAL. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA. ILÍCITO PENAL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DE VALOR MÍNIMO. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **Esta Corte Superior tem admitido que o Juiz, com base no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, estabeleça a reparação por danos morais, quando requerido, existindo elementos suficientes para o seu arbitramento, como ocorreu na hipótese**. (destaquei)

2. O pleito de indenização por danos morais decorrente de ilícito penal por esta Corte Superior prescinde de revisão fático-probatória, e sim jurídica, no caso dos autos, em razão da fixação, pelo Magistrado sentenciante, do valor mínimo a ser indenizado à vítima.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1616705/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, para fixação da indenização a título de danos morais, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal-CPP, exige-se apenas o pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público na inicial acusatória.**

2. **No caso dos autos, a quantia de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) foi estipulada para reparação dos danos morais, após pedido expresso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na denúncia criminal, não havendo falar em ilegalidade no arbitramento do valor indenizatório**. (destaquei).

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1894043/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021).

Portanto, tendo em vista que o Ministério Público pediu expressamente na denúncia a indenização a título de danos morais, no valor equivalente a 01 (um) salário mínimo (fl. 44), não há que se falar no seu afastamento.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de Marcos Antonio Santos, mantendo-se a r. sentença tal como prolatada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0064057-47.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/ape-

lado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante MARCOS MATHEUS DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: POSTO, e mantido o mais decidido, negaram provimento ao recurso defensivo, e deram parcial provimento ao recurso ministerial, redimensionando-se as penas do acusado para 2 anos, 3 meses e 7 dias de reclusão (regime inicial semiaberto), mais pagamento de 227 dias-multa, valor unitário mínimo, pela prática do delito capitulado no art. 33, "caput" e § 4º, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.276)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 7 de maio de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06). Crime caracterizado, integralmente. Provas seguras de autoria e materialidade. Flagrante inquestionável. Circunstâncias da prisão, variedade e quantidade das drogas que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares. Versão exculpatória do réu inverossímil. Inexistência de fragilidade probatória. Conjunto probatório vasto e sólido. Crime amplamente caracterizado. Condutas típicas. Tráfico de drogas configurado. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Majorante do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 amplamente caracterizada. Apenamento redimensionado, face expressa determinação do C.S.T.J. Regime inicial semiaberto, em obediência à decisão exarada no "Habeas Corpus" nº 596.603/SP, do C.S.T.J. Inviabilidade de substituição da corporal por penas alternativas. Perdimento dos valores apreendidos em favor da União. Mero efeito da condenação, quando não comprovada procedência lícita, como aqui. Apelo em liberdade prejudicado, já que analisado à altura do julgamento. Apelo ministerial parcialmente provido, improvido o da defesa.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Marcos Matheus da Silva** saiu **condenado** à pena de ***1 ano e 8 meses de reclusão (regime aberto), mais 166 dias-multa,*** mínimo valor unitário, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (*tráfico ilícito de entorpecentes*).

Apelam o ***Ministério Público e o acusado***.

O apelo ministerial (*f. 235/240*) busca ***(i)*** a majoração da pena-base, ***(ii)*** o reconhecimento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/06, ***(iii)*** o afastamento da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 e ***(iv)*** fixação de regime inicial fechado.

O reclamo do acusado (*f. 251/267*) pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por defendida insuficiência da prova acusatória.

Subsidiariamente pede ***(i)*** a concessão de penas restritivas de direitos, ***(ii)*** o direito de recorrer em liberdade e ***(iii)*** a restituição da quantia apreendida em poder do réu.

Anotam-se contrarrazões de lado a lado, que defendem o improvimento dos apelos adversos (*f. 243/250; 271/275*).

Autos distribuídos (*f. 278*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pelo provimento do apelo ministerial e improvimento do recurso defensivo (*f. 282/292*), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***26.abr.2019*** (*f. 293*).

Em julgamento realizado aos ***10.set.2019*** (*f. 300/319*), esta C. 4ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça, por votação unânime, ***negou provimento ao recurso defensivo e deu integral provimento ao recurso ministerial, redimensionando as penas do acusado em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 680 dias-multa, mínimo valor unitário, com reconhecimento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 e fixando-lhe o regime inicial fechado.***

Inconformada com o resultado, a defesa impetrou o ***Habeas Corpus nº 661.204/SP*** junto ao **C. Superior Tribunal de Justiça**.

Por decisão exarada aos ***23.abr.2021***, o **Exmo. Min. Sebastião Reis Júnior** ***concedeu liminarmente a ordem*** "*...para determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo realize nova dosimetria da pena, considerando a quantidade de droga apreendida em apenas uma etapa do critério trifásico, e que, após, proceda à nova análise acerca do regime inicial de cumprimento da re-*

Acesso ao Sumário

primenda e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos." – *f. 329/332.*

Autos novamente conclusos aos ***29.abr.2021*** – *f. 334*.

É o relatório.

Acusado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes agravado, nas imediações de estabelecimento de ensino (*art. 33, caput, c.c. art. 40, III, ambos da Lei 11.43/06*), saiu o réu condenado pela prática de tráfico privilegiado (*art. 33, caput e* §4º, da Lei 11.43/06), afastado o reconhecimento da causa de aumento.

Aos fatos.

Policiais Militares, durante patrulhamento em conhecido ponto de venda de drogas, nas imediações de uma escola estadual, visualizam o acusado em atitude suspeita.

Notam que está na posse de uma sacola plástica e que várias pessoas se aproximam dele, deixando o local após breve conversa.

Em razão disso, os policiais realizam a abordagem e encontram em poder do acusado, no interior da sacola plástica, ***70 porções de maconha*** - peso de 206,9g - ***34 porções de cocaína*** – peso de 52,9g - e ***28 porções de crack*** – peso de 2,6g –, além da quantia de R$ 36,00 em dinheiro.

Prisão em flagrante.

Esses os fatos, em suma.

Condenação acertada.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Essa demonstrada no **(i)** boletim de ocorrência (f. 6/8), **(ii)** auto de exibição e apreensão (*f. 9/10*), **(iii)** laudo de constatação (*f. 23/25*), **(iv)** laudo de exame químico-toxicológico (*f. 134/136*), a bem caracterizar as substâncias entorpecentes e **(v)** mapa do local dos fatos (*f. 100/102*).

E a **autoria** também é certa.

De efeito.

O *acusado* foi detido em plena **flagrância delitiva**, coisa que é inegável e inquestionável, nos autos.

Esse fato, só por si, caracteriza por sem dúvidas e de pronto a autoria – *e o próprio tráfico* –, uma vez que não há lógica capaz de fugir a essa interpretação.

Quem é apanhado em pleno "iter criminis", como aqui, preparando, trazendo consigo e guardando, grande quantidade e variedade de drogas – ***70 porções de maconha, 34 porções de cocaína e 28 porções de crack*** –, além de R$ 36,00 em dinheiro, simplesmente não tem como justificar a situação.

Acesso ao Sumário

Só por aí, então, e já seria – e é verdadeiramente – aquela autoria indisputável, nada obstante mais, e forte, também haver contra o acusado.

Assim as narrativas dos diligentes e competentes **Policiais Militares *(i) Joel***, *f. 3 e depoimento gravado*, e ***(ii) Thauan,*** *f. 4 e depoimento gravado*.

Que estoriam exatamente a ação miliciana, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.

Relatam que, na data dos fatos, realizavam patrulhamento nas proximidades de uma escola, em local já conhecido como ponto de trafico de drogas.

Passaram a observar o acusado e viram que algumas pessoas dele se aproximavam.

Feita a abordagem, encontraram grande quantidade de entorpecentes em seu poder – *cocaína, crack e maconha* –, acondicionados em uma sacola plástica, além de certa quantia em dinheiro.

Indagado, o acusado admitiu a prática do tráfico.

Contam, ainda, que com a chegada dos policiais ao local dos fatos, as demais pessoas que ali estavam se evadiram.

Acrescentam, por fim, que não conheciam o réu anteriormente e que não se valerem de força física para contê-lo, já que não houve resistência à ação policial.

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos.

Enfim e fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

E nada se alegue contra as palavras dos agentes da lei.

Porquanto não há suspeita sobre elas, mormente quando, exatamente como aqui, estão coerentes e consonantes ao demais do contexto probatório.

A jurisprudência pátria, a esta altura, tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando, como aqui, esteja coerente ao mais probatório colacionado e não discrepe do mais produzido, em sua essência.

E, ao contrário do alegado pela defesa, não se vislumbra quaisquer contradições nas falas dos milicianos, que narraram a ação policial com precisão, sendo absolutamente irrelevante o fato de não se recordarem de certos detalhes da abordagem – *como a cor da sacola na qual estavam os entorpecentes, por exemplo.*

No vazio, assim, a ***versão exculpatória*** do réu, *depoimento gravado – negando a traficância e alegando que a propriedade das drogas foi imputada a ele falsamente, pelos milicianos* –, verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e

Acesso ao Sumário

principalmente porque improvada.

Ora.

Aceitar-se a versão do acusado seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom-senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

Dar-se crédito àquele que é detido em plena e objetiva ação delituosa, em detrimento das palavras dos agentes da lei, que cumpriam seu papel de proteger a sociedade, seria inverter de tal forma os valores que se deixaria em descrédito a própria Justiça.

Tanto não é possível, na verdade, exatamente porque as escusas são para livrá-lo da responsabilização, que é imperiosa, todavia.

Note-se que ambos os policiais afirmaram que não conheciam o réu anteriormente, não sendo demonstrados motivos que tivessem para buscar prejudica-lo.

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória.

Tampouco dúvidas a eivar o lastro probatório, a ponto de adotar-se o princípio do *in dubio pro reo.*

A prova, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Destaque-se que a testemunha de defesa *Josiane*, *depoimento gravado*, não presenciou os fatos, limitando-se a alegar que o réu estava em sua casa minutos antes de preso.

O que não altera o quadro probatório, que aponta como autor do delito exatamente aquele que apontado e responsabilizado.

Crime de tráfico de drogas amplamente caracterizado.

Destaque-se que o art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 é um tipo misto alternativo, que descreve várias condutas, nas quais a prática de apenas uma delas caracteriza o crime de tráfico.

Daí porque, para a caracterização deste delito, é desnecessária a prática de qualquer ato de mercancia propriamente dita.

Assim, ao guardar e trazer consigo entorpecentes, para fins de tráfico, o acusado praticou o crime do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Acesso ao Sumário

Traficância evidente, portanto e como se vê.

Os fatos são claros.

Claríssimos por demais.

Condenação, portanto, inevitável.

De outro lado, o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas não pode prosperar, '*data venia*' ao entendimento da origem.

Em boa hora o reclamo do *Ministério Público*.

De efeito.

O crime foi praticado nas ***imediações de estabelecimento de ensino*** – *a 96m de uma escola estadual* –, como evidenciado pelos documentos de *f. 100/102* e confirmado pelos Policiais Militares que abordaram o réu.

E sabe-se que, para a caracterização da causa de aumento de pena, a norma exige apenas a proximidade espacial.

Daí que desnecessária, para tanto, a comprovação de que a atividade desenvolvida pelo acusado visava atingir os alunos da instituição de ensino.

Nesse sentido já decidiu esta mesma Colenda Câmara julgadora:

> *"Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de entorpecentes – Recurso defensivo – Pretendida absolvição por insuficiência de provas – Impossibilidade Materialidade e autoria delitivas sobejamente demonstradas nos autos – Circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação da droga à mercancia ilícita – Validade dos depoimentos dos policiais – Princípio da insignificância – Não incidência em crimes como o da espécie, onde o bem jurídico protegido é a saúde pública, o que torna irrelevante a quantidade de entorpecente apreendido – Desclassificação para uso – Descabimento – Alegação da condição de usuário que, por si só, não elide a possibilidade de dedicação ao comércio ilegal de entorpecentes –* ***Devidamente comprovada, ademais, a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas – Majorante de caráter objetivo, bastando que o delito seja praticado nas proximidades dos estabelecimentos elencados no referido dispositivo legal, o que restou suficientemente comprovado pelas provas oral e pericial*** *– Condenação mantida – Recurso não provido. Recurso ministerial – Pretendido afastamento do redutor a que alude o art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 e recrudescimento do regime prisional – Acolhimento – Comprovação de que o acusado se dedicava a atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida – Penas redimensionadas – Crime grave, equiparado a hediondo, o que demanda a fixação de regime inicial mais gravoso. Recurso provido."* (TJSP, Apelação Criminal nº 0002533-55.2015.8.26.0664, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Camilo Léllis, v.u., j. 19.abr.2016) (g.n.)

Afinal, cuida-se de circunstância agravante objetiva, ou seja, basta que se verifique que a atividade ilícita se desenvolve nas proximidades dos locais rela-

Acesso ao Sumário

cionados pelo inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/2006 e estará caracterizada a majorante.

De sorte que inafastável a causa de aumento, sendo de rigor seu reconhecimento.

"Quantum satis".

Apenamento benevolente.

Data venia.

Podendo e devendo ser revisto, nos limites do reclamo ministerial, em boa hora postado.

Base fixada no mínimo legal.

Contra isso, insurge-se o Ministério Público, visando aumento da pena -base, em razão da quantidade e da natureza do entorpecente localizado em poder do acusado.

Com razão a postulação.

Ora.

Em razão da grande quantidade de entorpecentes – *total de **132 porções*** –, bem como da sua natureza extremamente nociva – ***cocaína e crack*** –, necessária seria, como de fato é, majoração da pena-base, nos exatos termos do art. 42, da Lei nº 11.343/2006.

Isso porque "*o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a **natureza** e a **quantidade** da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*" (grifos nossos).

Demais disso, é imperiosa a necessidade de tratar **iguais**, igualmente, e **desiguais**, desigualmente.

Fugir disso é negar equidade.

Não podem ser apenados identicamente, aqueles que traficam pequena ou razoável monta de entorpecente em via pública, daqueles que guardam ou mantêm em depósito e comercializam, como aqui, **grande quantidade** de uma das **mais nocivas** e perigosas drogas de que se tem notícia, atualmente ("***crack***"), revelando desapego às normas sociais e vida voltada à criminalidade.

Por certo, não fossem as drogas localizadas e apreendidas pelos diligentes e competentes Policiais, um grande número de pessoas, de todas as idades e classes econômicas, seriam atingidas pela ação do acusado.

Como bem destaca o Ministério Público em suas razões recursais, *f. 238*, "*apenas a maconha apreendida em posse do apelado é **suficiente para a confecção de mais de 400 (quatrocentos) cigarros de maconha**, além de cerca de 30 (trinta) pedras de "crack" e quantidade suficiente para **mais de 500 (quinhentas) "carreiras" de cocaína***" (g.n.).

Acesso ao Sumário

Donde a necessidade pronta e ativa do Poder Judiciário, em reprimir o mal social causado pela traficância, punindo severamente o agente infrator, que atua nessas condições.

É como se disse: injusto apenar-se esses acusados igualmente ao que se apena aquele que comercializa pesos distintos da mesma droga.

Tudo em consonância com o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

> *"Nos casos de tráfico de entorpecente, a fixação da pena-base obedecerá aos critérios estabelecidos no art. 59 do CP, entre eles os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime, razão pela qual se admite a fixação da pena-base acima do mínimo legal, se houve apreensão de grande quantidade de droga."* (RT, 783/595).
>
> *"Na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, devem influir decisivamente a espécie e quantidade da droga. O tipo de entorpecente é dado que indica o grau de nocividade para a saúde pública, correlato ao indicador das conseqüências do crime; a quantidade, quase sempre, aponta para o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, indicando a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa."* (RT, 786/599).

De sorte que razoável o entendimento de que a pena- base deve ser fixada em **1/6 acima do mínimo legal**, resultando em *5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa*.

À segunda fase do apenamento, nada a considerar.

Na sequência, ante o reconhecimento, nesta instância recursal, da **causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/06, *majora-se a pena em 1/6***, atingindo-se *6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mais 680 dias-multa.*

Por fim, **tendo em conta o decidido pelo C.S.T.J.** (*f. 329/332*), outro caminho não há senão a aplicação do **redutor máximo** previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com ***diminuição na fração equivalente a 2/3*** das suas penas.

Assim, ausentes outras agravantes e atenuantes, bem como outras causas de aumento ou de diminuição, resultam as penas do acusado em ***2 anos, 3 meses e 7 dias de reclusão, mais 227 dias-multa, valor unitário mínimo.***

O **regime prisional**, em obediência à r. decisão exarada no "*Habeas Corpus*" *nº 596.603/SP, do C.S.T.J.*, deve ser o **semiaberto**.

Afinal, o acusado foi surpreendido, aqui, a dispor à comercialização, **além de maconha**, de ***entorpecentes de natureza nefasta: crack e cocaína*** – *de implacável torpor violento e desmedido, alterador de razões, debilitante do corpo e de desestruturação mental.*

Nesse sentido, o atual entendimento perfilhado por esta **C. 4ª Câmara de**

Acesso ao Sumário

Direito Criminal:

"*Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, muito embora o artigo 112, §5º, da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, afaste o caráter hediondo ou equiparado do crime de tráfico de drogas em sua forma "privilegiada" (§ 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06), a gravidade concreta da conduta apurada, bem como o efetivo potencial lesivo do crack, que coloca em maior risco o bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, autoriza a concessão do regime semiaberto, e não o aberto, como pugna a combativa defesa.*

Tal posicionamento se amolda, ainda, ao entendimento manifestado no recente julgamento do HC nº 596.603 SP, pela 6ª Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator do eminente Min. Rogério Schhietti." **(Apelação Criminal nº 0001626-53.2018.8.26.0542, Rel. Des. Roberto Porto, julgado aos 4.mar.21).**

"Quanto ao regime de cumprimento de pena, verifica-se que já respeitado o quanto determinado pelo e. STJ proferido pela sexta turma nos autos do HC 596.603, oportunidade em que foi concedido Habeas Coletivo a fim de vedar a imposição do regime mais gravoso aos condenados que foram beneficiados com o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da lei de drogas (item 21.4).

Assim, preservados posicionamentos em contrário, inclusive desta relatora, anotando-se, ainda, as circunstâncias judiciais favoráveis e a concessão do redutor em grau intermediário, de rigor a manutenção do regime semiaberto, uma vez que o regime mais brando não se mostra recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência, até porque a conduta penal aqui apurada é grave, a par de provocar desassossego à sociedade, ocasionando sérios problemas de saúde pública.

É que nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e observado no disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga em abstrato, maior a reprovabilidade, e como já se decidiu, o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação nº 0070508-98.2012.8.26.0050, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014). Reitere-se: como já se decidiu recentemente, embora a primariedade e o quantum da pena possam permitir, em tese, a escolha de regime mais brando, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso quando justificado pela quantidade e natureza do entorpecente apreendido, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 33 do Código Penal (HC nº 313.085/SP, rel. Min. Joel *Paciornik, j. em 21.6.2016).*

Descabida, outrossim, a incidência da detração, à falta de elementos para avaliar os requisitos necessários à eventual progressão de regime, afigurando-se ainda o Juízo das Execuções Penais como competente para decidir sobre essa questão (art. 66, III, alínea "c", da Lei nº 7.209/84), inclusive de acordo com a jurisprudência (HC nº 266.203/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bel-

Acesso ao Sumário

lizze, j. em 6.11.2013). Pacificado esse entendimento (Apelação nº 0007000-54.2014.8.26.0198, rel. Alexandre Almeida, j. em 21.10.2015).” **(Apelação Criminal nº 1500471-30.2019.8.26.0404, Rel. Dra. Ivana David, julgado aos 30.abr.21).**

“Importante salientar, outrossim, a observância ao quanto determinado no item 4, da parte dispositiva do v. acórdão proferido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 596.603/SP.

Com efeito, de acordo com mencionado item, tem-se que não se poderá mais impor, ao condenado pelo delito de tráfico privilegiado, regime inicial fechado (“Aos condenados que atualmente cumprem pena e aos que vierem a ser sancionados por prática do crime de tráfico privilegiado, determinar que não se imponha - devendo haver pronta correção aos já sentenciados - o regime inicial fechado de cumprimento da pena.”).

Ocorre que, na presente hipótese, foram devidamente reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, justificando-se, portanto, a adoção, quanto a ele, do regime inicial semiaberto, porquanto bem demonstrada a excepcionalidade do caso concreto (art. 33, § 3º, c.c. o art. 59, ambos do CP).” **(Apelação Criminal nº 1517533- 92.2020.8.26.0228, Rel. Des. Edison Brandão, julgado aos 5.mar.21).**

Impossibilitada, por isso, a ***substituição da corporal*** por penas alternativas.

Isto porque, evidente que a benesse, “*in casu*”, não ostenta caráter suficientemente retributivo (*art. 44, III, do Código Penal*).

Nem é bastante à reeducação do acusado.

Que, em verdade, verá a sua liberdade e branda pena como incentivo a que torne a propagar o tráfico por sua comunidade.

Não se pode perder de vista o fato de que, **ainda que aplicado o redutor da pena** ao acusado (*art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006*), o crime de tráfico é nefasto e causador de deturpação à sociedade.

Assim, tem-se que a aplicação da causa redutora não afasta em nada a extrema gravidade do crime, prevendo apenas abrandamento das reprimendas face à personalidade do réu, jamais por atenção às circunstâncias do delito.

Tem-se, portanto e por evidente, que a aplicação de restritivas de direitos não condiz com a gravíssima conduta praticada pelo acusado.

E, com plena razão o decreto de **perdimento dos valores apreendidos** em poder do acusado.

Dês que se trata de efeito da condenação o perdimento dos valores (R$ 36,00) em favor da União, já que não demonstrada a licitude do numerário apreendido.

Até porque o réu não comprovou qualquer labor lícito que justificasse a posse da quantia, pelo que inviável sua restituição.

Acesso ao Sumário

Portanto, nada mais razoável do que o decreto de perdimento.

Derradeiramente, a defesa requer possa o acusado **aguardar o julgamento do apelo em liberdade.**

Contudo, já a esta altura do julgamento colegiado, resta prejudicada a tese.

POSTO, e mantido o mais decidido,

(i) nega-se provimento ao recurso defensivo, e

(ii) dá-se parcial provimento ao recurso ministerial, redimensionando-se as penas do acusado para ***2 anos, 3 meses e 7 dias de reclusão (regime inicial semiaberto), mais pagamento de 227 dias-multa, valor unitário mínimo***, pela prática do delito capitulado no **art. 33, "caput" e § 4º, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500290- 93.2019.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados JARISON RODRIGUES DOS SANTOS, PAULO JOSE RODRIGUES, RAFAELA LIRA DE OLIVEIRA e NATALIA BEATRIZ MARCAL DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Declararam a nulidade da sentença de fls. 399/411 posto ser contraditória; determinaram a prolação de nova sentença, avaliando-se a questão preliminar antes da questão de mérito e, se reconhecida a ilicitude dos depoimentos policiais, seja avaliado o conjunto probatório restante. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.523)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 23 de junho de 2021.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas. Sentença absolutória. Insurgência ministerial. Pleito condenatório. Verificação de nulidade da sentença. Magistrado sentenciante que afirma, expressamente, serem os réus culpados, porém, os absolve em virtude da ilicitude da prova (busca domiciliar sem mandado judicial).

Questões de naturezas distintas. Impossibilidade de confundir uma questão preliminar com questão de mérito. A ilicitude da prova não acarreta, automaticamente, a absolvição, devendo ser avaliado o restante do conjunto probatório. Magistrado que inverte a ordem de análise das questões jurídicas e acaba por proferir sentença contraditória, absolvendo quem já havia reconhecido como culpado. Declaração de nulidade da sentença para que outra seja proferida.

VOTO

Pela sentença de fls. 399/411, proferida em 12/03/2020 pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Valdemar Bragheto Junqueira, da Vara Única da Comarca de Potirendaba, a ação penal foi julgada improcedente, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, absolvendo-se JARISON RODRIGUES DOS SANTOS, RAFAELA LIRA DE OLIVEIRA, PAULO JOSÉ RODRIGUES e NATÁLIA BEATRIZ MARÇAL DA SILVA da acusação que lhes imputava a prática da conduta prevista no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Inconformado, o representante do *parquet* maneja o presente recurso de apelação, alegando ser o conjunto probatório suficiente para demonstrar a autoria e materialidade delitivas. Alega, ainda, não ser ilegal o ingresso dos policiais no imóvel sem mandando judicial, posto se tratar de crime permanente (fls. 445/456).

A defesa dos réus se bateu pelo acerto do *decisum* (fls. 458/462) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo ministerial (fls. 468/475).

É o relatório.

Verifico, entretanto, hipótese de nulidade da sentença guerreada, posto existir nítida contradição entre os fundamentos expostos e a conclusão alcançada pelo magistrado.

Note-se que, em suas razões recursais, o Ministério Público traz a seguinte alegação:

> "Com a devida vênia do Nobre Magistrado, suas conclusões não se sustentam. **Num primeiro momento o Douto Juiz condena os apelados e depois os absolve.** Com todo respeito, ao longo de anos de carreira, nunca havia me deparado com uma situação desta. (...) Por fim, conclui o Douto Juiz asseverando que os apelados realmente são culpados, mas que a formação desta culpa se deu de maneira ilegal." (grifamos)

Como bem apontado nas razões recursais ministeriais, entendo tenha o magistrado sentenciante incorrido em um equívoco técnico.

Acesso ao Sumário

Em atenta leitura à sentença guerreada, verifica-se que o juiz, por diversas vezes e expressamente, afirmou estar comprovada a autoria delitiva. A título de exemplo, transcreve-se alguns excertos:

> No caso em exame, há prova da existência do crime **e de sua autoria**. A existência do crime está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 46/50), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 51/55) pelos laudos periciais (fls.195/200) que resultaram positivos para a droga encontrada e, sobretudo, pela prova oral colhida. **A autoria também é certa**. (grifamos)
>
> "E **não há nada nos autos que indique uma tal predisposição dos policiais contra os réus**. Aliás, é firme a jurisprudência deste tribunal contra esta atitude defensiva, ainda mais quando tenta- se desprezar as palavras dos policiais sem um motivo substantivo e as versões por eles apresentadas, além de harmoniosas entre si, permanecem estáveis na fase policial e judicial." (grifamos)

O juízo *a quo*, portanto, expressamente reconheceu a responsabilidade penal dos acusados, inclusive apontando inexistir circunstâncias que coloquem em descrédito a versão apresentada pelos policiais.

Todavia, imediatamente após afirmar a culpa, o magistrado entende ser impossível a condenação, posto ser a prova oriunda de ingresso na residência dos acusados sem mandado judicial, passando a afirmar ser a prova imprestável para a edição de édito condenatório.

O equívoco realizado pelo magistrado *a quo* consiste na inversão da ordem de análise das questões jurídicas existentes nos autos. Entendendo o juiz pela ilicitude da prova, deveria, em um primeiro momento, fundamentar esta conclusão e descartar a análise dos elementos ditos como ilícitos, tais como os depoimentos dos milicianos.

Ato contínuo, deveria avaliar o restante da prova existente nos autos, tais como os interrogatórios e demais provas testemunhais, somente então, poderia proferir um juízo de mérito quanto responsabilidade, ou não, dos acusados.

Note-se que, no caso em tela, o próprio magistrado avaliou as provas que ele mesmo entendeu serem ilícitas, quais sejam, os testemunhos policiais. Ora, se a prova foi produzida de forma irregular (como entendeu o juiz), mostra-se impossível a sua consideração no conjunto probatório.

Relevante destacar que a ilicitude de uma parcela das provas não é motivação idônea para a solução absolutória. Cuidam-se de questões jurídicas de naturezas distintas: enquanto a ilicitude da prova é questão preliminar, a avaliação das provas, em si, é questão de mérito. Todavia, o magistrado *a quo* inverteu a ordem de análise das questões jurídicas, primeiro avaliando o mérito e reconhecendo a culpa para, em um segundo momento, afirmar a ilicitude da prova.

Se a prova é ilícita, basta o seu desentranhamento, e quando impossível

tal ato, basta a sua desconsideração, não sendo avaliada. Esta questão preliminar, por si só, não enseja a absolvição (questão meritória), pois ainda é necessária a análise dos demais elementos de prova.

No caso em tela, após declarar a ilicitude dos depoimentos policiais, o juiz não avaliou o conjunto probatório restante, e absolveu os réus mesmo após ter afirmado serem culpados.

A solução mais adequada nos parece ser a declaração de nulidade da sentença guerreada, por duas razões. Em primeiro lugar, porque claramente contraditória, tendo absolvido a quem reconheceu ser culpado. Em segundo lugar, porque, após reconhecer a ilicitude da prova, o juiz não avaliou o conjunto probatório restante nos autos. Assim, caso este Tribunal entendesse pela licitude da prova, estariam os réus automaticamente condenados, posto que a própria sentença já os afirmou culpados pela traficância, inexistindo apelo defensivo sobre a dinâmica dos fatos.

Ante o exposto, pelo meu voto, declaro a nulidade da sentença de fls. 399/411 posto ser contraditória; determino a prolação de nova sentença, avaliando-se a questão preliminar antes da questão de mérito e, se reconhecida a ilicitude dos depoimentos policiais, seja avaliado o conjunto probatório restante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0034374-25.2012.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GABRIEL MOLIN BERNARDES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.349)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente), MARCELO SEMER e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 23 de junho de 2021.

MARCELO GORDO, Relator

Ementa: Homicídio culposo na condução de automotor – Autoria e materialidade delitiva comprovadas – Culpa autenticada nos autos – Inobservância ao dever de cuidado objetivo – Condenação mantida – Super-

Acesso ao Sumário

veniência de causa relativamente independente – Não ocorrência – Desclassificação para lesão corporal culposa – Descabimento – Nexo de causalidade presente – Falecimento da vítima constante da linha normal de desdobramento causal da conduta perpetrada pelo acusado – Pena e regime impostos com critério – Recurso parcialmente provido para substituir a corporal por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, mantido o regime carcerário imposto na origem.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 266/269), que julgou procedente a ação penal e condenou **Gabriel Molin Bernardes** como incurso no artigo 302, parágrafo único, incisos I e III, da Lei nº 9.503/97, à pena detentiva de 03 (três) anos e 06 (seis) meses, em regime semiaberto, e suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor pelo prazo de 03 (três) meses e 15 (quinze) dias.

Inconformado, o réu apela (fls. 280/289). Postula a absolvição sob o argumento de ausência de culpa – em razão da culpa exclusiva da vítima ou ausência de nexo de causalidade entre o atropelamento e a morte –, ou por insuficiência probatória. Subsidiariamente, postula a desclassificação para a figura prevista no artigo 303, da Lei nº 9.503/97.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 295/298), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 310/313).

É o relatório.

Consta dos autos que o acusado, nas circunstâncias espaço-temporais descritas na incoativa, sem ter permissão ou habilitação, praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor contra a vítima João Estanislau de Castro Jr.

A materialidade do delito encontra-se demonstrada, sobretudo, por meio do boletim de ocorrência (fls. 06/08), laudo pericial (fls. 22/24) e do laudo de exame necroscópico (fls. 92/93), que concluiu que vítima morreu em consequência de *insuficiência respiratória por pneumonia, decorrente de internação prolongada, causa natural patológica devido ao atropelamento, provocados pela ação de agente metatraumático.*

Já a culpa do réu pelo sinistro, cerne da discussão em pauta, veio autenticada a contento.

Interpelado em juízo (mídia inserta nos autos digitais), **Gabriel** deu sua versão ao evento. À época, trabalhava em um estacionamento e, na condução do veículo automotor de um dos clientes do estabelecimento, atingiu em cheio

Acesso ao Sumário

a vítima, que trafegava com sua bicicleta, no sentido contrário, segurando em um automóvel do modelo "Kadett", do lado do motorista. Negou, no entanto, a culpa pelo acidente, asseverando que o ofendido soltou do veículo que o puxava e invadiu a outra pista, no exato momento em que realizava a ultrapassagem. Não possuía autorização do proprietário para a utilização do veículo. Admitiu que, por medo, já que não era habilitado para dirigir, logo após o acidente, evadiu da cena do crime. Acionou o Corpo de Bombeiros. Posteriormente, soube que o motorista do "Kadett" e o ciclista se conheciam; trabalhavam na mesma pizzaria.

Sem sucesso nas ressalvas, contudo.

A seu turno, testemunha Renato, condutor de outro veículo envolvido no acidente, rememorou o sucedido (mídia inserta nos autos digitais). Na ocasião, conduzia o seu automóvel, acompanhado de outras quatro pessoas; todos os veículos transitavam em velocidade reduzida em razão do semáforo ali situado e porque chovia, no momento. Divisou, então, o veículo conduzido pelo acusado, no sentido contrário, em velocidade incompatível com a via e com os demais automóveis que por ali trafegavam, realizando manobra de ultrapassagem de maneira brusca. Percebeu, através dos faróis do veículo conduzido pelo acusado, que vinha em sua direção, portanto, na contramão; e, por reflexo, realizou rapidamente uma manobra à direita; ouviu um barulho e fechou os olhos, mas notou a ocorrência de um choque lateral na esquerda de seu automóvel. A vítima fora atingida pelo automotor de Gabriel enquanto trafegava com sua bicicleta no meio da via, entre as duas mãos de direção; não segurava em nenhum veículo. Após o atropelamento, João caiu do outro lado da pista, ferindo-se, ao que parecia, gravemente, eis que sangrava pelos ouvidos. A bicicleta caiu atrás de seu veículo. Acionou imediatamente o Corpo de Bombeiros. Acredita que o réu, que fugiu após os fatos, tenha abalroado o ciclista durante uma ultrapassagem.

Na mesma diretriz, testemunha Marina, esposa de Renato, que ocupava o veículo por ele conduzido, prestou informes relevantes (mídia inserta nos autos digitais). Acresceu ter visto o réu "acertando" o ciclista, que voou; a vítima pedalava normalmente entre as duas faixas da via, não estava apoiada em qualquer carro. Após o acidente, algo não sabe ao certo se a bicicleta ou o veículo do acusado colidiu na lateral esquerda do veículo que ocupava, conduzido por Renato. O réu não parou; evadiu do local sem prestar socorro à vítima.

E nisso se resumiu a prova aquilatada.

No particular, observa-se uniformidade da prova oral colhida na origem. A culpa, elemento normativo do tipo, caracteriza-se, em qualquer de suas modalidades, em relação ao agente que se desvie da diligência ordinária e dê causa a resultado danoso que poderia ter antevisto; cuida-se de inobservância do dever de cuidado objetivo.

Acesso ao Sumário

Vale dizer, o ordenamento pátrio não se contenta com o comando para que o indivíduo não promova, deliberadamente, dano ao patrimônio jurídico de outrem. Ao revés, quer também que não ocasione, por negligência, imprudência ou imperícia, lesão que tal.

Assoma, pois, a exigência de que o evento provocado se insira, segundo um juízo estabelecido em função do homem médio, componente da sociedade, em um parâmetro de previsibilidade objetiva. Este, cumpridor do cuidado objetivo necessário, conforma o proceder de modo medianamente cauteloso.

A previsibilidade, que marca a tipicidade do crime culposo, refere-se ao que de ordinário, situado num plano razoável do desdobramento físico do comportamento.

No aspecto, o apelante transgrediu normas elementares de segurança no trânsito previstas na Lei nº 9.503/97; o próprio admitiu, em juízo, não ser habilitado para dirigir automotores – daí concebida a sua imperícia, já que dos relatos sobreditos, não se utilizou da habilidade que lhe era exigida, a possibilitar o embate fatal. Ademais, segundo análise da prova oral colhida pelo juízo de origem e sob o crivo do contraditório, depreende-se que Gabriel, na ocasião, trafegava em velocidade incompatível com a via e com as condições climáticas, e ultrapassou outros veículos, bloqueando a passagem do ciclista, que vinha em sentido contrário, e sem que lhe restasse tempo para a contramanobra. Vale dizer, empreendeu manobra excepcional, a lhe impor cuidados redobrados, dos quais, efetivamente, não se desincumbiu. No mais, porque não possuía autorização do proprietário do automóvel para conduzi-lo, admitiu ter evadido do local logo após o acidente.

E o exame pericial realizado no veículo (fls. 22/24), corroborado por fotografias, atestou a existência de *danos, de aspecto recente, no capô e capota, constituídos por amolgamentos e fragmentação do vidro do para-brisa dianteiro*, condizentes com o acidente diagnosticado na inicial acusatória.

Derradeiramente, e ao contrário do alardeado nas razões defensivas, o nexo de causalidade entre a conduta culposa de Gabriel e o resultado fatal foi nitidamente demonstrado, uma vez que o estado grave do vitimado, inclusive, com necessidade de internação e cuidados hospitalares específicos por meses, além das complicações e do agravamento em sua saúde, constituíram desdobramento físico natural e perfeitamente previsível da condução imprudente do automóvel e do consequente atropelamento, determinantes, portanto, para deflagrar a série de acontecimentos até o falecimento, afastando-se, assim, a tese defensiva, de que, no caso, houve, a caracterização de causa relativamente independente, de modo a afastar a imputação pelo homicídio culposo, descrita na denúncia, e acolher a pretensão desclassificatória para o delito de lesão corporal culposa na condução de veículo automotor.

Acesso ao Sumário

Por último, foi arredada a circunstância orquestrada pelo acionado, de que o ofendido estivesse apoiado no veículo que transitava de encontro, conforme disposição uníssona dos ouvidos.

Assim é que a análise equidistante dos elementos probatórios amealhados ao feito torna induvidosas autoria e materialidade da prática que lhe é imputada.

O escarmento, por sua vez, sequer objetado, foi dimensionado a partir da observância do sistema trifásico e das pertinentes reflexões que circunstâncias deste caso específico aconselhavam.

Assim, as basais foram fixadas no mínimo legal de 02 (dois) anos de detenção, e 02 (dois) meses de suspensão/proibição da habilitação para dirigir veículo automotor.

A seguir, diante da reincidência registrada (cf. fls. 155/167), incidiu incremento no percentual de 1/6 (um sexto); pena detentiva provisória de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses, e 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de suspensão/proibição da habilitação para dirigir veículo automotor.

Na derradeira etapa, presentes duas causas de aumento – dirigir sem habilitação e deixar de prestar socorro (artigo 302, § 1º, incisos I e III, da lei de regência) –, a reprimenda sofreu elevação de 1/2 (metade), a resultar, em definitivo, em 03 (três) anos e 06 (seis) meses, e suspensão/proibição da habilitação para conduzir veículo automotor pelo prazo de 03 (três) meses e 15 (quinze) dias.

E de fato, o regime, à vista da reincidência, deve ser o semiaberto, onde o condenado, fora do cárcere convencional, terá melhores condições de regeneração. Ademais, submetido ao labor, haverá de aquilatar a valia do ganho honesto, sem que se descuide do seu monitoramento.

Por derradeiro, a substituição carcerária por restritivas de direitos não encontra óbice algum.

Isso porque ainda que Gabriel se cuide de reincidente em crime doloso e a despeito de negar a substituição, em tais circunstâncias, a regra referida no artigo 44, inciso II, do Código Penal, o certo é que a disposição contida no parágrafo terceiro daquele dispositivo excepciona a hipótese em que, trate-se, embora, de reincidente, "*a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime*".

Como, então, por aqui, a reincidência do réu não decorre de condenação anterior pela prática do mesmo crime agora considerado, a substituição é socialmente recomendável, especialmente à vista da absoluta conveniência de se afastar o agente do ambiente sempre deletério do cárcere.

Nestas condições, converte-se a aflitiva em duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, a serem cumpridas nas condições que venham a ser estabelecidas pelo juízo da

Acesso ao Sumário

execução (art. 44, § 2º, do Código Penal), que também encerram proporcionalidade e suficiência em relação às particularidades do evento, preservada a regência semiaberta para eventual cumprimento da corporal.

Isso tudo é o mais ajustado, tomado o preceito da suficiência.

Assim, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso tão somente para substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, em valor a ser fixado pelo juízo das execuções; mantém-se, no mais, a r. sentença combatida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500050-68.2020.8.26.0545, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante LEONARDO HENRIQUE UMBELINO FILIPINE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.384)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 23 de junho de 2021.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – tráfico de drogas. Alegação de ingresso sem autorização na casa: documento juntado aos autos, firmado pelo padrasto do apelante, autorizando o ingresso e dizendo do acompanhamento, para localização da droga e petrechos correspondentes. Ademais, apelante encontrado traficando em bar e que indicou que tinha mais droga na sua casa, próxima dali. Encontro do apelante com dois menores inimputáveis, a justificar o reconhecimento da forma qualificada própria – tinham droga e dinheiro com eles, ditos menores. Apelante que se dizendo usuário de drogas nada demonstrou quanto a síndrome de abstinência **– afirmações de mãe, sogra, vizinha, pessoas próximas a demonstrar a fragilidade pelo en-**

Acesso ao Sumário

volvimento que têm, com distanciamento da verdade. Policial é testemunha como qualquer pessoa e impugnação a seu depoimento deve ser específica, não genérica pela origem.

Quantidade de droga, petrechos, balança e plásticos para embalagem, que comprovam a profissionalização para o crime – ainda que como microempresário.

Art. 59, CP, a pena foi fundamentada. O critério trifásico foi observado em face dos autos. O regime prisional tem previsão legal.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Não se conformando com a R. decisão de fls. 309/317 dos autos, contra ela apresenta recurso de apelação LEONARDO HENRIQUE UMBELINO FILIPINE, pedindo sua reforma. O apelante foi condenado por fato de 11 de janeiro de 2020, como incurso no artigo 33, "Caput", c.c. artigo 40, VI, ambos da Lei no. 11.343/2006 - Lei de Drogas, à pena de cinco anos e dez meses reclusão, em regime prisional fechado, e multa 583 dias, no piso legal.

Não se conformando com a R. Sentença, apresenta apelação em que (fls. 338/372) a Defesa Apelante fala da denúncia até fls. 340; da sentença até fls. 341. Prossegue dizendo "*e se os Policiais Militares não tivessem encontrado droga e nada de ilícito na residência do recorrente, como ficaria a situação, e o constrangimento causado a sua família e ao "investigado"? E como agiriam os PMs após isso?* ". Fala da falta de mandado judicial para a ação; desenvolve essa linha de raciocínio falando que ainda que se diga que a própria genitora dele tivesse franqueado a porta, não é crível posto que ela passou mal e necessitou de atendimento especializado. Fala da legalidade da prova. Discorre quanto a transação penal que não gera efeitos negativos – Lei no. 9.099/95 – Juizados Especiais. Argumenta que a quantidade era em razão dessa situação da transação penal e não querendo se expor, adquiria grandes quantidades. Desacredita a prova policial que não acredita seja imparcial. Nega a prática de tráfico de drogas. Realça a negativa dele. Como tese subsidiária apresenta pleito de aplicação do redutor. Nega a causa de aumento de pena – proximidade de escola. Aplicação do artigo 44, Código Penal.

Razões de apelação com tempestividade, com razões apresentadas, dada vista à parte contrária que também arrazoou. Pela Procuradoria de Justiça oficiante foi manifestado não provimento ao apelo, pela manutenção da sentença atacada em seus termos e extensão.

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Não negativa quanto a que o apelante estivesse, tivesse a droga consigo – fato incontroverso. Foi encontrada droga sob sua guarda, o que admitiu (dizendo ser para uso próprio, negando o fim de comércio), o que pode ser acolhido na forma do artigo 197, Código de Processo Penal. Na forma do artigo 197, do Código de Processo Penal, ocorreu a confissão sob o crivo do contraditório. E que está de acordo com o restante da prova colhida nestes autos, pelo que é acolhida.

Assim é que as testemunhas Policiais Militares e também as trazidas pela Defesa Apelante confirmaram isso. Prende-se, cinge-se o não conformismo do apelo quanto ao fim, a que se destinava a droga.

A fls. 139 consta a autorização expressa para ingresso naquele local, firmada pelo padrasto do apelante e seguida dos documentos até fls. 141, em que consta a localização de 0,850 gramas que de maconha, duas balanças de precisão, uma faca, diversas embalagens plásticas e R$ 394,00 em moeda corrente. Descrição dos procedimentos dos Policiais Militares de fls. 140/141.

Assim, no tocante a autorização legal para ingresso no imóvel, consta expressamente tal e pelo padrasto do apelante. Não há qualquer prova a infirmar que dita pessoa tivesse condição de poder assim se manifestar. Aliás, nem se toca ou menciona o nome dele no curso das razões de apelação, como se não existisse tal personagem.

Em que pese o apelante não ter afirmado que autorizou, o certo é que o imóvel não estava restrito a sua morada ou permanência ainda que temporária; era ocupado por outras pessoas e uma delas, o padrasto, expressamente autorizou. Seria estranho se imaginar que dita autorização se limitasse a procura tão só do que pertenceria ao autorizador e, vendo os Policiais Militares coisas ou objetos relacionados com crimes (drogas, p.ex.,), nada fizessem se sujeitando ao crime de prevaricação. Rejeito as ponderações, argumentos da Defesa Apelante em contrário a este entendimento, como um todo. A versão antípoda é repelida por esta conclusão.

Afastada ilegalidade quanto ao ingresso no local, imóvel, casa, residência, de vez que autorização expressa foi providenciada e juntada aos autos desde o Inquérito Policial, há que se analisar o fim da droga.

Acesso ao Sumário

A pretensão de se exigir em situações deste tipo o devido mandado judicial esbarra, melhor dizendo, colide frontalmente com a celeridade de apuração. Em tendo os Policiais Militares em serviço notícia de tráfico, procurando Autoridade Judiciária para obtenção de mandado de ingresso em local, o tempo decorrido levaria à extinção da prova ou seria totalmente vendida a droga, dispersada no varejo, ou removida. Qualquer criminoso medianamente inteligente (não se fala de inteligência acima do normal, na média de cidadão comum, quiçá até mesmo usuário de droga para baixo), não ficaria com a droga naquele lugar.

A rapidez da operação policial depende da ação para o sucesso e como

neste caso, bem executada, traz resultado de sucesso para a Sociedade obreira e laboriosa, o Cidadão que merece as benesses da interpretação Constitucional. Ademais, como colocado na sentença atacada, a mantença da droga para fins de comércio torna o crime permanente, ensejando a ação imediata. Rejeito as ponderações, argumentos da Defesa Apelante em contrário a este entendimento, como um todo. A versão antípoda é repelida por esta conclusão.

Tiveram os Policiais Militares IVAN e WILSON, durante patrulhamento regular, notícia de tráfico de droga em local identificado como "bar do doutor". Para lá se digiram e encontraram o apelante e os menores inimputáveis CARLOS RODRIGUES VIEIRA GOMES e GIOVANI RENATO ZAMANA efetuando o tráfico. Com CARLOS foram encontradas nove porções da droga e com GIOVANI, seis porções da droga. Cada um deles tinha R$ 80,00 em dinheiro.

Admitindo informalmente aos Policiais Militares o tráfico, disse o apelante do restante que tinha em sua casa e para lá se digiram todos, ali encontrando o tijolo, parcialmente utilizado, e o restante, tudo conforme auto de exibição e apreensão de fls. 19/20 dos autos.

Quanto a não identificação de quem forneceu a "notitia criminis" para os Policiais Militares e não terem sido arroladas outras testemunhas, é certo que o tráfico, pelo terror, violência, descomedimento de atitudes e domínio que pretende impor à Sociedade, àquele Cidadão probo, trabalhador, que merece proteção Constitucional, não é fácil de se encontrar. Até o anonimato dessas pessoas visa sua própria preservação. Rejeito as ponderações, argumentos da Defesa Apelante em contrário a este entendimento, como um todo. A versão antípoda é repelida por esta conclusão.

O material objeto do auto de exibição e apreensão de fls. 19/20 já mencionado estava no quarto ocupado pelo apelante naquele endereço.

Da prova de defesa se tem a mãe do apelante, Senhora DANIELA DE OLIVEIRA UMBELINO e que tudo negou – não seria de se conceber que mãe testemunhasse contra o filho. Também a Senhora CARLA REGINA MOURA SANTOS, mãe da namorada do apelante e que negou ter visto os Policiais Militares apreenderem alguma coisa no bar – onde chegou já estando as pessoas deitadas no chão. Também a Senhora CARLA, pela proximidade com o apelante, não seria de se esperar outra manifestação.

A vizinha – que faz parte do grupo de medo, vendo as coisas acontecem ao seu lado –, Senhora CONCEIÇÃO CUSTÓDIO MACHADO VIANA, viu os Policiais Militares conversando com a mãe do apelante, mas não sabe o teor da conversa; nada mais conseguiu informar.

CLAUDEMIR, que estava na casa, procurou negar os fatos.

Assim, a final, se tem que do conjunto probatório há a fala dos Policiais

Acesso ao Sumário

Militares e a negativa do apelante e pessoas com ele relacionadas, mãe, sogra, padrasto, vizinhos, todos muito próximos.

Em tendo a Defesa Apelante em razões de apelação dito da condição dos Policiais Militares para incriminação, muito mais razão têm essas pessoas mencionadas para procurar afastar a culpa. Rejeito as ponderações, argumentos da Defesa Apelante em contrário a este entendimento, como um todo. A versão antípoda é repelida por esta conclusão.

No Processo Penal Pátrio atual, o acusado: i) não é compromissado; ii) não é obrigado a responder perguntas; iii) não é obrigado a participar de coleta de provas que venha em seu desfavor; iv) não é obrigado a falar a Verdade (o que leva a acolher mentira).

As testemunhas: i) falam sob compromisso com a Verdade; ii) não podem deixar de responder a perguntas; iii) se faltarem com a Verdade podem ser processadas criminalmente - artigo 342, Código Penal. Ademais, Policial pode ser testemunha como qualquer outra pessoa, falando sob compromisso. Impugnação a sua fala deve ser fundamentada, específica e provada, não genérica tão só pela origem Policial.

Assim, na valoração da prova, por certo que aqueles que falam sob compromisso com a Verdade, respondendo por seu ato, devem ser mais valorizados do que aqueles que falam sem qualquer compromisso com o esclarecer a Verdade. Neste caso, prova testemunhal.

Em se dizendo usuário, o apelante nada trouxe para os autos a demonstrar isso, como lhe cabia. Na forma do artigo 156, do Código de Processo Penal e como lecionado pelo festejado e saudoso Mestre E. Magalhães Noronha, em Processo Penal se o acusado afirma algo, assume o ônus de fazer prova daquilo que afirmou. Ou seja, também tem o acusado obrigação de fazer prova daquilo que argui a seu favor.

Em se dizendo usuário de drogas, deixou o apelante de produzir qualquer prova nesse sentido, não trazendo documentos que indicassem tratamento ou diagnóstico anterior, não requerendo instauração de incidente de dependência para confirmar isso. Pelo contrário, o apelante se apresentou para atos judiciais sem demonstrar síndrome de abstinência, com aparência normal, fala adequada, pensamento conclusivo e sem identificação de falta de uso de drogas. Também não constou que estivesse recebendo tratamento para superar a falta de droga, ou que na pior das hipóteses, estivesse ainda utilizando entorpecente de modo a se manter estável. Mas sequer sinal de uso contínuo de droga foi notado, apresentado pelo apelante. Com isso fica prejudicada sua alegação, pela total falta de demonstração, Artigo 156, do Código de Processo Penal, quanto a que fosse usuário, de qualquer modo, de qualquer tipo de entorpecente. Rejeitada essa alegação, não prospera.

Acesso ao Sumário

No que tange ao uso dos menores inimputáveis para a prática do delito, o simples fato de estar com aqueles, já mencionados, que portavam droga fracionada para a venda no varejo e importâncias em dinheiro, já aponta para a segura conclusão de que agia com eles.

E a respeito do dinheiro, de se recordar que não foi demonstrada origem legal, regular, disso, como incumbia à Defesa Apelante provar – já que assim alegou. Rejeito as ponderações, argumentos da Defesa Apelante em contrário a este entendimento, como um todo. A versão antípoda é repelida por esta conclusão.

No que tange a aplicação do redutor, o único argumento seria a primariedade. Mas do modo como o apelante se comportou, com utilização de menores, expressiva (ainda que não volumosa ao extremo) quantidade de maconha, ausência de demonstração de renda outra que não a derivada do crime, isso não pode se dar. Demonstrou ser microempresário do tráfico de drogas, do crime.

Não há notícia de fazer parte de grande grupo criminoso, mas há prova suficiente de que participa do crime de tráfico. É organizado de alguma forma para a traficância. E mesmo como microempreendedor é perigoso seu proceder, pelo que há demonstração quanto a organização, fornecimento e venda de drogas, de estar composto com outras pessoas que o apoiam. Isso o torna essa pessoa organizada para o crime e distanciada quanto a poder receber a aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei no. 11.343/2006. Não sendo elemento ativo na forma mais ampla da organização criminosa, é integrante de pequeno grupo e sua condição pessoal e elos fazem sua ligação com organização de pequeno porte, mas atuante.

Em se dizendo usuário de drogas, o apelante trouxe testemunhos de pessoas próximas dele para demonstrar.

Na fase do artigo 59, do Código Penal, a pena foi fundamentada e partindo do mínimo legal, com o reconhecimento da forma qualificada, como exposto. Foi fixada a pena base, analisadas as formas de acréscimo, dentro do critério trifásico, permanecendo próximo do piso, mínimo previsto. O regime prisional tem previsão legal, inclusive por força da Lei no. 8.072/90 – Crimes hediondos.

Neste caso específico não é de ser deferida flexibilização, cabendo realmente o fechado inicial. A periculosidade do tráfico de drogas não é abstrata. O domínio que os traficantes pretendem exercer, e o fazendo com sucesso em áreas ainda delimitadas, com prejuízo para a Comunidade (homicídio, estupros, violência física, roubos, etc.), são patentes, visíveis, sentidos pelo Cidadão obreiro e regular. Já foi ultrapassada a possibilidade de perigo abstrato, de vez que o encaminhamento é para o fim de crime.

Em relação a detração penal foi expedida Guia de Recolhimento provisório, conforme consta de fls. 335/336 dos autos. Com isso, a penas já estão sendo

Acesso ao Sumário

executadas por aquele meio, com aplicação de eventual progressão, benefícios que possam ser concedidos.

ISTO POSTO e o que mais dos autos consta, conhecendo do apelo apresentado por LEONARDO HENRIQUE UMBELINO FILIPINE, com qualificação nos autos, é **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.**

Cautelares Inominadas

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Cautelar Inominada Criminal nº 2057035-49.2021.8.26.0000, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é requerente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é requerido MM. JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ITAQUAQUECETUBA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.540)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente sem voto), MARCELO SEMER e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 31 de maio de 2021.

SÉRGIO MAZINA MARTINS, Relator

Ementa: Ação cautelar inominada. Prisão preventiva. *Status libertatis*. a regra é realmente o curso do processo penal em liberdade dos imputados, regra esta que somente há de ser excepcionada à luz de fatores concretos e especialmente veementes de excepcional ocorrência.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Cautelar Inominada Criminal, com reclamo de liminar, impetrada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra ato do Juízo

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itaquaquecetuba, visando, liminarmente, a obtenção de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito, interposto contra r. decisão que, após acórdão proferido pela e. Décima Terceira Câmara Criminal, dando provimento ao recurso ministerial para pronunciar o acusado A.A.S., ora interessado, como incurso nos artigos 121, parágrafo 2º, incisos V (3ª e 4ª figuras) e VIII c.c. artigo 14, inciso II, por duas vezes e 157, parágrafo 2º, incisos II e V, por duas vezes, todos do Código Penal, indeferiu o pedido de prisão preventiva.

Sustenta o requerente, a ilegalidade da decisão, visto que presentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, além do que o acusado possui condenações definitivas por crimes patrimoniais. Diante disso, postula a cassação do *decisum*, restabelecendo a segregação cautelar e, ao final, concedendo o efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto contra a citada decisão, para que seja decretada a prisão preventiva do indiciado, determinando-se a expedição de mandado de prisão.

Indeferida a medida liminar (fls. 82-83), a autoridade apontada como coatora prestou as devidas informações (fls. 88- 91), não houve manifestação do interessado, consoante certidão (fls. 92), tendo a Procuradoria de Justiça opinado pelo deferimento da ação cautelar (fls. 95-99).

É o relatório.

Denega-se a medida cautelar inominada pleiteada, pese o respeito que se reserva às preocupações do Ministério Público.

Consta da denúncia juntada às fls. 39-42, dia 14 de maio de 2019, por volta das 21h30min, na Rodovia Regis Bittencourt, KM 320, cidade e Comarca de Miracatu, o interessado A.A.S., em concurso de agentes, mediante grave ameaça e restrição da vítima C.M., teria subtraído carga de queijo que estava no interior do caminhão Volvo/VM 260, placas (...), no valor de R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), pertencentes à empresa L.S.M., bem como dois aparelhos celulares, no valor total de R$ 300,00 (trezentos reais), pertencentes ao ofendido C.M. Consta ainda que no dia seguinte, no período vespertino, na Rodovia Rodoanel, trecho leste, entre o km 114 e o km 125, na cidade e Comarca de Itaquaquecetuba, A. teria tentado matar os Policiais Militares W.W.S. e M.T.S., para assegurar a impunidade e a vantagem dos crimes patrimoniais cometidos, somente não consumando os homicídios por circunstâncias alheias à vontade dele.

Após processamento da ação, em 17 de dezembro de 2019, houve sentença de impronúncia, tendo sido revogada a prisão preventiva do acusado em razão do excesso de prazo na instrução do feito. O órgão ministerial interpôs apelação criminal, tendo sido dado provimento ao recurso em 27 de outubro de 2020 para pronunciar A. e, após o respectivo trânsito em julgado, houve deter-

Acesso ao Sumário

minação de encaminhamento dos autos à Vara do Júri. Foi requerida a prisão preventiva do réu que restou indeferida e interposto recurso em sentido estrito pelo representante do Ministério Público em 16 de março de 2021.

De todo modo, tem-se que o pedido de decretação da prisão preventiva foi bem indeferido, nos seguintes termos:

> *O pedido não merece acolhida.*
>
> É cediço que a gravidade abstrata do crime imputado não pode ser utilizada como fundamento para a prisão cautelar do réu. A alegada «periculosidade» do réu é uma presunção tirada da própria imputação criminal, não existindo nos autos qualquer elemento concreto que indique tal circunstância, não bastando *a menção aos antecedentes do acusado. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de ressaltar que "as características pessoais do suposto autor e a gravidade do crime do qual é acusado não são, por si mesmos, justificativa suficiente para a prisão preventiva" (Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, § 69). Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal aponta que "não bastam a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que o réu oferece perigo à sociedade para justificar a imposição da prisão cautelar ou a conjectura de que, em tese, a ordem pública poderia ser abalada com a soltura do acusado" (STF, HC 143.065/ RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 06.06.2017).*
>
> *Em suma, não há nos autos qualquer elemento concreto que indique que a liberdade do acusado coloque em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, o que afasta a possibilidade de prisão cautelar. Nesse sentido, é importante trazer à baila a lição de Aury Lopes Jr.: "sempre, qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado periculum libertatis, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida. Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o periculum libertatis. (...) É imprescindível um juízo sério, desapaixonado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade do fumus commissi delicti e do periculum libertatis" (Lopes Jr., Aury. Direito processual penal – 14ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, págs. 842-843).*
>
> *De mais a mais, malgrado o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tenha reformado a decisão de impronúncia, o E. Tribunal não decretou a prisão preventiva do réu, mantendo-o em liberdade, o que reforça que a*

Acesso ao Sumário

segregação é medida desnecessária in casu.

Ausente, portanto, a demonstração dos pressupostos para a segregação cautelar, indefiro o pedido de decretação de prisão preventiva".

Pois bem.

De proêmio, tem-se que o indeferimento da prisão preventiva foi devidamente fundamentado, diante da ausência de perigo real para o bom andamento do processo, bem como ausentes qualquer elemento concreto que indique a necessidade da custódia cautelar.

A prisão preventiva é medida excepcional, não bastando a mera gravidade do suposto delito para sua decretação. Necessário se faz a presença concreta e eloquente dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal para ensejar a constrição cautelar do acusado.

Ademais, mostra-se bastante razoável a cautela da magistrada que, de sua parte, após apresentação do rol de testemunhas pelas partes, designou a realização de audiência de julgamento pelo Plenário do Júri para o dia 4 de novembro de 2021.

Frise-se que a regra é realmente o curso do processo penal em liberdade dos imputados, regra esta que somente há de ser excepcionada à luz de fatores concretos e especialmente veementes que, por ora, pelas razões já elencadas pela cuidadosa e erudita magistrada, aguardam ainda sua concreta demonstração. Isso é particularmente importante quando ainda se reclama prova em juízo das aventadas imputações de autoria.

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Cautelar Inominada Criminal nº 2097970-34.2021.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é requerente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são requeridos MM. JUIZ DE DIREITO DO DECRIM 5 e LUCAS CORREA SANTANA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DEFERIRAM A MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO ATIVO ao recurso de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, pois presente grave risco de dano irreparável à sociedade, até o julgamento definitivo do recurso ordinário, ou eventual perda de objeto. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.330)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 25 de maio de 2021.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: Medida cautelar inominada – Objetiva o deferimento de efeito suspensivo ao Recurso de Agravo em Execução Penal interposto contra a r. Decisão que deferiu o livramento condicional ao sentenciado, custodiado pela prática dos crimes de ameaça e vias de fato no âmbito da violência doméstica e familiar, extorsão mediante grave ameaça e, por fim, roubo majorado com violência contra a vítima – Admissibilidade – Comprovação dos requisitos atinentes ao 'fumus boni juris' e 'periculum in mora', imprescindíveis para o conhecimento da medida cautelar de antecipação da tutela – Entendimento jurisprudencial pacificado no Superior Tribunal de Justiça acerca do cabimento da medida cautelar postulada – Cautelar deferida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Medida Cautelar Inominada, com pedido de liminar, requerida pelo i. Dr. Promotor de Justiça, contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito do DECRIM 5, Comarca de Presidente Prudente, no Processo de Execução Criminal n.º 0004535-98.2017.8.26.0996, a qual deferiu o benefício do livramento condicional ao sentenciado.

O peticionário salienta que se equivocou o Magistrado ao conferir tal benefício, porquanto ao lado da gravidade dos delitos perpetrados, o réu ostenta falta disciplinar grave recente, praticada enquanto no gozo do regime semiaberto, consistente em não retornar de saída temporária, sendo certo que sequer ocorreu a determinação de realização de exame criminológico para averiguação mais aprofundada do quanto requerido.

Aduz ainda o membro do Ministério Público que, embora tenha interposto o recurso adequado ao caso concreto, este não dispõe de efeito suspensivo/ativo, razão pela qual para se evitar que perdurem os efeitos danosos da decisão, imprescindível o ajuizamento de medida cautelar inominada com o objetivo de se aplicar o efeito ativo ao recurso manejado, revertendo-se, imediatamente, a decisão combatida.

Acesso ao Sumário

Pretendeu, assim, o deferimento liminar da presente medida cautelar inominada para atribuir efeito ativo ao Recurso de Agravo em Execução Penal interposto, contra a decisão que concedeu o livramento condicional ao acusado, o que foi deferido, consoante decisão de fls. 34/35.

Vieram aos autos informações prestadas pelo MM. Juiz de Direito *a quo* (fls. 41/42).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral da Justiça opinou pela concessão da medida cautelar (fls. 46/49).

É o relatório.

Por r. decisão proferida cuja cópia encontra-se às fls. 07/11 dos autos, o MM. Juiz de Direito decidiu conceder o livramento condicional ao acusado, sob o entendimento de preenchimento dos requisitos necessários à benesse.

Entretanto, a pretensão trazida para análise comporta guarida, consoante restará demonstrado.

Vejamos.

O acusado responde pelos delitos de ameaça e vias de fato no âmbito da violência doméstica e familiar, extorsão mediante grave ameaça e roubo majorado com violência contra a vítima. E ostenta falta disciplinar grave recente, praticada enquanto no gozo do regime semiaberto, consistente na ausência de retorno de saída temporária, não tendo sido determinada a realização de exame criminológico para averiguação mais aprofundada quanto a viabilidade da concessão do benefício.

Desse modo, além da periculosidade social das condutas perpetradas pelo agente, temos a existência de histórico prisional conturbado, de modo que a concessão prematura do benefício pode frustrar os fins da execução da pena, em detrimento da sociedade.

Consoante anotado, o acusado praticou falta disciplinar, enquanto progredido ao regime semiaberto, tendo sido regredido ao programa prisional fechado (vide fls. 16 e seguintes).

Nessa toada, não se mostra suficiente o imediato retorno do sentenciado ao convívio social, até melhor analise da questão por meio de recurso interposto pelo membro do *Parquet*.

Sendo assim, há que se acolher o pleito ministerial aqui promovido em sede de medida cautelar inominada, concedendo-se efeito suspensivo à decisão judicial monocrática que deferiu o livramento condicional ao sentenciado até julgamento do recurso interposto, onde o juiz poderá reavaliar a questão com base nas alegações contidas nas razões recursais.

Há evidente *fumus boni juris* e *periculum in mora* no reclamo apresentado, devendo o réu ser mantido no regime que se encontra custodiado, objetivan-

Acesso ao Sumário

do a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal.

Sendo assim, não obstante o respeitável entendimento firmado pelo Julgador, frente ao perigo incontroverso que a manutenção da liberdade do acusado pode representar para a sociedade, bem como para evitar prejuízo à aplicação da lei penal, entendo ser realmente o caso de conferir efeito suspensivo ao Agravo de Execução Penal interposto.

Efetivamente trata-se de uma situação excepcional que deve ser solucionada em favor da sociedade.

Diante do exposto, DEFIRO A MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO ATIVO ao recurso de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, pois presente grave risco de dano irreparável à sociedade, até o julgamento definitivo do recurso ordinário, ou eventual perda de objeto.

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2084575-72.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu P.R.S.S. e corrigido MM. JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deferiram a correição parcial para, observados os termos da legislação pertinente, determinar a colheita do depoimento especial da criança, como antecipação de prova, em caráter incidental, nos autos da ação penal nº 1500873-18.2021.8.26.0477, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande, cujo trâmite se dará em segredo de justiça. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.032)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente) e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 31 de maio de 2021.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL. Medida cautelar de produção antecipada de prova, por intermédio da qual se busca a realização de depoimento especial. Criança supostamente vítima de crime sexual. Necessidade de colheita das declarações em ambiente acolhedor e por profissional especializado, nos exatos termos da Lei nº 13.431/2017, a fim de se evitar a revitimização da infante. Precedentes. Correição parcial deferida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Correição Parcial interposta pelo douto representante do Ministério Púbico de decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande que, nos autos da ação penal nº 1500873-18.2021.8.26.0477, na qual se apura a infração prevista no artigo 217-A, do Código Penal, recebeu a denúncia e determinou a citação do denunciado, sem, entretanto, deferir o pedido de depoimento especial da criança, indicando que tal requerimento será apreciado apenas após a apresentação da defesa escrita (fls. 15/17).

A medida liminar foi indeferida (fls. 43/44), dispensadas as informações, e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da correição parcial, reformando-se a respeitável decisão guerreada no que tange ao momento do depoimento especial da vítima (fls. 49/51).

É o relatório.

Consta dos autos que o Ministério Público ofereceu denúncia em face de P.R.M. porque, segundo a acusação, no dia 31 de dezembro de 2020, em horário incerto, na Avenida (...), nº (...), Trevo, em Praia Grande, praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com A.C.M.L., criança nascida em (...).

Consta, ainda, que posteriormente, em data incerta, mas até o dia 16 de março de 2021, P.R.M assediou e instigou, através de meio de comunicação, A.C.M.L., nascida em (...), com o fim de com ela praticar atos libidinosos.

Por decisão proferida em 13 de abril de 2021, o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande recebeu a denúncia, determinou a apresentação de defesa prévia pelo acusado e, quanto ao pedido de depoimento especial da vítima, decidiu que seria apreciado após a apresentação da defesa escrita (fls. 16/17 da impetração).

Em consulta realizada pelo signatário aos autos digitais nº 1500873-18.2021.8.26.0477, verificou-se que, por decisão proferida em 29 de abril de 2021, o MM. Juízo *a quo* ratificou o recebimento da denúncia e determinou o

Acesso ao Sumário

encaminhamento dos autos ao setor técnico para realização do estudo psicossocial e oitiva especial da vítima, facultando às partes a apresentação de quesitos, no prazo comum de cinco dias.

Inconformado com a decisão, o douto representante do Ministério Público interpôs a presente correição parcial, buscando, em síntese, que se determine a realização da coleta do depoimento especial da criança A.C.M.L., de 12 anos de idade, em caráter incidental na ação penal nº 1500873-18.2021.8.26.0477, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande, decretando-se o sigilo dos autos, diante do seu conteúdo.

Alega-se que a decisão impugnada incorreu em erro na interpretação do artigo 11, da Lei nº 13.431/2017, o que importou em inversão tumultuária de atos e fórmulas legais, ao postergar o depoimento especial da infante, vítima de abuso sexual, para o momento ordinário da coleta da prova, quando a norma determina que o ato seja antecipado.

Destaca-se que a Lei nº 13.431/2017, denominada "Lei de Escuta Protegida", estabeleceu novo sistema de ouvida da criança/adolescente ou vítima/testemunha, colocando-a como sujeito do direito à proteção e que, reconhecendo a importância e a necessidade de preservar a memória da criança/adolescente, como forma de instrumentalizar os princípios da prioridade na tramitação e celeridade processual, referido diploma legal previu em seus artigos 8º e 11, a definição do que seja o depoimento especial, que deve ser realizado obrigatoriamente em produção antecipada de prova.

Salienta-se que "***atentos os novos ditames legais, as Instituições Tribunal de Justiça de São Paulo, Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, Estado de São Paulo, Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo, firmaram um Acordo de Cooperação Técnica (n.º 000.114/2019/CV Processo n.º 2018/170.182), onde o dever de celeridade, prioridade e minimização de danos causados às crianças e aos adolescentes são pactuados de forma objetiva***" (fl. 7).

Acesso ao Sumário

A correição parcial deve ser deferida.

Como cediço, a Lei nº 13.431/2017, ao tratar sobre o sistema de garantias da criança vítima de violência, disciplinou o depoimento especial.

Nesse método de escuta, o infante tem respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, realizado que é em ambiente diferenciado e por profissionais habilitados.

Outrossim, consta da Lei de Regência que o rito cautelar deve ser observado quando a criança tiver menos de sete anos de idade ou em caso de violência sexual.

Ao tratar do tema, o Comunicado Conjunto nº 1648/2018, da Egrégia

Corregedoria Geral da Justiça da Corte, recomenda que tal procedimento seja necessariamente realizado em todos os casos de violência sexual, independentemente da idade da criança ou do adolescente.

Portanto, no caso em comento, havendo informação de possível prática de crime sexual contra criança de doze anos de idade, a colheita do depoimento especial é imperativo legal.

A relevância da oitiva da criança, segundo tal metodologia, em casos tais, é incontestável, quer pelo resguardo da sanidade psicológica da infante, quer porque há possibilidade concreta de esquecimento e bloqueio de detalhes dos fatos, quer para evitar sua vitimização secundária, ante a reiteração da vivência traumática em momento posterior.

Nesse sentido:

"***MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA VISANDO À OITIVA DE CRIANÇA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL EM DEPOIMENTO ESPECIAL. HIPÓTESE CONCRETA QUE AUTORIZA A MEDIDA, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. CORREIÇÃO PARCIAL PROVIDA, APENAS PARA O CASO EM APREÇO***." (Correição Parcial Criminal nº 2008360-55.2021.8.26.0000, Rel. Des. Willian Campos, 15ª Câmara Criminal, j. em 11/02/2021).

"***Correição Parcial. Oitiva de criança e adolescente. Vítimas de crimes contra a dignidade sexual. Depoimento Especial. Decisão que indeferiu a produção antecipada de prova. Cabimento na hipótese. Necessidade de colheita das declarações de forma protetiva. Condição de vítimas de abuso sexual que se mostram suficientes. Precedentes. Correição parcial provida***." (Correição Parcial Criminal nº 2296863-05.2020.8.26.0000, rel. Des. José Vitor Teixeira de Freitas, 8ª Câmara Criminal, j. 08/02/2021).

Ante o exposto, defere-se a correição parcial para, observados os termos da legislação pertinente, determinar a colheita do depoimento especial da criança, como antecipação de prova, em caráter incidental, nos autos da ação penal nº 1500873-18.2021.8.26.0477, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande, cujo trâmite se dará em segredo de justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2095003-16.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao reclamo para, observado os termos da legislação pertinente, determinar ao juízo corrigido que proceda à tomada de depoimento especial do ofendido, na forma de produção antecipada de prova, em caráter incidental, ratificada a liminar. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.710)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), JUSCELINO BATISTA e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

MAURICIO VALALA, Relator

Ementa: Correição Parcial – Indeferimento de medida cautelar de produção antecipada de prova, em que se buscava a realização de depoimento especial – Criança supostamente agredida de forma violenta e reiterada pela própria mãe – Necessidade de colheita das declarações em ambiente acolhedor e por profissional especializado, nos exatos termos da Lei nº 13.431/2017, a fim de se evitar a revitimização do infante – Precedentes – Correição parcial provida.

VOTO

Trata-se de correição parcial, com pedido de liminar, interposta pelo Ministério Público, em face de decisões do d. juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande, que, em duas oportunidades, relegou a apreciação de pedido de produção antecipada de provas para depois da apresentação da resposta à acusação, sucedendo que, na prática, acabou por indeferir o pleito do "Parquet", em que se buscava a realização de depoimento especial de criança, supostamente agredida de forma violenta pela própria mãe.

A liminar foi deferida (fls. 84/85).

Recurso regularmente processado, advieram os informes (fls. 92/94).

Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do reclamo (fls. 97/102).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre registrar que a correição parcial é recurso residual, colocado à disposição para casos de erro de procedimento na condução/marcha do processo, ou seja, aquilo que provoque inversão tumultuária do feito e de

Acesso ao Sumário

suas fórmulas legais, como na espécie.

Consta dos autos que R.M.P. foi denunciada por ter supostamente agredido, com golpes de cinta em diversas partes do corpo e um soco na face, a criança R.R.M.P.S., então com 10 anos de idade.

Ao azo do oferecimento da denúncia, com vistas a evitar a revitimização da criança, o douto representante do Ministério Público pugnou pela produção antecipada de provas.

Todavia, a análise do pleito foi postergada pelo d. juízo para depois da apresentação da resposta à acusação, no intuito de assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa (fl. 75 e 80).

Daí o inconformismo do corrigente.

E com razão.

Como é cediço, a Lei nº 13.431/2017, ao tratar sobre o sistema de garantias da criança vítima de violência, disciplinou o depoimento especial.

Nesse método de escuta, o infante tem respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, realizado que é em ambiente diferenciado e por profissionais habilitados.

Com efeito, o Comunicado Conjunto nº 1948/2018 da Corregedoria Geral da Justiça recomenda, no item VI, "a", que tal procedimento seja necessariamente realizado em casos de violência que não a sexual, em que a vítima tenha idade superior a 7 (sete) anos (art. 21, VI, Lei nº 13.431/2017), como no caso.

Ademais, é certo que em sede de produção antecipada de prova estão plenamente assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório, nos termos dos artigos 11 e 12 da legislação de regência.

Ora, havendo informação de possível agressão, contra uma criança de dez anos de idade, perpetrada pela própria mãe, com destaque ao fato de que em solo policial a avó materna narrou situação de efetivo risco à criança (fl. 56), a colheita do depoimento especial é imperativo legal.

Traga-se, ainda, a evidenciar que o infante está em risco, o depoimento da tia, externando que "*R. e o marido ingerem muito bebidas alcóolicas; ela e marido brigam muito; agridem o menino e fazem muita diferença de filho, em relação aos filhos do casal, com o R. Esclarece que é R. quem não quer ficar com a mãe; salienta que o menino tem muito medo do padrasto e tem mágoa da mãe. A pior situação foi quando sua mãe V. fez o boletim de ocorrência, pois uma outra criança, amigo de R., foi até a casa de V. e contou que R. estava trancado e chorando, então sua mãe foi até o local e o encontrou trancado na casa e todo machucado (...) A partir disso, o menino começou a relatar tudo o que sofre dentro de casa, as surras, xingamentos, ofensas, castigos*." (fl. 57).

Como se vê, a relevância da oitiva da criança segundo tal metodologia

Acesso ao Sumário

neste caso é incontestável, quer pelo resguardo da sanidade psicológica do infante, quer porque há possibilidade concreta de esquecimento e bloqueio de detalhes dos fatos, quer para evitar sua vitimização secundária, ante a reiteração da vivência traumática em momento posterior.

Nesse caminhar: Correições Parciais Criminais nºs 2008360-55.2021.8.26.0000, Rel. Des. Willian Campos, 15ª Câmara Criminal, j. em 11/02/2021; 2296863-05.2020.8.26.0000, rel. Des. José Vitor Teixeira de Freitas, 8ª Câmara Criminal, j. 08/02/2021; e 2206987-73.2019.8.26.0000, rel. Des. Heitor Donizete de Oliveira, 12ª Câmara Criminal, j. em 26.10.2020).

Diante do exposto, dá-se provimento ao reclamo para, observado os termos da legislação pertinente, determinar ao juízo corrigido que proceda à tomada de depoimento especial do ofendido, na forma de produção antecipada de prova, em caráter incidental, ratificada a liminar.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 0044654-77.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de Araçatuba, em que é embargante JUSTIÇA PÚBLICA, é embargado COLENDA 10ª CÂMARA DO 5º GRUPO DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram em parte os presentes embargos de declaração, com determinação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.089)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e CARLOS BUENO.

São Paulo, 4 de maio de 2021.

NUEVO CAMPOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INSURGÊNCIA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DIANTE DO JULGAMENTO DA IMPETRAÇÃO COM DISPENSA DE PROCESSAMEN-

TO – HIPÓTESE DE EXPLICITAÇÃO DO JULGADO – CASO DE INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL – ART. 663 DO CPP – REMESSA AO COLEGIADO – DETERMINAÇÃO – EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos pela D. Procuradoria de Justiça em face do V. Acórdão de fls.11/13, relativo a *HABEAS CORPUS* impetrado, em causa própria, por Atilio Lamache da Costa.

O impetrante objetivava, na impetração, o reconhecimento da extinção de sua punibilidade, pela ocorrência da prescrição, em razão da data da infração penal, sem instruir a inicial com documentos ou fornecer quaisquer outros dados concretos, ou mesmo esclarecer se a presente demanda foi apresentada em primeiro grau de jurisdição.

Em julgamento realizado em 18 de dezembro de 2020, por votação unânime, foi denegada a ordem.

A D. embargante sustenta, em suma, a existência de omissão a suprir, sob alegação de que não houve "análise do art. 1º do Decreto-lei 552, de 25 de abril de 1969, do art. 248, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do art. 279, do Cód. de Proc. Civil e do art. 564, IV, do Cód. de Proc. Penal", tendo em vista que o *writ* foi julgado sem prévia abertura de vista ao D. Representante do Ministério Público, em desacordo com os referidos dispositivos legais.

É o breve relato.

Impõe-se o acolhimento parcial dos presentes embargos de declaração.

A presente ordem de *HABEAS CORPUS* foi julgada nos seguintes termos:

"Trata-se de ordem de HABEAS CORPUS impetrada, em causa própria, por Atilio Lamache da Costa.

Pugna, em suma, pelo que se infere da inicial, seja reconhecia a extinção da sua punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal ou da prescrição da pretensão executória (fls. 1/6).

A inicial não veio instruída com cópia de qualquer documento.

O paciente, pelo que se verifica de consulta realizada ao sistema INTINFO, cumpre pena de 13 (treze) anos, 10 (dez) meses e 11 (onze) dias de reclusão, decorrente de condenações pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, posse ilegal de arma de fogo e roubo agravado, com vencimento previsto para 14/06/2027.

Acesso ao Sumário

É, em síntese, o relatório.

Os autos encontram-se suficientemente, instruídos, razão pela qual, para sua apreciação, desnecessária a requisição de informações.

Por outro lado, não se vislumbra prejuízo decorrente da ausência de prévia manifestação ministerial.

A presente impetração não comporta acolhimento.

Não se demonstrou e não se vislumbra a existência de qualquer circunstância que pudesse conferir contornos de ilegalidade à situação do paciente, de modo a justificar o reconhecimento de coação ilegal, nos termos do art. 648, do Cód. de Proc. Penal.

Não se demonstrou de plano, como era de rigor, em vista dos estreitos limites do writ, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal ou da pretensão executória em relação ao crime de roubo referido no inicial da presente impetração.

Não é demais anotar que, considerada a pena privativa de liberdade aplicada, referida na inicial da presente impetração, o prazo prescricional é de 12 (doze) anos (art. 109, III, CP).

Não há, portanto, ilegalidade a ser corrigida pelo presente writ.

Face ao exposto, meu voto denega a presente impetração."

Impõe-se explicitar, de início, que a inicial da presente ordem de *HABES CORPUS*, consistente em correspondência subscrita pelo próprio sentenciado e remetida por via postal (fls. 7/8), na realidade, ao contrário do que, equivocadamente, constou ao início da análise de mérito desta impetração, não é apta a permitir a análise do pleito do impetrante/paciente.

Não está devidamente instruída, ou seja, não apresentou documentos, ou quaisquer elementos concretos que permitissem a análise de seu pleito de reconhecimento da prescrição.

Não esclareceu, ainda, se a presente demanda foi deduzida em primeiro grau de jurisdição, esclarecimento indispensável para se verificar eventual supressão de um grau de jurisdição.

Também não deduziu reclamação sobre a irregularidade ou ilegalidade na tramitação de sua execução criminal.

A presente hipótese, portanto, dadas as circunstâncias ora referidas, por não se vislumbrar sequer indícios de coação ilegal, é, notoriamente, de indeferimento liminar da inicial, que, nos termos do art. 663, do Código de Processo Penal, pode e deve ser decretada *in limine*, ou seja, independentemente, de instrução do feito com informações da digna autoridade apontada como coautora e de manifestação ministerial.

De qualquer forma, com vistas a verificar, com maior concretude, even-

Acesso ao Sumário

tual coação ilegal, em casos como este, como de regra, é realizada consulta à folha de antecedentes, como se deu em relação ao impetrante/paciente, por meio consulta ao sistema INTINFO, constatando-se que cumpre pena de 13 (treze) anos, 10 (dez) meses e 11 (onze) dias de reclusão, decorrente de condenações pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, posse ilegal de arma de fogo e roubo agravado, com vencimento das penas previsto para 14/06/2027.

Esta informação reforçou tratar-se de hipótese de indeferimento liminar.

Ocorre que, na linha de entendimento que tem sido perfilhado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim como nos termos da parte final do art. 663 do Código de Processo Penal, mesmo nos casos de indeferimento liminar da inicial, as impetrações têm sido remetidas ao colegiado, para análise, inclusive, de mérito, mas sob o prisma restrito da verificação de ter sido demonstrada, ainda que por indícios, a ocorrência de eventual coação ilegal, com o objetivo de se resguardar, com maior rigor e legitimidade, o controle de legalidade das persecuções penais, quer na fase de conhecimento, quer no que diz respeito à execução criminal.

É o que ocorreu no caso em tela.

Não se pretendeu, de forma alguma, negar, ou opor obstáculos ao exercício das prerrogativas institucionais do Ministério Público, mas proceder de acordo com as circunstâncias do caso em tela, de modo, inclusive, a buscar celeridade e evitar atos ou movimentações processuais desnecessárias.

Fica aqui consignado, aliás, nosso reconhecimento à excelência da atuação dos Dignos Representantes Ministeriais, quer como fiscais da lei, quer na condição de titulares da ação penal, indispensável ao resguardo do devido processo legal e ao respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, para resguardo de eventuais interesses do sentenciado, determino a remessa de cópia da inicial da presente impetração ao MM. Juiz Corregedor Permanente, para a consideração que possa merecer, instância própria para apresentação originária da presente demanda.

Face ao exposto, meu voto, nos termos ora deduzidos, acolhe em parte os presentes embargos de declaração, com determinação.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº

2073789-66.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente SAMUEL SOUZA DA SILVA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.654)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 26 de abril de 2021.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Tráfico de entorpecentes. Pedido de revogação da prisão preventiva. Paciente primário. Quantidade de drogas que, apesar de significativa, não se revela exorbitante. Prisão processual que se mostra desnecessária. Circunstâncias favoráveis. Concessão de liberdade provisória mediante imposição de medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP. Ordem concedida.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Dra. *Cristina Emy Yokaichiya*, defensora pública, em favor de SAMUEL SOUZA DA SILVA, sob a alegação de ilegal constrangimento por parte do D. Juízo da Vara de Plantão – 00ª CJ – da Comarca da Capital, que converteu a prisão em flagrante do paciente, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, em medida acautelatória preventiva.

Acesso ao Sumário

Pugna a impetrante, em suma, pela revogação da prisão preventiva do paciente, sob o argumento de que ausentes os seus requisitos e fundamentos autorizadores, bem como em razão da pandemia da COVID - 19(fls. 01/08).

A liminar foi indeferida (fls. 81/84).

O MM. Juiz de Direito do DIPO 3 da Comarca de São Paulo prestou informações (fls. 88/95).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Antonio Calil Filho, opinou pela denegação da ordem (fls. 98/102).

É, em síntese, o relatório.

A ordem deve ser concedida.

O paciente está sendo investigado porque, em tese, no dia 04 de abril de 2021, por volta das 10h, na Rua Herbert Arruda Pereira, n. 500, na cidade de São Paulo, trazia consigo, para fins de tráfico e entrega a consumo de terceiros, 13 porções de maconha, com massa líquida de 35,3g, 88 porções de cocaína, com massa líquida de 44,8g, 15 porções de *crack*, com massa líquida de 5,7g e 1 invólucro de lança perfume, totalizando 20 ml, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 02/05 e 26/29 - autos originais).

Analisando os elementos carreados aos autos, observo que estão ausentes os fundamentos autorizadores da prisão preventiva.

Nada obstante a gravidade da infração penal em tese praticada, o paciente é primário, tendo sido a ele atribuída a posse de quantidade de drogas que, apesar de significativa, não se revela exorbitante.

Ademais, sobrevindo eventual condenação, o prognóstico de pena e regime prisional em relação ao paciente, por conta da sua primariedade técnica e da quantidade de drogas apreendida, será favorável.

Ressalte-se que, após a edição da Lei n. 12.403/2011, que alterou as medidas cautelares do Código de Processo Penal, o instituto da prisão preventiva se tornou exceção, aplicável somente quando impossível a aplicação de qualquer medida cautelar instituída pelo citado diploma legal, nos termos do que dispõe o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, já decidiu esta 16ª Câmara de Direito Criminal:

> *HABEAS CORPUS* – Tráfico ilícito de entorpecentes – Conversão da prisão em flagrante em preventiva – Vedação da liberdade provisória aos flagrados pelo crime de tráfico declarada inconstitucional pelo Pleno do STF (HC 104.339/SP, j. 10.05.12) – Análise da prisão cautelar sob o enfoque do art. 312, CPP, sob a ótica da Lei n.º 12403/11 – Prisão cautelar que se mostra como exceção no nosso sistema – Inexistência de elementos que, concretamente, justifiquem a prisão preventiva – Liberdade provisória concedida – Ordem concedida, com expedição de alvará de soltura (voto n. 36509).
>
> (TJSP; *Habeas Corpus* 2058810-07.2018.8.26.0000; Relator: Newton Neves; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - 5ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/04/2018; Data de Registro: 19/04/2018, V.U.).

Insta salientar, ainda, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei de Drogas, não comportando mais se falar em vedação da liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas.

Nesse sentido:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE INDEFERIU PLEITO CAUTELAR EM IDÊN-

Acesso ao Sumário

> TICA VIA PROCESSUAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA COM FUNDAMENTO APENAS NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE BASE EMPÍRICA IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A prisão cautelar para garantia da ordem pública e para conveniência da instrução criminal é ilegítima quando fundamentada, como no caso sub examine, tão somente na gravidade *in abstracto*, ínsita ao crime. Precedentes. [...] "a decisão que decretou a prisão cautelar limita-se a tecer considerações sobre o potencial danoso do tráfico de entorpecentes. Não cuidou, assim, de apontar, minimamente, conduta dos pacientes que pudessem colocar em risco a ordem pública, a instrução processual ou a aplicação da lei penal". 3. A vedação legal à liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes), devendo, contudo, o magistrado apreciar a existência dos requisitos da prisão preventiva à luz do artigo 312 do Código de Processo Penal. [...] 5. Agravo regimental desprovido, em razão da inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício para assegurar aos pacientes o direito de aguardarem em liberdade o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, salvo se por outro motivo devam permanecer presos e sem prejuízo de nova decretação de prisão preventiva fundamentada ou de uma ou mais das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso seja necessário[1].

Ademais, em julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ex-ministro Celso de Mello, prevaleceu o entendimento de que não devem ser aceitas decisões que fundamentam a prisão cautelar no reconhecimento de fatos que se subsumam ao próprio tipo penal. Assim, a gravidade em abstrato do crime não é suficiente para justificar, por si só, a decretação de prisão preventiva:

> Entorpecentes. Prisão em flagrante. Conversão em prisão preventiva. Inexistência de fundamentos concretos. Referência genérica à defesa social e à questão da impunidade. Razões desprovidas de idoneidade jurídica para legitimar a utilização desse instituto de tutela cautelar penal, que se reveste de caráter excepcional. Precedentes. Insuficiência, também, para tal finalidade, do mero reconhecimento da presença dos pressupostos da prisão preventiva, que não se confundem com os fundamentos a ela pertinentes, os quais deverão ser concretamente indicados para justificar a excepcionalidade de decretar-se a privação cautelar da liberdade individual de alguém. A questão da posse ou do porte de pe-

Acesso ao Sumário

1 STF, HC 121181 AgR, Primeira Turma, Relator(a): Min. LUIZ FUX, d.j. 22/04/2014.

quena quantidade de drogas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Tratamento jurídico-penal da matéria no direito comparado: Portugal (Lei nº 30, de 29/11/2000, art. 2º, n. 2). Configuração, na espécie, de pequena quantidade das drogas apreendidas em poder do paciente (cocaína e "crack"). "Habeas corpus" concedido de ofício e estendido, por identidade de situações, ao corréu[2].

De resto, ressalto que, nos termos do artigo 4º, inciso III, da Recomendação n. 62, do Conselho Nacional de Justiça, frente à atual situação de pandemia de *COVID-19*, deve ser observada a máxima excepcionalidade da prisão preventiva.[3]

Desta forma, as circunstâncias do caso são favoráveis à concessão de liberdade ao paciente, mediante a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

Posto isso, pelo meu voto, conheço do *habeas corpus* e concedo a ordem, para conferir a liberdade provisória em favor de SAMUEL SOUZA DA SILVA, mediante imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

Expeça-se alvará de soltura clausulado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2064409-19.2021.8.26.0000, da Comarca de Catanduva, em que é paciente ANTONIO CARLOS DE SOUZA e Impetrante FLÁVIO LOPES FONSECA, é impetrado MMJD DA SEGUNDA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CATANDUVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam, em parte, a ordem de *habeas corpus* impetrada, nos termos acima expostos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.844)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 27 de abril de 2021.

Acesso ao Sumário

2 STF. HC 144.716, Relator: Min. CELSO DE MELLO, d.j. 16/10/2017.

3 Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:
III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Fixação de regime aberto para cumprimento de sentença condenatória – Réu que deixou de comparecer em Juízo para realização de audiência admonitória – Expedição de mandado de prisão – Cenário de pandemia que torna a medida desproporcional – Réu que reside em Comarca distante, em outra unidade da federação – Possibilidade do Juiz de Direito adotar medidas diversas para garantir o cumprimento das condições em regime aberto – Inteligência da Recomendação 62/2020, do CNJ e Provimentos 2.545/2020, 2564/2020, do CSM e 2612/2020, do TJSP – Suspensão dos efeitos da decisão que determinou a expedição do mandado de prisão – Ordem concedida em parte.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Flávio Lopes Fonseca, Advogado, com pedido liminar, em favor de **Antonio Carlos de Souza**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Catanduva - SP.

Narra que o Paciente foi condenado pela prática do delito de extorsão (artigo 158, *caput*, do Código Penal), à pena privativa de liberdade de 04 anos de reclusão, em regime inicial aberto, nos autos do processo 0000742-27.2017.8.26.0132.

Com o trânsito em julgado, o Paciente foi intimado para comparecimento à audiência admonitória. Ocorre que, em razão de residir na cidade de Jacutinga/MG, distante da Comarca de Catanduva/SP e, segundo alega, ser portador de doenças que causariam baixa na imunidade, estaria impedido de cumprir o determinado, sob risco de contaminação pelo coronavírus.

Sustenta que o MM. Juízo de Catanduva não teria apreciado pedido para que a execução da pena fosse remetida para a Comarca de Jacutinga/MG, local de residência do Paciente e, ainda, teria determinado a expedição de mandado de prisão.

Pleiteia, em suma, que seja deferida sua prisão domiciliar, até que, ao final, seja o processo de execução remetido para a Comarca de Jacutinga/MG, permitindo seu comparecimento à audiência admonitória.

Foi concedida a medida liminar para suspender os efeitos da decisão que determinou a expedição do mandado de prisão (fls. 451/453).

Acesso ao Sumário

Colheram-se informações da ilustre autoridade apontada como coatora (fls. 457/459).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela parcial concessão da ordem (fls.463/467).

É o relatório.

Destaque-se, inicialmente, que descabe, por meio de *habeas corpus*, debater matéria atinente à execução da pena, de competência do MM. Juízo das Execuções Criminais, de cujas decisões cabe recurso de agravo em execução. Nesse sentido, as hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários. É ilustrativo o seguinte posicionamento deste egrégio Tribunal:

"*O presente writ não deve ser conhecido. Efetivamente o habeas corpus não é a via eleita para se discutir questões do processo de conhecimento que ainda estão sub judice em fase recursal. Ora, é cediço que a via sumária e urgente do presente remédio constitucional não pode ser transformada em instância revisora de decisão condenatória contra a qual caiba recurso próprio, com o escopo de se obter a almejada absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória, posto ser indispensável para tal finalidade o exame aprofundado e valorativo das circunstâncias do fato e condições subjetivas, o que não se coaduna com os estreitos limites cognitivos do remédio heroico*" (TJSP HC nº 2155955-34.2016, 15ª Câmara Criminal, rel. Des. Ricardo Sale Júnior, j. 15.12.2016).

No mesmo sentido é a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"I – A primeira turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g. HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Re. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/20147). II – Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração" (HC nº 320.818/SP, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j.21.05.15).

Acesso ao Sumário

Ocorre que, diante do cenário turbulento em razão da pandemia decorrente do coronavírus, entendo ser admissível o exame do mérito do presente *writ*.

Efetivamente, segundo se extrai dos autos, o Paciente, embora devidamente intimado, não compareceu à audiência admonitória, para iniciar o cumprimento da pena no regime aberto. Assim, o MM. Juiz de Direito determinou o cumprimento do mandado de prisão no regime aberto, para a realização da audiência de advertência.

Pois bem.

Diante do caos social causado pela pandemia do coronavírus, o Poder Judiciário, na linha do Executivo e do Legislativo, prontamente adotou medidas dentro de sua esfera de atuação, para combate à disseminação da doença, destacando-se a Recomendação CNJ 62/2020.

Esta Corte, aliás, editou os Provimentos do Conselho Superior da Magistratura nº 2545, de 16.03.2020 que estabeleceu normativas para continuidade segura da prestação jurisdicional e, mais recentemente, o Provimento nº 2612/2021, que prorrogou o Sistema Remoto de Trabalho, em todo o estado de São Paulo, em primeiro e segundo graus, para o dia 02 de maio de 2021.

Nesse contexto, ainda, foi determinada a suspensão da realização de audiências, nos termos do art. 1º, *caput*, do Provimento CSM nº 2545/2020.

Evidente, pois, que a expedição de mandado de prisão do Paciente, ainda que em regime aberto, sem que seja possível realizar a audiência admonitória, enseja inegável constrangimento ilegal.

Efetivamente, dada a inexistência de estabelecimentos penais em regime aberto, tal medida implica na colocação do Paciente em regime diverso daquele fixado na r. sentença, em manifesta violação à Súmula nº 56, do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Torno, assim, definitiva a liminar deferida para suspender os efeitos da decisão que determinou a expedição de mandado de prisão, devendo a Autoridade indicada como coatora adotar medidas cabíveis para que o Paciente seja advertido das condições impostas ao regime aberto, inclusive por videoconferência, nos termos do art. 1º, § 2º, do CSM nº 2545/2020.

Descabe, outrossim, nessa oportunidade, qualquer manifestação acerca do pleito para envio da execução para outra unidade da federação, questão que deve ser dirimida em sede adequada.

Diante do exposto, pelo meu voto, **concede-se, em parte, a ordem** de *habeas corpus* impetrada, nos termos acima expostos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2032133-32.2021.8.26.0000, da Comarca de Suzano, em que é paciente ANA CARLA CRUZEIRO E SILVA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MMJD DA 2ª VARA CRIMINAL DO FORO DE SUZANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: por votação unânime, concederam a presente ordem de *habeas corpus* para assegurar à paciente Ana Carla Cruzeiro e Silva o cômputo das horas excedentes às quatro diárias para efeito da remição da pena, devendo ser refeito o cálculo, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.192)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente) e PAULO ROSSI.

São Paulo, 10 de maio de 2021.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: *Habeas Corpus*. Execução Penal. Remição da pena pelo estudo. Cômputo das horas excedentes às quatro diárias. Equiparação à remição pelo trabalho admitida pelo STJ. Remição pelo estudo em paridade de condições com a remição pelo trabalho assegura a finalidade última da sanção penal. Ordem concedida para assegurar o cômputo das horas excedentes às quatro diárias para efeito da remição da pena, devendo ser refeito o cálculo.

VOTO

O ilustre defensor público Rafael de Souza Miranda, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(ª) MM(ª) Juiz(ª) da 2ª Vara Criminal da Comarca de Suzano, impetra o presente *habeas corpus*, em favor de *Ana Carla Cruzeiro e Silva*, visando seja assegurado o cômputo das horas excedentes às quatro diárias de estudo, para fins de remição da pena. Aduz que a paciente frequentou cursos profissionalizantes que totalizaram oitenta horas de estudo. A autoridade impetrada, ao reconhecer o direito à remição, desconsiderou as horas de estudo que excederam as quatro diárias. Afirma que a decisão, ora impugnada, dificulta o regresso da paciente à sociedade e a desmotiva a continuar estudando. Sustenta que o disposto no artigo 126, § 1º, da Lei de Execuções

Acesso ao Sumário

Penais não impede a realização de atividade de estudo em período superior a quatro horas diárias, estabelecendo, apenas, que a contagem será feita na razão de um dia de pena para cada doze horas de trabalho, divididas em três dias, computadas as horas excedentes para cálculo futuro (fls. 1/8). Acompanham os documentos de fls. 9/21.

Denegada a liminar, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 29/30), acompanhadas de senha de acesso ao processo digital (fls. 31).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (fls. 38/40).

Decorrido o prazo previsto no artigo 1º, da Resolução 549/2011, com redação dada pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Tribunal, não houve oposição ao julgamento virtual do *writ.*

É o relatório.

A paciente *Ana Carla Cruzeiro e Silva* cumpre pena privativa de liberdade, que totaliza sete anos de reclusão, em regime inicial fechado, com término previsto para o dia 7 de abril de 2022.

Extrai-se do atestado de frequência escolar que a paciente desenvolveu oitenta horas de atividade de estudo, no período de 21 de março a 28 de abril de 2019 (fls. 9). Teve remidos três dias da pena privativa de liberdade (fls. 13).

Segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO POR ESTUDO. LIMITE HORÁRIO DE ATIVIDADE ESCOLAR ULTRAPASSADO. TEMPO QUE EXCEDEU A CARGA DE 4 HORAS DIÁRIAS QUE DEVE SER COMPUTADO PARA REMIR A PENA. ISONOMIA COM A HIPÓTESE DE REMIÇÃO POR TRABALHO. DOUTRINA. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O art. 126 da Lei de Execuções Penais prevê duas hipóteses de remição da pena: por trabalho ou por estudo.

2. No caso de frequência escolar, prescreve o inciso I, do § 1.º, do art. 126, da LEP, que o Reeducando poderá remir 1 dia de pena a cada 12 horas de atividade, divididas, no mínimo, em 3 dias.

3. É certo que, para fins de remição da pena pelo trabalho, a jornada não pode ser superior a oito horas (STF, HC 136.701, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 31/07/2018; v.g.). Por isso, no caso de superação da jornada máxima de 8 horas, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "eventuais horas extras devem ser computadas quando excederem a oitava hora diária, hipótese em que se admite o cômputo do excedente para fins de remição de pena" (HC 462.464/SP, Rel. Ministro FELIX

Acesso ao Sumário

FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 28/09/2018).

4. O inciso II do art. 126 da Lei de Execuções Penais limita-se a referir que a remição ali regrada ocorre à razão de "1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho". Diferentemente, para o caso de estudo, a jornada máxima está prevista na LEP, ao descrever que a remição é de "1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias" (que resulta média máxima de 4 horas por dia). Todavia, a circunstância de a LEP limitar apenas as horas de estudos não pode impedir a equiparação com a situação da remição por trabalho. A mens legis que mais se aproxima da intenção ressocializadora da LEP é a de que tal detalhamento, no inciso II, seria na verdade despiciendo, porque o propósito da norma foi o de reger-se pela jornada máxima prevista pela legislação trabalhista. Não é possível interpretar o art. 126 como se o Legislador tivesse diferenciado as hipóteses de remição para impedir que apenas as horas excedentes de estudo não pudessem ser remidas o que, a propósito, não está proibido expressamente para nenhuma das duas circunstâncias.

5. "Nenhum esforço da pessoa presa para reduzir seu grau de vulnerabilidade – em especial em um ambiente dessocializador por natureza – pode ser desprezado. Em última análise, o princípio da humanidade demanda que todas as oportunidades redutoras de danos sejam aproveitadas, evitando- se desperdícios de esforço humano e tempo existencial. [...]. Não é razoável, nem proporcional, admitir-se a interpretação ampliativa da lei para efeito de remição por trabalho e vedá-la para fins de remição por estudo" (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria Crítica. 4.ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 419-420).

6. Na espécie, como entre 15/06/2016 e 29/03/2017 o Paciente frequentou curso de ensino regular ou profissionalizante por 4 horas e 10 minutos diários (ou seja, 12 horas e 30 minutos a cada 3 dias), o tempo excedido ao limite legal de 12 horas a cada 3 dias também deve ser considerado para diminuir a pena, para guardar isonomia com a hipótese de remição por trabalho.

7. Ordem de habeas corpus concedida para que a atividade escolar que excedeu a carga de 4 horas diárias seja computada para fins de remição, contada conforme a primeira parte do inciso I, do § 1.º, do art. 126, da Lei de Execução Penal." (*Habeas Corpus* 461.047-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 4/8/2020).

É notória a dificuldade de o egresso se reinserir no mercado de trabalho,

Acesso ao Sumário

situação que, por certo, pode ser amenizada pela capacitação pelo estudo.

Em País, que tem índice de desemprego alto, mais que tudo a qualificação pelo estudo, além do trabalho, mostra-se necessária.

O artigo 1º, da Lei de Execução Penal estabelece a razão de ser da pena ao dispor: *efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.* Em outras palavras, indica que a punição do condenado se justifica se e quando forem observadas as finalidades da própria execução penal.

Por sua vez, a Recomendação 44, de 26 de novembro de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe:

> *"**RESOLVE**:*
>
> *Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:*
>
> *I - para fins de remição pelo estudo (Lei nº 12.433/2011), sejam valoradas e consideradas as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação nas prisões, tais como as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outras, conquanto integradas ao projeto político- pedagógico (PPP) da unidade ou do sistema prisional local e sejam oferecidas por instituição devidamente autorizada ou conveniada com o poder público para esse fim".*

Negar ao condenado a remição da pena privativa de liberdade, por estudo, das horas excedentes às quatro diárias, equivale a negar vigência ao artigo 1º, da Lei de Execução Penal, integrada por norma que deve nortear e perpassar toda e qualquer interpretação das demais normas da referida lei.

Ao se dar ao estudo do preso o caráter de atividade de trabalho, está se exatamente dando cumprimento à opção do legislador brasileiro.

Não pode ser esquecido que o trabalho intelectual, ainda que, nas primeiras letras, propicia amadurecimento pessoal, disciplina de raciocínio, sem contar a possibilidade de integração social.

Acesso ao Sumário

Longe o tempo em que a atividade desenvolvida pela mulher encarcerada – costura, crochê, bordado, tricô – não era considerada trabalho. Também a manufatura de objetos, com palitos de sorvete, porquanto desprovida de valor econômico, não era atividade admitida para gerar a remição da pena. Basta pesquisar para verificar que a remição da pena, em tais situações, de pronto via-se afastada.

Dar concretude à execução da pena privativa de liberdade, ao assegurar a remição pelo estudo, em paridade de condições com a remição pelo trabalho, significa interpretar o artigo 126, *caput*, da Lei de Execução Penal, em consonância com a finalidade última da sanção penal.

Assim sendo, devem ser consideradas as horas excedentes para efeito da remição da pena.

Diante do exposto, por votação unânime, concederam a presente ordem de *habeas corpus* para assegurar à paciente *Ana Carla Cruzeiro e Silva* o cômputo das horas excedentes às quatro diárias para efeito da remição da pena, devendo ser refeito o cálculo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2077033-03.2021.8.26.0000, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é impetrante CÍCERO MARCOS LIMA LANA e Paciente CARLOS DONIZETTI DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª 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 36.409)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 13 de maio de 2021.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Fraude a credores (Art. 168 da Lei nº 11.101/2005 - Lei de Falências e Recuperação Judicial) – Pleito de trancamento do inquérito policial e suspensão do processo cível, por inércia do juízo – Impossibilidade – Prosseguimento do inquérito policial que se mostra imperativo à excelência da prestação jurisdicional – Conduta, em tese, típica e que pode vir a caracterizar crime de emissão de duplicata simulada (art. 172, do Código Penal), o que não autoriza a interrupção das investigações prematuramente, sendo necessária sua continuidade – Inocorrência de inércia do juízo – Magistrado que não ignorou as manifestações defensivas, mas entendeu necessária, primeiramente, a manifestação do Administrador Judicial e do Ministério Público – Inexistência de constrangimento ilegal – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelo advogado **Cícero Marcos Lima Lana**, em favor de **Carlos Donizzeti de Oliveira**, acusado da suposta prática do crime disposto no art. 168 da Lei nº 11.101/2005 apontando como autoridade coatora o **MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Mogi-Guaçu.**

De início, esclarece que o paciente é representante legal da empresa "Rco & Siti Máquinas e Equipamentos Ltda.", estando sob investigação pela suposta prática do crime acima referido, qual seja, de fraude praticada em recuperação judicial.

Explica que o procedimento que apura o hipotético delito deriva de requerimento ocorrido no bojo do processo de Recuperação Judicial nº 1003917-64.2018.8.26.0362, distribuído pela empresa supracitada, quando, após um dos credores, naqueles autos, ter noticiado suposto crime falimentar de fraude contra credores, o Ministério Público, provocado pelo administrador judicial, solicitou a abertura do Inquérito Policial nº 2351912-44.2019.07090, o qual deu origem ao processo nº 1502238-98.2020.8.26.0362.

Destaca que, a despeito disso, não foi satisfeita a condição objetiva de punibilidade do crime em questão, haja vista que não proferida sentença que concede recuperação judicial, como exige o art. 180 da Lei de Falências, circunstância indispensável para integração jurídica do delito.

Nessa medida, argumenta que o presente procedimento investigatório jamais poderia ser apurado, o que foi levado para análise perante o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Mogi-Guaçu, que, após manifestação do Ministério Público neste sentido, remeteu os autos para o Juízo Universal da Falência (3ª Vara Cível de Mogi-Guaçu), ora impetrada.

Verificada a modificação de competência, relata o impetrante que reiterou o pedido de trancamento do Inquérito Policial para a autoridade apontada como coatora, em 09.11.2020, o qual foi ignorado, contudo.

À vista da desídia, relata que insistiu no rogo, em 09.12.2020, sendo certo que a impetrada se manifestou em 24.02.2021, quando, todavia, apenas solicitou fossem colhidas manifestações do Administrador Judicial e do Ministério Público, deixando de realizar qualquer apontamento sobre o requerimento em tela.

Frisa que a inércia retratada configura constrangimento ilegal, mormente porque o paciente aguarda por provimento judicial desde outubro de 2020, figurando como investigado em procedimento irregular, que sequer deveria existir.

Salienta, ademais, que, além da inação retratada, cuida-se de matéria de ordem pública, de modo que possível a manifestação deste Tribunal, ainda que

Acesso ao Sumário

ausente manifestação do juízo *a quo.*

Diante disso, requer, liminarmente, a suspensão do andamento do processo nº 15002238- 98.2020.8.26.0362 (Inquérito Policial nº 2351912-44.2019.070901).

No mérito, pede o trancamento da ação penal, ou, subsidiariamente, seja determinado à impetrada que decida sobre o pedido ora relatado no prazo de 48 horas (fls. 01/08).

Indeferida a liminar (fls. 66/70), foram prestadas as informações de estilo (fls. 73/74), tendo o Ilustre Procurador de Justiça Sérgio Peixoto Camargo opinado pela denegação da ordem (fls.77/80).

É o relatório.

É de conhecimento que o trancamento de inquérito policial ou da ação penal, por meio de *habeas corpus*, é medida excepcional a ser aplicada em casos nos quais haja "*a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas*" (HC 91.603, Rel. Min. Ellen Gracie, DJE-182 de 25.09.2008), o que não se vislumbra no caso em apreço.

No presente caso, como se viu o paciente está sendo investigado pela suposta prática do crime disposto no art. 168 da Lei nº 11.101/2005, e aponta que não foi satisfeita a condição objetiva de punibilidade do crime em questão, uma vez que não foi proferida sentença que concede recuperação judicial, como exige o art. 180 da Lei de Falências, circunstância indispensável para integração jurídica do delito.

No ponto, insta explanar que em sede de análise do pedido de liminar, tal questão já foi apreciada e esclarecido que o paciente confundiu condição objetiva de punibilidade com condição de procedibilidade, ou, ainda, de prosseguibilidade, frisando-se que a ausência de sentença de concessão da Recuperação Judicial no caso, apenas impedia que o paciente fosse punido por possível crime, mas não obsta que o procedimento investigatório seja instaurado ou originado processo para apuração de hipotética prática delitiva.

Prosseguindo, ao exame dos autos da Recuperação Judicial verifica-se que houve determinação do juízo para o processamento da recuperação judicial, nos termos do art. 52 da Lei nº 11.101/05, não havendo sentença concessiva da recuperação judicial, nos termos do art. 58, da Lei nº 11.101/05.

E, embora não tenha se aperfeiçoado a condição objetiva de punibilidade, circunstância que desautoriza a propositura da ação penal por crime previsto na Lei nº 11.101/05, não impede, porém, a continuidade da investigação criminal, que visa a apurar fatos eventualmente ilícitos praticados, cabendo sua correta capitulação jurídica ao representante do *Parquet.*

Ademais, o fato investigado é, em tese, típico e pode vir a caracterizar

Acesso ao Sumário

crime de emissão de duplicata simulada (art. 172, do Código Penal), o que não autoriza a interrupção das investigações prematuramente, sendo necessária a continuidade até finalizadas as diligências com o oferecimento do relatório final pela autoridade policial, para que, após, encaminhadas ao juízo competente, abra-se vista ao representante do Ministério Público oficiante na Vara e formada a *opinio delicti*, verificará, se presente ou não, condição objetiva de punibilidade para eventual ajuizamento de ação penal.

De outro lado, esclareceu a autoridade apontada como coatora que não foram ignoradas as manifestações defensivas, mas entendeu necessária primeiramente a manifestação do Administrador Judicial como do Ministério Público, e tão logo retornem os autos com as manifestações, será proferida decisão, inclusive quanto aos pedidos levados a efeito pelo ora impetrante requeridos nos autos do inquérito em questão, não visualizando a urgência alardeada pelo investigado, nem a eventual ocorrência de dano irreparável.

Afirma-se, portanto, a tipicidade, ao menos em tese, da conduta, o que rechaça o pleito de trancamento do inquérito policial e, incabível a suspensão do processo pois não constatada a apontada inércia, destacando-se, por oportuno, a lisura dos atos decisórios proferidos pelo douto magistrado de primeira instância, Doutor Fernando Colhado Mendes que conduz o processo com maestria.

Assim sendo, não há se cogitar de suspensão do andamento do processo nº 15002238- 98.2020.8.26.0362, nem de trancamento do Inquérito Policial nº 2351912-44.2019.070901.

Enfim, sob qualquer prisma que se analise as questões trazidas na presente impetração, a conclusão é no sentido da inexistência de constrangimento ilegal que justifique a concessão do presente remédio heroico.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego a ordem de *Habeas Corpus*.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2072380-55.2021.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente JAIRO RUIZ PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.116)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COE-

LHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 22 de maio de 2021.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Injúria racial e resistência. Pedido de revogação da prisão preventiva. Inadmissibilidade. Decisão que decretou a custódia suficientemente fundamentada. Necessidade da prisão para garantia da ordem pública. Medidas cautelares diversas da prisão que se mostram insuficientes no caso. Paciente que possui ficha criminal, circunstância que dá a exata medida de sua periculosidade. Não cabimento das medidas elencadas na Recomendação 62, do C. CNJ, por se trata de crime praticado com violência ou grave ameaça. Ausência, ademais, de efetiva demonstração de vulnerabilidade da saúde do paciente. Constrangimento ilegal não verificado. Ordem denegada.

VOTO

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, representada pela Dra. Ligia Cintra de Lima Trindade, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **JAIRO RUIZ PEREIRA**, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo do Plantão Judiciário da Comarca de Itapecerica da Serra, que converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente (fls. 58/64).

Sustenta, em resumo, que a decisão *a quo* carece de fundamentação idônea, porquanto não demonstrou de modo concreto a presença dos requisitos legais autorizadores da prisão cautelar. Argumenta que o paciente é primário e ostenta outros predicados pessoais favoráveis, sendo, portanto, desnecessária e desproporcional a manutenção da custódia. Afirma, ainda, que as medidas cautelares alternativas ao cárcere se afiguram suficientes e adequadas no caso dos autos, também como forma de prevenção à Covid-19.

Pleiteia, assim, possa o paciente aguardar em liberdade o trâmite processual, com a expedição de alvará de soltura.

Subsidiariamente, pugna pela fixação de medidas cautelares alternativas ao cárcere.

O *writ* veio instruído com os documentos de fls. 06/64.

Indeferida a liminar (fls. 67), a douta Procuradoria Geral de Justiça mani-

Acesso ao Sumário

festou-se pela denegação da ordem (fls. 73/85).

É o relatório, em síntese.

Não vislumbro o insinuado constrangimento ilegal.

Ora, ao que consta, o paciente foi preso em flagrante e denunciado como incurso no art. 140, § 3º, e art. 329, ambos do Código Penal (fls. 87/88 da ação penal), porque, em tese, dia 02 de abril de 2021, por volta das 16h14min, na Rua Aldacina Francisca da Silva, 291, na comarca de Itapecerica da Serra, agindo consciente e voluntariamente, utilizando-se de elementos referentes à raça, injuriou a vítima *Gabriel Marques de Souza*, opondo-se, ainda, à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo.

Conforme narra a denúncia, guardas municipais em patrulhamento de rotina avistaram dois rapazes consumindo entorpecentes, motivo pelo qual decidiram abordá-los.

Em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado em poder do paciente. Contudo, o denunciado passou a injuriar o guarda municipal *Gabriel Marques de Souza*, chamando-o de "*preto bichinha*". Em seguida, o denunciado opôs-se à execução de sua prisão mediante violência contra os funcionários públicos, os guardas municipais *Gabriel* e *Maurício*, sendo necessário imobilizá-lo.

Nesse cenário e atento ao teor da Lei n. 13.869/2019, em especial ao disposto no art. 9º e respectivos incisos de seu parágrafo único, ressalto, desde logo, que a privação da liberdade não se encontra, no caso em comento, em evidente desconformidade com as hipóteses legais, não se tratando, portanto, de situação na qual a concessão da ordem seria "manifestamente cabível". Ressalvado, é claro, nos termos do art. 1º, § 2º, do mesmo diploma legal, eventual entendimento divergente que possa ser efetuado por Tribunal Superior na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas.

Ora, embora o exame aprofundado de provas não possa ser feito nos limites estritos do *habeas corpus*, é possível vislumbrar no caso em tela a existência de prova da materialidade e de indícios razoavelmente sérios de envolvimento do paciente nos delitos que lhe são imputados, encontrando-se presentes os requisitos para a prisão cautelar (art. 312 do CPP).

Acesso ao Sumário

De fato, está devidamente fundamentada a decisão que decretou a prisão preventiva (fls. 58/64) para a garantia da ordem pública, pois, além de o acusado ostentar maus antecedentes,

"o desrespeito com os guardas municipais, integrantes, em última análise, do aparato da segurança pública, demonstra total desrespeito do requerido com o Estado e às instituições democráticas". Ademais, a custódia cautelar também "imprime celeridade ao processo, permitindo rápida formação da culpa, preservando a boa instrução processual e futura aplicação da Lei Penal".

A esse respeito, aliás, merece atenção o dilema vivenciado pelo Juiz de

primeiro grau por ocasião da decretação da prisão preventiva: se, por um lado, não pode simplesmente repetir os requisitos previstos no art. 312 da lei processual penal, não pode, também, por outro, avançar demasiadamente na análise de tais pressupostos, para não correr o risco de prejulgar a causa.

Seja como for, presentes se encontram os requisitos para a prisão cautelar (art. 312 do CPP), pois, além de se tratar de crime que envolveu violência real e ofensa racial, a garantia da ordem pública recomenda a permanência do paciente no cárcere, uma vez que possui longa "ficha criminal" (F.A. fls. 26/35 da ação penal), ostentando personalidade perigosa e recalcitrante na prática de crimes violentos, condutas estas que provocam intranquilidade no meio social. Observo, nesse sentido, que pesam contra o paciente maus antecedentes pela prática de dois roubos majorados (fls. 36/38 da ação penal), circunstâncias que revelam seu desajuste na vida em liberdade e dão a exata medida do grau de periculosidade de que é possuidor.

Dessa forma, é evidente que a custódia cautelar não se reveste das características próprias do constrangimento ilegal, posto que se trata de pessoa com forte inclinação ao crime, não reunindo condições pessoais que façam presumir que, em liberdade, não voltará a delinquir, pois, conforme se depreende de seus antecedentes, é recalcitrante na prática de crimes que envolvem violência.

Sendo assim, a prisão, como já acentuado, é absolutamente necessária para resguardar a ordem pública, acautelar o meio social e prevenir a reprodução de fatos criminosos, encontrando-se presente o *periculum libertatis*.

Ora, se o paciente coloca em risco a segurança pública, não há espaço para a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, que, como se sabe, são muito menos abrangentes e eficazes. De fato, são insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, dada a propensão do paciente às atividades criminosas, condição incompatível com a confiança necessária à efetividade de qualquer medida cautelar alternativa.

Anoto, ainda, que a reiteração de práticas ilícitas justifica a decretação da prisão preventiva. Nesse sentido a lição do sempre lembrado Basileu Garcia: "*Para garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida*" (Comentários ao Código de Processo Penal, Forense, vol. 3º, págs. 169/170).

Ademais, vale destacar, que é iterativa a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *"[...] a existência de inquéritos, ações penais em curso, anotações pela prática de atos infracionais ou* ***condenações definitivas denotam o risco de reiteração delitiva e, assim, constituem fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar. Precedentes do STJ."***

Acesso ao Sumário

(RHC 106.326/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 24/04/2019, grifei).

E ainda:

"CRIMINAL – HC – HOMICÍDIO – PRISÃO EM FLAGRANTE – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO – PRISÃO PREVENTIVA – REITERAÇÃO DE PRÁTICAS ILÍCITAS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – MOTIVAÇÃO IDÔNEA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – EXCESSO DE PRAZO – DEMORA JUSTIFICADA – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – TRÂMITE REGULAR – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA – I. Não se vislumbra ilegalidade na custódia cautelar do réu, tendo em vista que procedida em conformidade com as exigências legais, atendendo aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante. II. A reiteração de condutas ilícitas, o que denota ser a personalidade do réu voltada para a prática delitiva, obsta a revogação da medida constritiva. Precedentes. III. Hipótese em que o feito tramita regularmente. IV. Por aplicação do princípio da razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo juízo ou pelo ministério público. V. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada. VI. Ordem denegada". (STJ – HC 200600651295 – (59646 RS) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 16.10.2006 – p. 407).

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA 52/STJ. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ENCERRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 2. No caso dos autos, a prisão preventiva foi devidamente fundamentada na necessidade de se resguardar a ordem pública, em face da periculosidade do recorrente, pois inserido na senda criminosa, evidência que se denota pela reincidência, além de estar em curso execução de pena, de modo que a medida se destina a evitar a reiteração delitiva. 3. "Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade" (RHC 107.238/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 12/03/2019). 4. "Encerrada a instrução criminal, fica superada

Acesso ao Sumário

a alegação de constrangimento por excesso de prazo" (Súmula 52/STJ). 5. Recurso não provido." (STJ, HC RHC 111090/BA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 25/06/2019).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. Prisão preventiva. Preservação da ordem pública e garantia da aplicação da lei penal. Necessidade da medida extrema de cerceio da liberdade, a fim de evitar reiteração criminosa e face à possibilidade de fuga do paciente. Fundamentação idônea demonstrando, concretamente, a necessidade da custódia cautelar. Habeas corpus indeferido." (STF, HC 93913, Relator Ministro Eros Grau, j. 08/04/2008).

Observo, outrossim, que estando os autos ainda em fase de instrução, não é possível estimar os limites mínimos e máximos da futura reprimenda a ser imposta, para saber se o acusado terá direito a benefícios e regime prisional diverso do fechado, pois, para tanto, é necessária uma análise minuciosa do conjunto probatório, com a verificação de requisitos e critérios objetivos e subjetivos previstos na legislação penal, impossível de ser feita nos limites estreitos do "*habeas corpus*".

Cumpre enfatizar, ainda, que o princípio do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII) apenas proíbe que aos acusados sejam aplicados os efeitos penais decorrentes da sentença condenatória transitada em julgado, mas não proíbe qualquer tipo de prisão provisória, desde que emanada de órgão competente e devidamente fundamentada, como no presente caso.

Em suma, embora a prisão provisória seja uma medida extrema, o certo é que em casos excepcionais, como o dos autos, em que o paciente é delinquente contumaz, a garantia da ordem pública prevalece sobre a liberdade individual, descaracterizando o alegado constrangimento ilegal.

Por fim, verifico ser impossível a concessão de quaisquer das benesses elencadas na Recomendação nº 62/2020 do C. CNJ, pois suas proposições não têm aplicação na hipótese, por se tratar de prisão preventiva decretada pela prática de crime que envolve emprego de violência e grave ameaça (art. 4º, I, "c").

Mas, ainda que assim não fosse, considerando tudo o quanto já exposto e não obstante o apelo humanitário da mencionada Recomendação, não restou minimamente comprovado que o paciente, pessoa jovem, de 36 anos (fls. 08), faça parte do grupo de risco de contaminação pela COVID-19, assim como não há prova quanto à impossibilidade de eventual tratamento médico adequado no estabelecimento prisional em que se encontra, caso seja necessário. Igualmente, ausente demonstração de que na unidade prisional o risco de contaminação seja maior em relação à permanência do paciente em liberdade.

À luz do exposto, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2095271-70.2021.8.26.0000, da Comarca de Itapevi, em que é impetrante GERALDO CARDOSO DA SILVA e Paciente PABLO SOARES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: conheceram parcialmente da presente impetração e, nesta parte, concederam a ordem para que o período de tempo em que o paciente ficou impedido de cumprir suas obrigações pelo fechamento do Fórum local, seja considerando como pena cumprida, V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.487)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 11 de junho de 2021.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: *HABEAS CORPUS* – EXTINÇÃO DA PENA PELO CUMPRIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO.

TEMPO EM QUE O PACIENTE ESTEVE IMPEDIDO DE CUMPRIR SUAS OBRIGAÇÕES PELO FECHAMENTO DO FÓRUM LOCAL – PERÍODO QUE DEVE SER CONSIDERADO COMO PENA EFETIVAMENTE CUMPRIDA.

ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, CONCEDIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

O advogado Geraldo Cardoso da Silva impetra o presente *habeas corpus*, *com pedido de liminar*, alegando que PABLO SOARES DA SILVA sofre constrangimento ilegal por parte do Meritíssimo Juiz da Vara das Execuções Criminais da Comarca de ITAPEVI, nos autos da Execução Penal nº 0009991-78.20188.26.0451.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente cumpriu a totalidade de sua pena, contudo, permanece em cumprimento de pena em regime semiaberto.

Sustenta, ainda, que o paciente foi originariamente condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, porém, por descumprimento das condições impostas foi regredido ao regime semiaberto.

Finalmente, aduz que o paciente deixou de cumprir as condições impostas pelo fechamento do Fórum de Itapevi, em razão da pandemia.

Postula a concessão da ordem, para que seja declarada a extinção de sua punibilidade e expedido alvará de soltura em favor do paciente.

A liminar foi indeferida.

Prestadas as informações pelo Juízo apontado como autoridade coatora, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora: *"(...) Trata-se de Execução Criminal, em que é Executado o senhor Pablo Soares da Silva, tendo sido condenado por sentença proferida nos autos do proc. 0001157-64.23017 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP, a pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, a cumprir em regime aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, por infração ao artigo 33, § 4º, do SISNAD substituída a pena por duas penas restritivas de direito, ou seja, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, consistente em 01 salário mínimo (fls. 01/02).*

Por decisão proferida aos 21/09/2018 foram convertidas as penas restritivas de direito em privativa de liberdade, diante do não cumprimento das condições impostas, fixando-se o regime aberto (fls. 65).

O mandado de prisão foi cumprido (fls. 89/90), sendo realizada audiência de advertência (fls. 91).

Ocorre que o sentenciado deixou de comparecer ao fórum, conforme certidão de fls. 105.

Por decisão proferida aos 16/12/2019 foi determinada a intimação do sentenciado para justificar seu não comparecimento em juízo no prazo de 10 dias, sob pena de expedição de mandado de prisão no regime semiaberto (fls. 110).

Ocorre que o sentenciado não foi localizado para intimação, pois se mudou sem comunicar o Juízo. Assim, por decisão proferida em 17/01/2020 foi sustado o regime aberto do sentenciado e determinada a regressão de regime para o semiaberto (Mandado de Prisão expedido as fls. 136/137).

Em 25/06/2020 foi concedida ao sentenciado a progressão para o regime aberto (fls. 164/165).

Por decisão proferida aos 16/07/2020 determinou-se o comparecimento do sentenciado em juízo, no prazo de 05 dias, assim que retomado o atendimento presencial (fls. 180).

Em 31 de agosto de 2020 o Oficial de Justiça tentou intimar o acusado, mas ele novamente não foi localizado no endereço indicado (fls. 182).

Diante disso, por decisão proferida aos 11/12/2020, foi sustado o regime

Acesso ao Sumário

aberto, determinando-se a expedição de mandado de prisão no regime semiaberto (fls. 187).

Após o cumprimento do mandado de prisão, a defesa formulou pedido de expedição de alvará de soltura com declaração de extinção da punibilidade (fls. 196).

Por decisão proferida aos 22/04/2021 o pedido foi indeferido, uma vez que este Juízo entendeu impossível a contabilização do período em que o acusado deixou de cumprir as condições do regime aberto. Na mesma decisão foi homologado o novo cálculo de pena e determinada a oitiva do sentenciado para justificar o descumprimento (fls. 215/217).”

Pois bem.

Conforme se observa do documento de fls. 13 ao paciente foram impostos os deveres de comparecimento em juízo periodicamente e de manter seu endereço atualizado.

Alega o impetrante que tais obrigações não puderam ser cumpridas pelo fechamento do Fórum de Itapevi em razão da pandemia causada pelo “coronavírus”, portanto, o tempo em que o paciente não pôde cumprir suas obrigações por tal circunstância deve ser considerado como pena efetivamente cumprida e, por consequência, seja declarada a extinção de sua punibilidade.

Sobre o tema tratado nestes autos, colaciona-se a seguinte decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“*(...) 1. Vê-se que a suspensão do dever de apresentação mensal em Juízo foi determinada pelo Magistrado em cumprimento à recomendação do Conselho Nacional de Justiça e à determinação do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, decorrentes da situação de pandemia, circunstância alheia à vontade do ora Paciente, de modo que não se mostra razoável o prolongamento da pena sem que tenha sido evidenciada a participação do apenado em tal retardamento (...).*” - (HC nº 657.382/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 27/04/2021).

Portanto, de acordo com a decisão transcrita, de rigor que se reconheça o tempo em que o paciente deixou de comparecer em juízo, pelo fechamento do Fórum de Itapevi, como pena cumprida.

Finalmente, não há como se examinar a pretensão buscando a extinção da punibilidade do paciente pela falta de documentos e informações que possibilitem a sua análise.

Ante o exposto, conhece-se parcialmente da presente impetração e, nesta parte, concede-se a ordem para que o período de tempo em que o paciente ficou impedido de cumprir suas obrigações pelo fechamento do Fórum local, seja considerando como pena cumprida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2120348-81.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante PEDRO CORDEIRO DE ALMEIDA NETO e Paciente CREUZA NERES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam a ordem para, de ofício, declarar nula a decisão do recebimento da denúncia, determinando-se que nova decisão seja proferida sem o excesso da anterior. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.831)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 21 de junho de 2021.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Homicídio doloso – Recebimento da denúncia – Decisão viciada – magistrado afirma estar provada a materialidade e haver indícios suficientes da autoria – estes são requisitos para a pronúncia conforme artigo 413 do CPP – excesso de linguagem no despacho que é vedado ao magistrado – Ordem concedida de ofício para declarar a nulidade da decisão que recebeu a denúncia, devendo outra ser proferida.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Pedro Cordeiro de Almeida Neto, advogado, em favor de **Creuza Neres dos Santos**, alegando estar sofrendo ilegal constrangimento por parte do Juízo em referência.

Em breve síntese, o impetrante sustenta que a Paciente não fugiu para o Estado da Bahia, informando o atual endereço onde ela se encontra, alegando que a mesma ficou surpresa ao descobrir a ação penal instaurada em seu desfavor, pois não estava presente na ação delitiva. Argumenta que o reconhecimento por fotografia é inválido. Sustenta, ainda, que a decisão é carente de fundamentação idônea.

Pede a concessão da liminar para que seja revogada a prisão preventiva da

Acesso ao Sumário

Paciente, substituindo-a por outra medida cautelar diversa do cárcere, se o caso.

A liminar foi parcialmente deferida (fls. 67/68), as informações foram prestadas (fls. 72/73) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 77/86).

É o relatório.

Consta dos autos que no dia 19 de setembro de 2020, a Paciente, juntamente com Cristiano dos Santos Oliveira, agindo em concurso de agentes e identidade de propósitos, por motivo fútil e emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido, tentaram matar Evaldo da Silva Souza com disparos de arma de fogo, não se consumando o crime apenas em razão de os projéteis não terem atingido nenhum órgão vital de Evaldo e também por ele ter sido socorrido rapidamente.

A denúncia foi oferecida pelo órgão ministerial (fls. 54/56) e recebida pelo Juízo (fls. 57/59) pelos seguintes fundamentos:

> "Havendo prova da materialidade e suficientes indícios de autoria do delito imputado aos investigados, e ausentes as causas de rejeição previstas no artigo 392 do Código de Processo Penal, RECEBO A DENÚNCIA para dar início à persecução criminal contra CRISTIANO DOS SANTOS OLIVEIRA e CREUZA NERES DOS SANTOS como incursos no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, na forma do artigo 29 c.c. artigo 14, inciso II, todos do Código Penal".

Para os crimes contra a vida, que são julgados pelo Tribunal do Júri, o processo tem duas fases. Somente vai para a segunda, ou seja, para julgamento em Plenário de Júri quando houve pronúncia.

Dispõe o artigo 413 do Código de Processo Penal que o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido **da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.**

Portanto para que o réu seja pronunciado é necessário estar demonstrada a materialidade do fato e que existam indícios suficientes da autoria ou de participação.

Assim, nos processos dos crimes contra a vida o juiz somente pode falar em prova da materialidade e existência de indícios da autoria na decisão de pronúncia.

Se o fizer antes, como no caso do processo movido contra a ora Paciente no qual foi recebida a denúncia e decretada a prisão preventiva estará, antes mesmo de o réu ser citado e de realizada a instrução da primeira fase do processo, manifestando seu convencimento, vale dizer, pré-julgando.

Como acima consignado, para receber a denúncia o despacho iniciou dizendo: **Havendo prova da materialidade e suficientes indícios de autoria do**

Acesso ao Sumário

delito imputado aos investigados...

Ora, se no recebimento da denúncia o Juízo já afirma a existência dos requisitos para a pronúncia, ele está desprezando a instrução da primeira fase e principalmente a defesa do acusado, já remetendo o réu a júri, o que, obviamente não pode ser admitido.

Dessa forma, existe vício insanável na decisão que recebeu a denúncia, pois, ela já está adiantando a decisão de pronúncia.

Portanto, forçoso reconhecer a nulidade da decisão que recebeu a denúncia, devendo outra decisão ser proferida pelo juízo de origem.

Ante o exposto, **concede-se a ordem** para, de ofício, declarar nula a decisão do recebimento da denúncia, determinando-se que nova decisão seja proferida sem o excesso da anterior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2094418-95.2020.8.26.0000, da Comarca de Palmeira D Oeste, em que é impetrante SANTIAGO PASQUETTE PERES e Paciente JOSÉ WILLIAN DA SILVA DO NASCIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.846)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 22 de junho de 2021.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: EXECUÇÃO PENAL. "*HABEAS CORPUS*". REMIÇÃO DA PENA.

Impetração que busca a reforma da decisão proferida no curso da execução. *Descabimento*.

Excepcional conhecimento da ação, a despeito de claro manejo inadequado do remédio heroico, por determinação do C. STJ. Decisão impugnada de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, que recomenda que seja deferida remição de

penas, caso o reeducando tenha realizado o estudo por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino médio (ENEM). Remição concedida na fração correta, não se vislumbrando qualquer ilegalidade a ser corrigida via remédio heroico.

Ordem denegada.

VOTO

VISTO.

Trata-se de ação de "***HABEAS CORPUS***" (fls. 01/05), com pedido liminar, proposta pelo Advogado Santiago Pasquette Peres, em benefício de **JOSÉ WILLIAN DA SILVA DO NASCIMENTO.**

Consta que o **paciente** se encontra em cumprimento de pena e teve de remição de 66 (sessenta e seis) dias, pela aprovação no Enem, por decisão proferida pelo Juiz de Direito do Departamento de Execução Criminal (Deecrim 4ª RAJ), apontado aqui, como "autoridade coatora".

O impetrante, então, menciona caracterizado constrangimento ilegal pelo desacerto na decisão proferida no curso da execução, argumentando que o **paciente** tem direito a 133 (cento e trinta e três) dias, ao contrário do que foi considerado pela autoridade coatora na r. decisão ora impugnada. Pretende em favor do **paciente**, a concessão da ordem para decretação de 133 (cento e trinta e três) dias de remição da pena. No mérito, aguarda confirmação da liminar eventualmente deferida.

A ordem foi indeferida *liminarmente*, pela inadequação da via eleita, por não ser o "habeas corpus" substitutivo de recurso próprio (fls. 264/270).

Acórdão, no entanto, que foi **desconsiderado** pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual CONCEDEU ORDEM, "*DE OFÍCIO, para determinar que o Tribunal de origem examine o mérito da impetração (HC 2094418-95.2018.8.26.0000), a fim de verificar a existência ou não de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem*" (fls. 276/280).

Liminar Indeferida, restando cumprir o efetivamente determinado pelo C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 282/284).

Informações prestadas pela autoridade coatora (fls. 287/288).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela **denegação** da ordem (fls. 291/295).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Acesso ao Sumário

A decisão impugnada foi assim motivada: "*Vistos. Trata-se de pedido de remição de tempo de pena formulado pelo(a) sentenciado(a), com manifestação favorável do Ministério Público. É o relatório. DECIDO. Anoto que o E. STJ no HC nº 382780 admitiu interpretação extensiva do artigo 126 da LEP, como forma de estimular a reintegração social. No caso em comento (HC 382780) a apenada havia concluído o ensino médio regular antes de dar início à execução da pena, não obstante, se dedicou e conseguiu a aprovação no ENEM. Nesse sentido: "**HABEAS CORPUS. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CNJ. APROVAÇÃO NO ENEM. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FRATERNIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Esta Corte possui orientação no sentido de que "a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal" (REsp n. 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006). 3. No caso, a aprovação da paciente no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme o art. 126 da LEP e Recomendação nº 44/2013 do CNJ. 4. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de Documento: 71108181 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 07/04/2017 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). 5. Com efeito, a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça, decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade. 6. Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas "Regras de Mandela", aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegra-*

Acesso ao Sumário

ção das pessoas privadas de liberdade, assegurando- lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis. 7. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, para reconhecer o direito da paciente à remição da pena pela aprovação no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio)*." Diante da jurisprudência em comento, destaco que embora o(a) executado(a) tenha realizado o ensino médio fora da unidade, houve dedicação para atingir a aprovação no ENEM, e o comprometimento ao estudo deve ser incentivado, propiciando a reinserção social. Sendo assim, nos termos da recomendação 44/2013 do CNJ, visando a remição pelo estudo, deverá ser considerado 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino. Tendo em vista que o artigo 4º, da Resolução nº 03 do Conselho Nacional de Educação, de 15 de junho de 2010, fixou 1600 horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio, anoto que deverá ser adotada a remição de 800 horas no fundamental, bem como 600 horas para o médio. Nesse sentido: "Habeas Corpus nº 552.797- SC (2019/0378352-0), da relatoria do Ministro Nefi Cordeiro." Sendo consideradas 600 horas, de rigor a remição de 50 dias. Considerando-se a conclusão do ensino médio, deverá ser acrescido 1/3 desses dias. Ante o exposto, com fundamento no artigo 126, caput e parágrafos, da Lei de Execução Penal, DECLARO REMIDOS 66 (sessenta e seis) dias da pena do(a) executado(a) JOSÉ WILLIAN DA SILVA DO NASCIMENTO, MTR: 1029484, RG: 40.147.936-5, RGC: 71683143, RJI: 170257234-64, Centro de Ressocialização "Dr Luis Gonzaga de Arruda Campos" - Rio Claro. Atualize-se o cálculo de penas e abra-se vista às partes. Campinas, 07 de abril de 2020"* (fls. 246/248)

Pois bem, em que pese claro manejo inadequado do remédio heroico, *em caráter excepcional*, diante do quanto determinado pelo **C. Superior Tribunal de Justiça**, passa-se a análise do mérito.

Consoante a prova dos autos, o **paciente** foi aprovado no Exame Nacional do Ensino Médio - Enem 2019 (fls. 243). Segundo decisão impugnada, concluiu o ensino médio **antes** de seu ingresso no sistema prisional.

Acesso ao Sumário

Pois bem, o artigo 126, *caput*, e o seu 5º da LEP, conforme redação dada pela Lei n° 12.433/2011, dispõe que: "*Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (...) § 5° O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação*.".

Por seu turno, o artigo 1º, inciso IV da Recomendação 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, revogada pela Resolução 391/2021, tem o seguinte teor: "*Art. 1º Recomendar aos Tribunais que: (…) IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no*

interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio." (grifo nosso).

Na forma das diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, portanto, não se verifica nenhuma incorreção no cálculo realizado, destacando, outrossim, que a remição da pena em razão do estudo visa a estimular os reeducandos **inseridos** no sistema prisional, a utilizar **seu tempo de cumprimento de pena** em sua preparação para futura vida em liberdade.

Em consulta aos Autos de Execução, nota-se que o **paciente** foi promovido ao regime aberto (decisão de fls. 549/550), não se vislumbrando do apresentado qualquer ilegalidade a ser corrigida via remédio heroico.

Do exposto, pelo meu voto, **DENEGO** a ordem.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança Criminal nº 2020669-11.2021.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é impetrante ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO, é impetrado JUIZ DE DIREITO CORREGEDOR DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SOROCABA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Mantida a liminar antes concedida, deferiram em parte a segurança, para que os estagiários de Direito regularmente inscritos na Seção Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil possam ingressar nos estabelecimentos prisionais correcionados pelo MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais - DEECRIM 10ª RAJ, autorizados ou com subs-

Acesso ao Sumário

tabelecimento de Advogados, para se avistarem com presos, mas não de forma reservada, essa concedida apenas aos causídicos, nos termos da legislação em vigor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.829)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), MAURICIO VALALA e JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 13 de maio de 2021.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – PLEITO EM PROL DA ESTAGIÁRIA CÍNTIA BRAGA CRUZ, E DOS DEMAIS INSCRITOS NA SEÇÃO PAULISTA DA OAB, DE PODEREM INGRESSAR NOS PRESÍDIOS SOB A ÉGIDE DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS - DEECRIM 10ª. RAJ, PARA PRATICAR, DEVIDAMENTE AUTORIZADOS POR ADVOGADOS, ATOS EXTRAJUDICIAIS PREVISTOS NA LEI 8.906/94, E NO SEU REGULAMENTO GERAL, ENTRE OS QUAIS MANTER ENTREVISTA RESERVADA COM PRESOS.

SITUAÇÃO NA QUAL A ENTREVISTA RESERVADA COM PRESOS É PRIVATIVA DE ADVOGADOS, NOS TERMOS DO QUE DISPÕE O ART. 41, IX, DA LEI 7.210/84, ÚNICO DISPOSITIVO LEGAL QUE REGE A MATÉRIA, DE FORMA EXPRESSA E TAXATIVA.

MAGISTRADO TIDO COMO AUTORIDADE, DITA COATORA QUE, DEMAIS, POSSUI COMPETÊNCIA PARA DECIDIR SOBRE TEMAS AFEITOS À LEI 7.210/84.

CASO EM QUE, PARA A ESTAGIÁRIA NOMINADA, E PARA OS DEMAIS, A PRESENTE IMPETRAÇÃO SE MOSTRA TEMPESTIVA, MAS NÃO PELAS RAZÕES INVOCADAS NA INICIAL.

SITUAÇÃO A DENOTAR QUE DEVE SER DADO ACESSO AOS ESTAGIÁRIOS REGULARMENTE INSCRITOS NA OAB, AOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS REFERIDOS NA IMPETRA-

Acesso ao Sumário

ÇÃO, PARA SE AVISTAREM COM PRESOS, DESDE QUE AUTORIZADOS POR ADVOGADOS, OU COM SUBSTABELECIMENTO PARA TAL, PRESERVADA, TODAVIA, A POSSIBILIDADE DE ENTREVISTA RESERVADA APENAS AOS CAUSÍDICOS – INTELIGÊNCIA DO INCISO IX, DO ART. 41, DA LEI 7.210/84 C.C. O ART. 7º, INCISO III, DA LEI 8.906/94.

Segurança parcialmente concedida.

VOTO

1 – Trata-se de mandado de segurança impetrado pelos Advogados doutores Caio Augusto Silva dos Santos - OAB/SP n.º 147.103, e outros, em favor de Cíntia Braga Cruz, "bem como de todos estagiários de Direito devidamente inscritos nos quadros da OAB/SP" (fl. 01), contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da 10ª. RAJ, na Comarca de Sorocaba, autoridade dita coatora, porque vedou o ingresso da aludida estagiária, desacompanhada de Advogado, na Penitenciária de Capela do Alto, que integra os estabelecimentos de jurisdição do Magistrado em questão.

Asseveram que o presente *mandamus* é tempestivo, e que a decisão ora combatida foi prolatada no Expediente n.º 1000476-15.2020.8.26.0521, da Seção de Corregedoria dos Presídios do Departamento de Execuções suprarreferido.

Alegam que, somente em 06/11/2020, a impetrante teve ciência da decisão da autoridade coatora, quando essa lhe foi encaminhada pela Diretoria Técnica da Penitenciária de Capela do Alto, daí porque o prazo decadencial de 120 dias para a impetração de mandado de segurança há que ser contado a partir dessa data, findando-se em 09/03/2021, razão da sua tempestividade.

Aduzem que apenas a Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo pode disciplinar "as atividades permitidas e/ou proibidas aos inscritos na OAB, como advogados e estagiários, uma vez que referida competência é exclusiva desta entidade de classe" (fl. 07), sendo, pois, nula a decisão judicial, além de violar o entendimento sedimentado em legislação referida na impetração.

Ressaltam que pedido de providências formulado pela estagiária de Direito Cíntia Braga Cruz, perante a Comissão de Direitos e Prorrogativas da OAB/SP, narrando sua dificuldade para adentrar no referido Presídio, "para se consultar com detendo ali custodiado, com a devida autorização do advogado responsável, porque desacompanhada do mesmo" (fl. 06), resultou no encaminhamento, pela direção do estabelecimento prisional, de decisão judicial de 04/11/2020, da lavra da autoridade coatora, "a qual proíbe a entrada de estagiários de direito

Acesso ao Sumário

desacompanhados de advogado para conversa reservada com detentos" (fl. 06), com fulcro no artigo 3.º, § 2.º, da Lei n.º 8.906/94, todavia, "usurpando competência exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil" (fl. 06), afrontando o Estatuto da Advocacia e seu Regulamento Geral, vez que a exclusividade da disciplina da atuação dos Advogados a ela compete.

Frisam, ainda, que o artigo 29, § 2.º, do Regulamento Geral da OAB, permite a estagiários, devidamente autorizados, praticar atos extrajudiciais desacompanhados de advogados, dando efetividade à Lei n.º 8.906/94, trazendo à colação ementas judiciais, e também de natureza administrativa, no sentido de concessão do pleito invocado.

Mencionam que "encontra-se violado o livre exercício profissional por inscritos na OAB" (fl. 14), decorrente da proibição de ingresso de estagiários devidamente autorizados por Advogados em estabelecimentos prisionais correcionados pela autoridade dita coatora.

Concluem pleiteando a concessão da segurança, para ser reconhecida a nulidade da decisão prolatada pelo MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais - DEECRIM 10ª. RAJ, por descumprimento dos artigos 7.º, I; 3.º, § 2.º, e 44, II, do Estatuto da OAB, c.c. o artigo 29, § 2.º, do Regulamento Geral da mesma entidade, dada a violação de direito líquido e certo "de toda a Advocacia do Estado de São Paulo" (fl. 16) (fls.01/16).

Pleito liminar foi parcialmente deferido, no sentido de que, até a decisão de mérito proferida neste *mandamus*, os estagiários citados possam adentrar nos estabelecimentos prisionais atinentes ao DEECRIM - 10ª. RAJ, tão-somente para praticar atos que não sejam privativos de Advogados.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 17 *usque* 72.

Informações foram prestadas pelo MM. Juiz, apontado como autoridade coatora, as fls. 82/83, acompanhadas do documento de fls. 84/85.

Em sua r. manifestação, a doutora Promotora de Justiça atuante junto à Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal - 10ª. RAJ, se pronunciou pela denegação da segurança, nos termos constantes as fls. 84/91.

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra da doutora Maria Aparecida Berti Cunha, manifestou-se pela concessão da segurança, com ratificação da liminar deferida (fls. 94 a 100).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Por primeiro, de se observar que, contrariamente ao alegado a fl. 05, *in fine*, da inicial, no que tange à estagiária Cíntia Braga Cruz, que conforme fls. 27/29, desde 13/10/2020 teve ciência do ato judicial ensejador do presente *mandamus*, a presente impetração se mostra tempestiva, mas não pela razão invocada na impetração, a teor do que dispõe o artigo 23, da Lei n.º 12.016/2009, que estabelece que:

Acesso ao Sumário

- "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado" (grifo nosso).

Portanto, não fluiu, para essa interessada, o prazo em questão, pelo que se depreende de mera leitura de seu reclamo, datado de 14/10/2020 (fl. 27), dando conta de que teve ciência do ato ensejador deste *mandamus* em 13/10/2020, daí porque a impetração, interposta somente em 08/02/2021 (fl. 01), não extrapolou o prazo legal estabelecido no aludido dispositivo.

De se observar, todavia, que contrariamente ao invocado na impetração, a fl. 05, *in fine*, e nos exatos termos do artigo de lei acima reproduzido, o prazo para interposição do mandado de segurança começa a correr, repita-se, da data em que **o interessado** teve ciência do ato que pretende impugnar, e não da data em que o impetrante dele veio a saber.

A acolher-se a pretensão de fl. 05 da inicial, estaria sendo criada a possibilidade, indevida, de que o interessado, ciente da data do ato que pretende impugnar, permanecesse inerte pelo tempo que bem entendesse, até mesmo por anos, para, em determinado dia, dar ciência do ocorrido ao impetrante, quando só então passaria a fluir o lapso de tempo rigidamente estabelecido no dispositivo em tela, a gerar evidente violação à lei que rege a matéria, possibilitando que se eternize o prazo estabelecido para providências atinentes ao ajuizamento do *mandamus*, que se constitui, por definição, em ação civil de natureza mandamental, lançando-se por terra os ditames do artigo 23.

Considerando-se, ainda, que a inicial faz alusão aos demais estagiários que atuam na Seção Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, por tal é que também se recepciona a presente impetração como tempestiva.

Igualmente não procede a alegação de que, ao prolatar a decisão que levou à impetração deste *mandamus*, o Magistrado tido como autoridade coatora agiu "usurpando competência exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil" (fl. 06), isso porque a Lei n.º 7.210/84, de natureza especial, como a Lei n.º 8.906.94, em vigar desde 10 (dez) anos antes da segunda, disciplinou expressa e taxativamente, no âmbito da execução penal, no seu artigo 41, IX, que:

"Constituem direitos do preso:

...

IX entrevista pessoal e reservada com o advogado;"

Assim, o tema de há muito está inserido, expressamente, na denominada Lei de Execução Penal, que rege toda a disciplina atinente ao funcionamento do sistema prisional pátrio, que por óbvio se encontra sob a égide do Magistrado que exerce a função de Corregedor do mesmo em sua área de jurisdição, e que, inclusive, decide em Primeiro Grau quanto a todas as questões atinentes ao aludido estatuto de natureza especial, decorrendo daí que possui ele competência

Acesso ao Sumário

plena para também solucionar questões que surjam, relativas ao tema abarcado no inciso supramencionado, como também para todas as demais, previstas na legislação em tela.

E, no mais, há que se conceder em parte a segurança pretendida.

É certo que o artigo 3.º, § 2.º, da Lei n.º 8.906/94, estabelece que o estagiário de advocacia regularmente inscrito nos quadros da OAB **"pode praticar os atos previstos no art. 1.º, na forma do regimento geral, em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste".**

A sua vez, o aludido Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, que, por seu próprio nome, efetiva a regulamentação da Lei n.º 8.906/94, no seu artigo 29, § 1.º, I, II e III, após definir quais sejam os atos de natureza judicial possíveis de serem praticados, isoladamente, mas sob a responsabilidade de advogado, por parte de estagiário, ressalta, no seu § 2.º, que **"para o exercício de atos extrajudiciais, o estagiário pode comparecer isoladamente, quando receber a autorização ou substabelecimento do advogado".**

Ocorre que, quer a Lei n.º 8.906, no seu artigo 3.º, quer o artigo 29, do Regulamento que a rege, fazem referência a quais atos exercidos por advogados (aí incluído o § 2.º, do art. 29), pode o estagiário praticar, diversamente do que ocorre com a Lei n.º 7.210/84, que no seu artigo 41, IX estabelece, com todas as letras, que constitui direito do preso **"entrevista pessoal e reservada com advogado"**, portanto, lei especial anterior regrou expressamente a situação, de forma taxativa, frisando que apenas o Advogado tem o direito de se entrevistar, de forma pessoal e reservada, com o preso, não tendo expandido essa possibilidade para terceiros.

E comentando o tema à luz dos dois dispositivos, quais sejam a Lei nº 7.210/84, juntamente com a Lei nº 8.906/94, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto ressaltam que:

> **- "IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado: como desdobramento lógico do princípio da ampla defesa, o art. 7.º, III, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), garante ao advogado e, consequentemente, ao preso, o direito de comunicar-se pessoal e reservadamente. A LEP, nesse tanto, observou o óbvio"** (*in* Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados, Ed. JusPODIVM, 3ª. ed., p. 1827, Salvador, 2019) (grifo nosso).

Dessa forma, do próprio texto legal, bem como do comentário doutrinário acima citado, depreende-se que, havendo que prevalecer o entendimento constante do único dispositivo expresso que estabelece que o direito de entrevista reservada com o detento, dentro do sistema prisional, é apenas do Advogado (Lei nº 7.210/84), analisado em conjunto com a Lei n.º 8.906/94, tal possibilidade

Acesso ao Sumário

não há que ser estendida ao estagiário de Direito, nem a derradeira lei aludida se opõe a tal, aliás, repita-se, em nenhum dos seus dispositivos, invocados na inicial, muito menos no seu regulamento, faz ela qualquer referência no sentido de confrontar o estabelecimento no artigo 41, IX, da Lei n.º 7.210/84.

Há que se levar em consideração, todavia, que por certo, a prática de atos extrajudiciais permitidos ao estagiário, dentro do ambiente carcerário, indubitavelmente o leva a necessitar se avistar com o preso.

Em assim sendo, não há qualquer óbice a que o mesmo estagiário possa se entrevistar com o encarcerado, todavia, não de forma reservada, em recinto em separado, condição essa que, como fixado na Lei de Execução Penal, constitui ato que apenas o causídico poderá exercer, assim, há que ser deferida ao estagiário a possibilidade de se haver, pessoalmente, com o preso, mas não em ambiente reservado, daí porque poderá contatá-lo, para os fins pretendidos, no denominado "parlatório".

Isto posto, mantida a liminar antes concedida, fica **deferida em parte a segurança**, para que os estagiários de Direito regularmente inscritos na Seção Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil possam ingressar nos estabelecimentos prisionais correcionados pelo MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais - DEECRIM 10ª RAJ, autorizados ou com substabelecimento de Advogados, para se avistarem com presos, mas não de forma reservada, essa concedida apenas aos causídicos, nos termos da legislação em vigor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2102637-63.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DO FORO DA COMARCA DE PRAIA GRANDE/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a segurança. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.338)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente sem voto), AUGUSTO DE SIQUEIRA e MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 29 de maio de 2021.

MARCELO SEMER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL. AMEAÇA E LESÃO COPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. *Mandamus* impetrado pelo Ministério Público contra decisão que denegou a fixação de medidas protetivas no âmbito de violência doméstica. Impossibilidade. Ausência de direito líquido e certo a merecer proteção nesta via excepcional. Matéria que deve ser objeto de recurso próprio. Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da r. decisão proferida pelo MM Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande/SP no processo nº 1501589-79.2020.8.26.0477, objetivando a decretação de medida protetiva em face de vítima de violência doméstica.

Em suas razões recursais (fls. 01/06), o impetrante alega, em síntese: (i) que é possível a aplicação das medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/06 quando constatada a verossimilhança das alegações e a urgência da situação, como é o caso dos autos; (ii) que a vítima declarou à autoridade policial ter sofrido agressões e ameaças de morte, juntado fotos das lesões, de modo que os fatos narrados são graves e denotam a necessidade de proteção da ofendida; (iii) que, tratando-se de violência doméstica, a palavra da vítima é suficiente para decretação de medidas protetivas, não sendo necessária a dilação probatória, sob pena de submeter a vítima a risco desnecessário; e (iv) que o agressor deve ser proibido de se aproximar da ofendida ou ter contato com ela, por qualquer meio de comunicação.

Requer o impetrante, ainda, a concessão de liminar, "*determinando-se a aplicação das medidas previstas no artigo 22, III, 'a', 'b' e 'c' da Lei 11.340/06*" (fls. 06).

Liminar indeferida às fls. 08/09.

Informações da autoridade impetrada às fls. 12/13.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 16/21 pela denegação da ordem.

É O RELATÓRIO.

Conforme se depreende dos autos de origem, em 08/07/2020 foi lavrado boletim de ocorrência para apurar crime de violência doméstica, em que consta como vítima S.L.A., e, como averiguado, R.D.S.S.

Narra a vítima ter vivido em união estável com o averiguado por cerca de um ano, sendo que o término do relacionamento foi motivado por brigas e

discussões. No dia dos fatos, no Município de Praia Grande/SP (fls. 33 dos autos de origem), relata que o investigado invadiu sua casa e a agrediu fisicamente, deferindo-lhe socos e chutes, inclusive enquanto estava caída no chão. Em seguida, tomou o seu celular e, depois de agredir o cunhado e também levar seu celular, evadiu-se do local. Juntou fotos das lesões (fls. 14/16 dos autos de origem).

Solicitada a decretação de medidas preventivas pelo *Parquet*, o pedido foi indeferido, diante da "*ausência dos requisitos ensejadores da medida cautelar ora pleiteada, eis que não há elementos instrutórios suficientes a fundamentar o pedido, que se encontra embasado apenas na versão unilateral e sintética da suposta vítima, através de mero BO, não havendo sequer a oitiva de testemunhas, ou do próprio autor dos fatos*" (fls. 48 dos autos de origem).

Pois bem.

Conforme é sabido, o mandado de segurança é um remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, da Constituição Federal).

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, "*destina-se a coibir atos ilegais de autoridades lesivos a direito subjetivo, líquido e certo, do impetrante. Por ato de autoridade, suscetível de mandado de segurança, entende-se toda ação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las, seja de que categoria for a autoridade e sejam quais forem as funções que exerça*" (*in* Direito administrativo brasileiro, 40ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 812).

Em matéria penal, tem-se reconhecido, de forma excepcional, o cabimento de mandado de segurança nos casos de violação de direito líquido e certo, quando inexistente recurso próprio previsto em lei, especialmente diante de manifesta ilegalidade.

No caso dos autos, porém, não vislumbro direito líquido e certo a justificar a concessão da ordem.

Isso porque, em que pese o dever do Estado em tutelar a integridade física e psíquica da mulher vítima de violência doméstica, nos termos da Lei Maria da Penha, não há que se falar em direito líquido e certo do Ministério Público à aplicação de medida cautelar, qualquer que seja sua natureza, sob pena de desvirtuamento do remédio constitucional ora em discussão.

Nesse sentido, "*observado que as providências cautelares previstas na Lei nº 11.340/2006 implicam restrição de direitos do agente, correto o indeferimento do pedido do d. representante do Ministério Público quando o juízo não se sentir seguro para deferi-lo, sendo a correção, ou não, de tal indeferimento,*

Acesso ao Sumário

matéria a ser debatida em eventual recurso" (Mandado de Segurança Criminal nº 2076705-10.2020.8.26.0000, Rel. Xisto Rangel j. em 13/07/2020).

Assim já decidiu este E. Tribunal:

MANDADO DE SEGURANÇA. Pretendida concessão de medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/06. Impossibilidade. Decisão bem fundamentada. Ausência de lesão a direito líquido e certo. Petição inicial indeferida liminarmente. (Mandado de Segurança Criminal 2081310-62.2021.8.26.0000, Rel. Eduardo Abdalla, 6ª Câmara de Direito Criminal, j. 26/04/2021).

Dessa forma, diante da ausência de ilegalidade ou abuso de poder na r. decisão atacada, não há que se falar em direito líquido e certo a ser amparado por Mandado de Segurança, razão pela qual a ordem deve ser denegada.

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2283903-17.2020.8.26.0000, da Comarca de São Manuel, em que é impetrante WILLIAM RICARDO FURTUNATO MARCIOLLI, são impetrados JUÍZO DA 2ª VARA CRIMINAL DE ASSIS, JUÍZO DA 3ª VARA CRIMINAL DE ASSIS e JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DE SAO MANUEL - EXECUÇÕES CRIMINAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: CONCEDERAM, EM PARTE, A SEGURANÇA para determinar o cancelamento junto ao Distribuidor Criminal dos registros referentes aos autos de conhecimento nº 0016239-12.1998.8.26.0047, bem como do processo de execução dele decorrente (nº 459.280 ordem 665), em nome do impetrante Wílliam Ricardo Furtunato Marciolli, nada obstante deva o Distribuidor Criminal adotar providências para atendimento exclusivo das requisições judiciais, ministeriais, para fins de concurso público ou de pedidos do próprio interessado. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.925)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

SILMAR FERNANDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Exclusão de registro de condenação, cuja decisão de extinção da pena pelo integral cumprimento transitou em julgado em 10 de outubro de 2003, de certidões e atestados – Admissibilidade – Manutenção, contudo, do apontamento para acesso pelas autoridades competentes, nas hipóteses previstas em lei – Direito líquido e certo evidenciado, ainda que em parte – SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE.

VOTO

1. Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, em que se alegou que foi ferido direito líquido e certo nos autos nº 0016239-12.1998.8.26.0047.

Explicou o impetrante que foi condenado, no ano de 1998, pelo cometimento do delito previsto no artigo 157 do Código Penal, destacando que a pena foi integralmente cumprida no ano de 2003; não obstante, ao requerer certidão para fins de realização de curso de formação de condutores de veículos de transporte coletivo de passageiros para obter a Carteira de Habilitação categoria D, a informação sobre o feito restou consignada na certidão do distribuidor – sendo que pesquisas revelaram constar o feito, ainda, no sítio eletrônico desta Corte.

Diante disso, requereu que "*...a autoridade impetrada LIMINARMENTE cumpra no prazo de 24h, sem qualquer justificativa, a liminar concedida, objetivando seja tomadas todas providencias necessárias para as devidas baixas no sistema informatizado ou manual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o processo 'ASSIS – Foro de Assis – 2ª Vara Criminal e da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Ação Penal – Procedimento Ordinário: 0016239- 12.1998.8.26.0047 (0016239-12.1998.8.26.0047). Data: 12/08/1999. Autor Justiça Pública', com a devida atualização de processo nos termos do Provimento CG 70/2016, sob pena de configurar abuso de autoridade – desobediência a Ordem Judicial, sem prejuízo de apurar demais responsabilidades, criminal, civil e administrativa...*" (fls. 10) – sendo que, ao final do julgamento do presente *writ*, requereu a confirmação da medida. Juntou documentos.

Indeferida a liminar (fls. 55), foi ajuizado Agravo Regimental contra este *decisum* (fls. 128/141), o qual foi rejeitado pela Colenda Câmara (fls. 154/160).

Os d. Juízos impetrados ofertaram as informações de praxe (fls. 100 e 102/103), sendo que a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela prejudicialidade do *writ* (fls. 168/169).

É O RELATÓRIO.

Ab initio, embora tenha o d. Juízo impetrado da 2ª Vara da Comarca de

Acesso ao Sumário

Assis determinado "*...a regularização do processo e as necessárias anotações no sistema para que conste a extinção da pena no histórico de partes e a baixa da parte*" (fls. 103), de rigor se adentrar na questão de fundo, porquanto o pleito requer, expressamente, a exclusão de dados no sistema informatizado desta Corte.

Estabelecido tal ponto, a realidade tem demonstrado a manutenção de apontamentos (informes, certidões etc.), por parte de órgãos públicos, registrando a existência de inquéritos arquivados, absolvições, penas já cumpridas ou, ainda, acordos e transações penais (Lei nº 9.099/1995).

As pessoas atingidas por esses assentamentos sofrem evidente prejuízo. Em que pese absolvidas, ou com inquéritos arquivados, ou mesmo após cumprirem sua pena ou transações, restam tendo, em sua folha de antecedentes criminais, a manutenção dessas ocorrências.

O preconceito (conceito prévio, sem fundamento real, fulcrado em generalizações) não é, por obviedade plena – e, lamentavelmente – extraordinário. E, com tal situação, a memória do inexistente resta por gerar marcas permanentes (suspeitas, desconfianças, receios, questionamentos) na vida do cidadão que nada mais deve à sociedade.

Sem razão alguma. Injustamente.

Merece ser citado, pela pertinência, Acórdão da lavra do Desembargador Sydnei de Oliveira Jr., por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 990.09.209.846-2: "*...não convence, para contrastar a intelecção aqui preconizada, revelar que tais informes não são passados a terceiras pessoas, alheias ao Judiciário, pois, na verdade, é público e notório que coisa bem outra acontece no dia-a-dia. Basta lembrar-se que, volta e meia, os meios televisivos, em especial alguns programas, reportam-se à popularmente chamada 'capivara' daqueles que se vêem presos, fazendo expressa alusão, mediante imagens, à folha de antecedentes criminais, pouco ou nada importando o quê nela consta*".

Por esta ótica – uso indevido de dados pretéritos das pessoas –, não se olvide que o artigo 202, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) trata de situações em que ocorreu o cumprimento da pena ou sua extinção. Nessas hipóteses, a determinação legal dita que esses apontamentos não poderão constar de folha corrida, atestados ou certidões fornecidas pela autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, ***salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.***

No mesmo sentido, o artigo 748 do Código de Processo Penal dispõe sobre tais situações, em sede de reabilitação criminal, que "*...a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal*".

Acesso ao Sumário

O Diploma Processual Penal determina, ademais, em seu artigo 709, §2º, que "*...o registro será secreto, salvo para efeito de informações requisitadas por autoridade judiciária, no caso de novo processo*".

Por fim, ainda na Lei Adjetiva Penal, o parágrafo único, do artigo 20, acrescentado pela Lei nº 12.681/2012, preconiza que "*Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes*".

Não bastasse, a Constituição Bandeirante, em seu artigo 291, ordena que "*...todos terão o direito de, em caso de condenação criminal, obter das repartições policiais e judiciais competentes, após reabilitação, bem como no caso de inquéritos policiais arquivados, certidões e informações de folha corrida, sem menção aos antecedentes, salvo em caso de requisição judicial, do Ministério Público, ou para fins de concurso público*".

Na mesma diretriz, a Resolução nº 121/2010do Conselho Nacional de Justiça prevê:

> *"Art. 8º. A certidão judicial, cível ou criminal, será negativa quando não houver feito em tramitação contra a pessoa a respeito da qual foi solicitada. "§1º. A certidão judicial criminal também será negativa:*
>
> *"I – quando nela constar a distribuição de termo circunstanciado, inquérito ou processo em tramitação e não houver sentença condenatória transitada em julgado.*
>
> *"II – em caso de gozo do benefício de sursis (art. 163, § 2º. da Lei no. 7.210, de 1984) ou a pena já tiver sido extinta ou cumprida".*

O que vale dizer: a regra é a guarida do direito constitucional à intimidade. A exceção somente poderá ocorrer com requisição judicial, do Ministério Público, para fins de concurso público ou, ainda, pelo pedido do próprio interessado.

Como bem ponderou a Douta Procuradoria Geral de Justiça, nos autos de Mandado de Segurança nº 2236098-10.2016.8.26.0000, de minha Relatoria, na oportunidade em que atuava na Colenda 2ª Câmara de Direito Criminal:

> *"Por fim, não se pode deixar de mencionar que a questão posta no 'mandamus' diz respeito àquilo que a doutrina denomina de 'Princípio do direito ao esquecimento'. Tal entendimento doutrinário está vinculado à tutela da personalidade do indivíduo, inclusive daquele que pratica crime. Neste sentido a lição posta 'in' A Proteção Jurídica da Imagem da Criança e do Adolescente, Tese de Doutorado do insigne e culto Procurador de Justiça David Cury Júnior, PUC-SP, 2.006, págs. 96/98: 'Pondera-se que mesmo o criminoso que cumpriu a pena tem direito a reconstruir a sua imagem moral, apagando fatos indesejados do seu passado"* (fls. 65 do mencionado *mandamus*).

Acesso ao Sumário

Contudo, o simplório cancelamento ou a exclusão integral de registros criminais não podem ser realizados nos termos requeridos no *writ* – até porque de interesse do próprio impetrante (são garantias constitucionais).

A situação a ser reparada, aqui, é o fornecimento para terceiros (com exclusão de requisições judiciais, do Ministério Público para fins de concurso público ou, ainda, de pedido do próprio interessado) de informes, atestados ou certidões onde constem dados que a legislação atual assegure sigilo total.

A Execução Criminal oriunda da ação nº 0016239-12.1998.8.26.0047, em que o impetrante foi condenado e expiou totalmente sua pena, transitou em julgado aos 10 de outubro de 2003, ocorrendo seu arquivamento em 28 de novembro do mesmo ano (fls. 68) – e, por tal, menção alguma sobre esses autos (de conhecimento e de execução) – obviamente, com exclusão das hipóteses legais retromencionadas (repita-se) – poderá constar de folha corrida, atestados ou certidões.

Destarte, deve o Distribuidor Criminal adotar as providências cabíveis, no âmbito tecnológico, objetivando o imediato deslocamento dessas informações para área restrita, destinada exclusivamente ao atendimento de determinações judiciais ou de pedido do próprio interessado.

3. Ante o exposto, **CONCEDO, EM PARTE, A SEGURANÇA** para determinar o cancelamento junto ao Distribuidor Criminal dos registros referentes aos autos de conhecimento nº 0016239-12.1998.8.26.0047, bem como do processo de execução dele decorrente (nº 459.280 ordem 665), em nome do impetrante Wílliam Ricardo Furtunato Marciolli, nada obstante deva o Distribuidor Criminal adotar providências para atendimento exclusivo das requisições judiciais, ministeriais, para fins de concurso público ou de pedidos do próprio interessado.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2095045-65.2021.8.26.0000, da Comarca de Presidente Epitácio, em que são impetrantes E.M.P. e E.M.C., é impetrada MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA JUDICIAL DE PRESIDENTE EPITÁCIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a segurança. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.082)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLÁUDIO

MARQUES (Presidente sem voto), POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 15 de junho de 2021.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO, DEDUZIDO PELA DEFESA DOS IMPETRANTES. NÃO DEMONSTRADO O INTERESSE DA DEFESA. ELEMENTOS PERTINENTES JÁ DOCUMENTADOS EM INCIDENTE PRÓPRIO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. O acesso aos elementos de prova já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária é direito do advogado (Súmula Vinculante nº 14). 2. Embora haja necessidade de se assegurar o direito à Defesa, é certo que deve ser demonstrado o seu interesse, o que não se verifica na espécie. 3. Impetrantes que buscam acesso a autos nos quais foram apenas mencionados, sem que tenha sido determinada, naquele âmbito, qualquer medida em seu desfavor. Inquérito voltado à apuração do desaparecimento de terceiro, e a não qualquer conduta em tese imputável aos impetrantes. Existência de diligência em andamento. 4. Busca domiciliar deferida em incidente próprio, ao qual a defesa tem acesso, e no qual foram carreados os documentos pertinentes. 5. Segurança denegada.

VOTO

E.M.P. e E.M.C. impetram o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, contra a respeitável decisão do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA JUDICIAL DA COMARCA DE PRESIDENTE EPITÁCIO/SP, que impediu que suas defesas técnicas tivessem acesso aos autos do procedimento investigativo nº (...).

Requerem, liminarmente e ao final, a habilitação para acesso aos autos do procedimento investigativo registrado sob nº (...), que tramita na 2ª Vara Judicial da Comarca de Presidente Epitácio. Sustentam, em síntese, direito de acesso aos atos de investigação já documentados e encartados aos autos do procedimento investigativo em curso, nos termos da Lei nº 8.906/94 e da Súmula Vinculante nº 14. Ressaltam que a decretação de sigilo ao procedimento investigatório não obsta o acesso aos mencionados autos, já que os defensores apresentaram procu-

Acesso ao Sumário

ração, devidamente assinada pelos impetrantes, nos termos do artigo 7º, inciso XIV, c.c. o seu § 10, da Lei nº 8.906/94. Destacam, outrossim, que constitui violação constitucional ao direito de defesa a conduta de negar ao interessado ou ao seu advogado acesso aos autos de investigação preliminar, inquérito ou de qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, nos termos do artigo 32 da Lei nº 13.869/19. Aduzem que, contrariamente ao afirmado pela douta autoridade coatora de não figurarem os impetrantes como investigados, ambos tiveram apreendidos seus aparelhos celulares assim como seu veículo automotor, restando a prova de tais alegações exatamente nos autos em que tiveram o acesso negado. Destacam a essencialidade do advogado na administração e execução da justiça. Por fim, pleiteiam a concessão dos benefícios da justiça gratuita (fls. 1/9).

A liminar foi indeferida (fls. 24/26) e as informações de praxe foram prestadas pela digna autoridade apontada como coatora (fls. 30/32). A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em respeitável parecer lançado nos autos, opinou pela concessão da segurança (fls. 35/38).

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança que tem por escopo a desconstituição da respeitável decisão judicial que indeferiu pedido da Defesa dos impetrantes, voltado à habilitação e vista dos autos nº (...), instaurado para apurar o desaparecimento de D.P. Daquele procedimento, originou-se o incidente nº (...), em que houve expedição de mandado de busca domiciliar em desfavor dos impetrantes, resultando na apreensão de aparelhos de telefonia celular e veículo automotor.

A hipótese é de denegação da segurança.

Em primeiro lugar, destaca-se o teor da Súmula Vinculante nº 14: "É direito do defensor, ***no interesse do representado***, *ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*" (grifei).

No caso concreto, a douta autoridade apontada como coatora registrou que "*os personagens que solicitam habilitação no feito às fls. 350 não figuram como investigados neste autos, bem como que não trouxeram elemento algum capaz de justificar o ingresso no feito como terceiros interessados, limitando-se em se qualificarem como filha e genro do desaparecido. Sem prejuízo, tratando-se de autos sob segredo de justiça, considero, nos termos da súmula vinculante nº14, que o acesso a procedimento investigatório realizado pela polícia judiciária, depende de elementos já documentados, de modo que, em vista das diligências ainda em curso nestes autos, inviável, no momento, qualquer habilitação, motivo pelo qual, indefiro o pedido de fls. 350*" (fl. 21).

Com efeito, ao que se extrai da decisão guerreada e das informações pres-

Acesso ao Sumário

tadas no âmbito deste *writ*, no inquérito policial nº (...), ao qual os impetrantes buscam ter acesso, os atos de investigação dizem respeito ao desaparecimento de D.P., e não a qualquer conduta supostamente praticada pelos ora impetrantes, razão pela qual não se verifica o **interesse** deles no acesso ao procedimento sigiloso.

Por sinal, ao vislumbrar elementos que pudessem, ao menos em tese, relacionar as pessoas dos impetrantes aos fatos sob investigação, a digna autoridade policial manejou **incidente próprio**, autuado sob o nº (...), em que representou pela busca domiciliar no imóvel do impetrante E., juntando os documentos de fls. 7/47 daqueles autos, aos quais a Defesa dos impetrantes tem acesso.

Em síntese, o mandado de busca e apreensão foi expedido no incidente nº (...), à luz de elementos carreados àqueles autos, aos quais os impetrantes já têm acesso. Aliás, as decisões mencionadas pelo MM. Juízo *a quo* nas informações prestadas (fls. 187/196, 306/308 e 528/530) envolvem apenas medidas concernentes a D.P.

Nessa ordem de ideias, não se justifica, ao menos por ora, o acesso dos impetrantes ao inquérito policial de autos nº (...), voltado à apuração de fato diverso. E, mesmo que assim não fosse, conforme registrado pela digna autoridade apontada como coatora, aqueles autos aguardam "*o cumprimento de decisão de quebra do sigilo bancário da vítima desaparecida (fls. 528/530)*" (fl. 31 destes autos).

Portanto, seja pelo fato de o inquérito policial nº (...) não se destinar, precipuamente, à apuração de qualquer conduta em tese imputável aos impetrantes, (a ensejar o decorrente exercício do direito de defesa), cujos nomes, naquele âmbito, foram apenas mencionados – *sem prejuízo do que consta dos elementos carreados ao incidente próprio, ao qual a Defesa tem regular acesso* –, seja pelo fato de haver diligência policial em andamento, o acolhimento do pedido poderia comprometer a eficiência, eficácia e finalidade das medidas cautelares ainda não consumadas. Não se enquadra a hipótese em testilha, portanto, na incidência da Súmula Vinculante 14. Em situação análoga, assim decidiu este E. Tribunal:

> *"Mandado de Segurança com pedido de liminar – Pretensão de acesso aos autos de inquérito policial – Procedimento investigatório que não se submete às regras de publicidade processual, para que se mantenha a efetividade das investigaçõe*s – *Inquérito policial a que se pretende acesso é sigiloso, em razão da natureza das investigações e da necessidade de preservação de dados bancários de investigados – Inviabilidade de acesso* à *advogado da impetrante aos autos, já que ela não integra rol de investigados – A mera menção ao seu nome em elemento colhido não justifica a pretensão deduzida – Hipótese que extrapola o teor da Súmula*

Acesso ao Sumário

Vinculante n. 14 – Matéria, inclusive, já discutida e refutada em sede de Reclamação formulada pela impetrante ao E. Supremo Tribunal Federal – Segurança negada" (Mandado de Segurança Criminal 2002423-64.2021.8.26.0000; Rel. Des. Álvaro Castello; 3ª Câmara de Direito Criminal; julg. em 09/03/2021).

Desta forma, sob qualquer ótica que se analise a questão, não há direito líquido e certo que ampare o pedido deduzido neste remédio constitucional, tampouco infringência ao teor da Súmula Vinculante nº 14.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DENEGO A SEGURANÇA**.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0032825-17.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido CARLOS HENRIQUE ALVES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, a fim de receber a denúncia em relação ao denunciado CARLOS HENRIQUE ALVES DA SILVA e determinar o regular prosseguimento do feito, por V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.122)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), HERMANN HERSCHANDER e WALTER DA SILVA.

São Paulo, 26 de abril de 2021.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Receptação – Rejeição da denúncia – Ausência de justa causa por inexistência de comprovação da origem ilícita do bem apreendido – Recurso do Ministério Público – Cabimento – Para a tipificação do crime de receptação, basta o agente adquirir, receber, trans-

portar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte – Inexigência de que o crime antecedente seja de natureza patrimonial – Necessidade de dilação probatória – Recurso provido para receber a denúncia e determinar o prosseguimento do feito.

VOTO

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra a respeitável decisão (fls. 92/94), cujo relatório se adota, que rejeitou a denúncia oferecida em face de **CARLOS HENRIQUE ALVES DA SILVA**, com fulcro no artigo 395, III, do Código de Processo Penal, sob o fundamento de ausência de materialidade delitiva, porquanto inexistente comprovação da origem ilícita do bem apreendido.

Pleiteia o recorrente o seu recebimento e o prosseguimento do feito, ao argumento, em resumo, de que o artigo 180, do Código Penal, não exige, em sua literalidade, que o agente saiba especificamente qual foi o crime anterior praticado, nem exige que referido delito seja de natureza patrimonial, nada impedindo que um automóvel objeto do crime de adulteração de seu sinal identificador seja enquadrado como crime antecedente para fins de tipificação da receptação.

Ressalta que não foi oferecido o acordo de não persecução penal, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos exigidos no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, pois o recorrido não confessou formal e circunstanciadamente a prática do crime que lhe foi imputado, além de ter sido condenado pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Caetano do Sul (Proc. nº 0008803-28.2017.8.26.0502), elemento este que denota reiteração delitiva e conduta criminal habitual.

Requer, por conseguinte, o recebimento da inicial acusatória e o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos (fls. 99/108).

O recorrido, em resposta, pugnou pelo não provimento do recurso (fls. 122/126).

Mantida a r. decisão recorrida (fls. 109), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 132/140).

É o relatório.

Cumpre anotar, de proêmio, que a peça acusatória está formalmente em ordem, porquanto de acordo com o que dispõe o artigo 41, do Código de Processo Penal, contendo a exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias, a identificação do acusado, bem como a classificação do crime.

Acesso ao Sumário

Além do mais, estão presentes suficientes elementos indiciários que evidenciam a materialidade e, ainda que em tese, a prática criminosa por parte do recorrido, requisitos adequados para conferir justa causa à ação penal a ser instaurada.

Conforme descrição fática contida na denúncia, no dia no dia 15 de janeiro de 2018, por volta das 08:50 horas, na Rua Glauber Rocha, 10, São Lucas, nesta Capital, **Carlos Henrique Alves da Silva**, após ter recebido em circunstâncias não esclarecidas, conduziu, em proveito próprio, a motocicleta *Honda/ PCX 150,* 2016/2017, que ostentava o falso emplacamento (...)/SP, coisa que sabia ser produto de crime, consistente na adulteração de sinais identificadores de veículo automotor.

Em data anterior, indivíduo não identificado, além de ter trocado a placa de identificação veicular da *Honda/PCX 150,* 2016/2017, acima descrita, fazendo-a ostentar o falso emplacamento (...)/SP, remarcou a sua numeração de chassi e motor.

Posteriormente, na data e local dos fatos, após ter recebido em circunstâncias não esclarecidas, o recorrido, mediante emprego de chave *mixa*, visava acionar a ignição da motocicleta, com o fim de conduzi-la, quando foi avistado por policiais militares em patrulhamento, os quais, diante do comportamento suspeito, decidiram por abordá-lo.

Os policiais, então, procederam às consultas de praxe, não logrando encontrar notícia de fato ilícito relacionado ao veículo em posse do agente. Contudo, ao contatarem a sua proprietária registral, Deborah Neumann Branquinho¸ descobriram que o veículo conduzido pelo recorrido era um *dublê*, já que o legítimo motociclo estava em poder dela.

Assim, o recorrido foi conduzido ao Distrito Policial, para onde a motocicleta também foi levada, local em que foi determinada sua perícia, bem como do CRLV em nome da legítima proprietária registral, encontrado no interior do veículo.

Perante a autoridade policial, o recorrido negou a prática delitiva, aduzindo sequer saber conduzir motociclos ou estar em posse de chave *mixa* (fls. 13).

O laudo pericial (fls. 74/80) constatou a regravação de série numérica das gravações de identificação do chassi e do motor do motociclo em poder do agente, evidenciando a origem espúria do veículo, sendo certo que a fls. 54/56 foi juntado laudo pericial da chave *mixa* utilizada pelo recorrido.

Com efeito, a posse de motociclo *dublê*, sem qualquer explicação plausível, utilizando-se de artifício rudimentar para viabilizar seu funcionamento, aliada à circunstância de ter em seu poder CRLV adulterado e em nome da proprietária registral do veículo legítimo (cf. laudo pericial de fls. 31/34), constituem elementos suficientes a denotar a consciência do recorrido acerca da ori-

Acesso ao Sumário

gem espúria do veículo em seu poder.

Pois bem.

Em que pese o respeitável entendimento da culta magistrada de primeiro grau, exposto de maneira bem fundamentada, merece provimento o recurso, porquanto justa a pretensão persecutória manifestada pelo Ministério Público, não havendo que se falar em inexistência de prova da materialidade.

Isto porque, para a tipificação do crime de receptação basta o agente adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, ***coisa que sabe ser produto de crime***, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.

Nos elementos objetivos da figura típica em apreço não há especificação dando conta de que o crime antecedente deva, obrigatoriamente, ser uma das condutas elencadas no Título II, do Código Penal, cuja objetividade jurídica é o patrimônio.

Por óbvio, não poderá ser objeto material da receptação coisa que seja produto de contravenção penal, em virtude da própria redação do dispositivo em comento.

Conforme preleciona DELMANTO, "... é indispensável que o objeto material do delito de receptação seja coisa produto de crime, pois, sem tal pressuposto, não há receptação. Não basta que seja produto de contravenção. É necessário que se *trata de produto de crime mesmo, não compreendendo os instrumentos do delito.* ***Quanto à sua natureza ou objetividade do crime original, pode ser ele contra o patrimônio ou não****, admitindo-se, até, que haja receptação de receptação*" (DELMANTO, Celso *et al*. Código Penal Comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 551 – grifei).

No mesmo sentido, ensina CAPEZ que "... é pressuposto do crime de receptação a existência de crime anterior. Trata-se de delito acessório, em que o objeto material deve ser produto de crime antecedente, chamado delito pressuposto. ***O delito antecedente não necessita ser patrimonial.*** *Assim, o bem pode ser objeto material de um crime de peculato. Se o fato antecedente for contravenção, não haverá receptação, tornando-se atípica a conduta*" (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. v 2. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 700 – grifei).

Em casos deste jaez, também já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"**RECURSO ESPECIAL. RECEPTAÇÃO. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DELITO ANTERIOR. TROCA DA PLACA. CONDUTA TÍPICA. RECURSO PROVIDO**. 1. Hipótese em que a instância de origem entendeu que os verbos do tipo, adulterar e remarcar, não abarcam a conduta de trocar, sendo assim, a troca da placa do veículo não se enquadraria na definição legal*

Acesso ao Sumário

no art. 311 do Código Penal. 2. Este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que 'o agente que substitui as placas originais de veículo automotor por placas de outro veículo enquadra-se na conduta prevista no art. 311 do Código Penal, tendo em vista a adulteração dos sinais identificadores' (REsp 799.565/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 07/04/2008). 3. ***Se o veículo conduzido pelo apelante era comprovadamente objeto do delito do artigo 311 do CP, porque continha placas de identificação de veículo diverso e, para além disso, fora adquirido pelo acusado sem documentação e de um sujeito não identificado, afigura-se legítima a imputação do crime acessório de receptação****, tal como procedido na sentença condenatória, que deve ser restabelecida na parte em que condenou o recorrido pela prática do crime do artigo 180, caput do Código Penal. 4. Recurso provido"* (REsp 1722894/RJ, Rel. MIN. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018 – grifei).

Logo, para a consubstanciação da receptação se mostra necessário, tão somente, prova de que o bem tem origem criminosa, o que, no caso em testilha, observa-se pelo laudo pericial de fls. 74/80, que concluiu, ainda que numa análise perfunctória própria à presente fase do procedimento, que a motocicleta apreendida em poder do recorrido possuía adulteração consistente em regravação de outra série alfanumérica de identificação do chassi e do motor.

De qualquer forma, urge ressaltar que as questões aqui ventiladas dependem de dilação probatória para a sua efetiva verificação, sobretudo sob o crivo do contraditório, de maneira que a fase em que se encontrava o feito não autorizava a prematura conclusão no sentido de comprovação da origem ilícita do bem apreendido, com a consequente rejeição da exordial acusatória.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso, a fim de **receber a denúncia** em relação ao denunciado **CARLOS HENRIQUE ALVES DA SILVA** e determinar o regular prosseguimento do feito.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0000033-88.2021.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido CARLOS ALBERTO COOPER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso ministerial para decretar a prisão preventiva de

CARLOS ALBERTO COOPER, qualificado nos autos, expedindo-se mandado de prisão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.706)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 28 de maio de 2021.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECORRIDO CAPTURADO EM PODER DE SEMIRREBOQUE E CAVALO AO TEMPO EM QUE O ROUBO ERA CONSUMADO, MAS NÃO EXAURIDO, UMA VEZ QUE O MOTORISTA AINDA ERA MANTIDO REFÉM E SEQUER HAVIA B.O. REGISTRADO – CAPTURA POSSÍVEL SOMENTE PORQUE SINAL DE RASTREADOR INFORMOU QUE O VEÍCULO ESTAVA FORA DE ROTA NAQUELA MADRUGADA, ESTACIONADO EM POSTO DE ABASTECIMENTO – CARGA DE CARNE E DERIVADOS AVALIADA EM MAIS DE MEIO MILHÃO DE REAIS – CONDUTA DO RECORRIDO QUE MAIS SE APROXIMA DE PARTÍCIPE DE ROUBO QUALIFICADO DO QUE DE MERO RECEPTADOR – DELINEAMENTO DA PEDRA DE TOQUE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E EVITAR A REITERAÇÃO CRIMINOSA DA CÉLULA VOLTADA AO ROUBO DE CARGA – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO COM EXPEDIÇÃO DE ORDEM DE PRISÃO.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo representante do Ministério Público, contra a decisão do r. Juízo da Vara Criminal da Comarca de ITATIBA, *da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Filipe Antônio Marchi Levada*, que concedeu liberdade provisória ao réu em audiência de custódia, durante plantão judiciário, com fundamento de que os indícios de autoria eram de receptação e não de roubo qualificado (fls. 55).

O recorrido incorreu em flagrante delito porque capturado em 15 de dezembro de 2020 em poder de carga roubada.

Acesso ao Sumário

Pleiteia o recorrente a decretação da prisão preventiva (fls. 01/05).

O recurso foi respondido às fls. 59/65, tendo sido mantida a decisão por r. despacho de fls. 66.

O douto Procurador de Justiça Dr. Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos, opinou pelo desprovimento (fls. 73/76).

É o relatório.

O recorrido foi capturado em poder de caminhão, acoplado a semirreboque de origem espúria, na Rodovia dos Bandeirantes, durante a madrugada, após o rastreador instalado no veículo de carga roubado emitir um sinal captado pela Polícia Militar. Anota-se que a captura foi logo após a inversão da posse, quando a vítima sequer tinha registrado a ocorrência formalmente porque ainda era mantida como refém.

Na oportunidade, informalmente, aos agentes públicos que o capturaram em posto de abastecimento, o recorrido aduziu que era apenas contratado, mediante remuneração de R$ 1.000,00 (um mil reais), por um terceiro, de prenome Alex, para transportar o veículo sabidamente rapinado até ponto da Capital. Todavia, no auto de prisão em flagrante delito, optou pelo silêncio.

A peça investigatória ainda está em andamento. O Ministério Público requisitou no último dia 24 de fevereiro do ano em curso (fls. 89/91, autos originais), diligências complementares à Autoridade Policial, dentre elas, encarte do BO do roubo e oitiva da vítima.

Pois bem.

De início, anota-se que o fato não é isolado na biografia do recorrido. Em 2017 foi ele processado por roubo na forma agravada, mas veio a ser absolvido à anemia probatória (fls. 34, autos originais). Portanto, é tecnicamente primário.

Todavia, sobejam indícios de que a autoria extrapola o crime de receptação. A um porque a captura se deu ao tempo em que o crime de roubo era consumado, mas ainda não exaurido, uma vez que ao tempo da captura do recorrido, o motorista ainda era mantido no cárcere por uma parte da associação criminosa. A dois porque a carga de carne e derivados do semirreboque rapinado era valiosíssima, girando em torno de R$ 644.617,00 (seiscentos e quarenta e quatro mil, seiscentos e dezessete reais).

Portanto, a prisão vem para garantia da ordem pública. À luz destes elementos, aqui reunidos, suficientes os indicadores da pedra de toque da prisão preventiva, ou seja, demonstrado que está a materialidade do crime e os indícios de autoria, pressupostos postos concretamente na hipótese em destaque, orientação afinada com precedentes do Superior Tribunal de Justiça (HC 452091/SP e HC 449414/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA).

Destarte, a prisão preventiva vem para garantia da ordem pública, para

Acesso ao Sumário

frenar a atuação de estruturada organização que se dedica à rapina de carga e, na espécie, a prova reunida aponta que o recorrido integra grupo estruturado que se dedica à rapina armada, em que o escopo é pilhar caminhão de carga valiosa.

Uma atuação com tal estruturação delineia associação criminosa e especialidade no roubo de carga. Causa – e muita – espécie a circunstância de o recorrido ser capturado quando o motorista do caminhão ainda era mantido como refém. A dinâmica aponta ser o recorrido membro de grupo organizado que, em divisão de afazeres, se dedica ao roubo de carga com estratosféricos valores e, com rapidez, logística e organização, conduz o produto arrecadado para local de desova. No caso dos autos, houve incipiente e eficaz ação policial por força de sinal de rastreador que indicou veículo fora de rota, quando, oficialmente, ainda sequer havia sido registrado o Boletim de Ocorrência.

Daí porque se mostra idôneo o pleito de decreto de preventiva, na hipótese assentado na garantia da ordem pública, ante a aparente periculosidade do réu, em tese, membro de grupo estruturado que se dedica com habitualidade e organização à rapina armada de caminhão de carga, em concurso de infratores, inclusive com a mantença do motorista em restrição de liberdade, até entrega do bem rapinado no destino final.

Trocando em miúdos, existe gravidade concreta do crime e risco real da reiteração delitiva, o que implica na legitimidade da custódia cautelar (STJ, HC 440095/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA). A prudência é impositiva, máxime frente ao tratamento severo que se deve dispensar a grupos estruturados fora da lei que saqueiam bens de vultoso valor de mercado com investida premeditada, em comparsaria, com arma de fogo e restrição da liberdade da vítima.

O fato é grave concretamente e há indícios de que o recorrido seja enfileirado nesta célula marginal estruturada voltada ao roubo de carga. Daí porque inviável a substituição do cárcere por qualquer outra medida cautelar alternativa, sendo, de igual modo, inócua condições pessoais favoráveis, uma vez que se está diante de crime sob a forma estruturada contra o patrimônio alheio, elemento concreto que motiva o fundamento ao decreto de prisão preventiva com estribo na garantia da ordem pública.

Conforme lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: "*O fato de o agente ser primário, não ostentar antecedentes e ter residência fixa não o levam a conseguir um alvará permanente de impunidade, visto que essa tem outros fundamentos. A garantia da ordem pública e da ordem econômica, bem como a conveniência da instrução criminal e do asseguramento da aplicação da lei penal fazem com que o juiz tenha base para segregar de imediato o autor da infração penal grave*" (Código de Processo Penal Comentado, RT, 9ª ed., p.635).

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso ministe-

Acesso ao Sumário

rial para decretar a prisão preventiva de CARLOS ALBERTO COOPER, qualificado nos autos, expedindo-se mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1004404-24.2020.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é recorrente/querelante REINALDO ANTONIO FERREIRA, é querelada CÁSSIA MAISA CÂNDIDO DOS SANTOS e Recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.244)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente), ÁLVARO CASTELLO e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 8 de junho de 2021.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME CONTRA HONRA – REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME – Almejado recebimento da inicial acusatória – Impossibilidade – Atipicidade da conduta por ausência do elemento subjetivo – Fatos desabonadores irrogados em sede de contestação pela recorrida com o único propósito de fundamentar teses defensivas opostas ao pedido indenizatório formulado pelo recorrente perante o Juízo Cível – Inexistência de lastro probatório mínimo que indique intenção livre e consciente de ofender a honra objetiva do recorrente – Ausência de *animus diffamandi* – Observância da imunidade judiciária prevista no art. 142, I, do CP – Decisão mantida.

Acesso ao Sumário

VOTO

RECURSO DESPROVIDO.

1. Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto por Reinaldo Antônio

Ferreira em face da r. decisão de fls. 144/146, que rejeitou a queixa-crime oferecida contra **Cássia Maisa** Cândido dos Santos, com fundamento no art. 395, inc. I e II, do Código de Processo Penal.

Busca-se o recebimento da exordial acusatória ao argumento que existe justa causa para se iniciar a *persecutio criminis*, eis que demonstrado que a recorrida, no âmbito da ação de cobrança cumulada com pedido indenizatório proposta pelo recorrente no Juízo Cível, atribuiu fatos ofensivos à sua honra, aduzindo que ele seria um "*embriagado, que dá mau exemplo à sociedade*", inclusive acostando fotografia de ocasião festiva em que bebidas alcoólicas eram despejadas em sua boca, se esvaindo pelo pescoço e queixo. Outrossim, teria ainda lhe imputado a pecha de "*caloteiro, desequilibrado, alcoólatra*", assim procedendo a fim de lhe atingir a reputação "*para levar alguma vantagem no processo de cobrança*", o qual, por não estar sob sigilo, permanece amplamente acessível ao público (cf. razões de fls. 177/180).

O reclamo foi contrarrazoado (fls. 184/186 e 204/210), sendo mantida a decisão (fls. 187).

A ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer subscrito pelo Dr. Franco Caneva Júnior, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 222/225).

É o sucinto relatório.

2. Consta da queixa-crime (fls. 1/11) que "*em 13/05/2019, o Querelante ajuizou contra a Querelada uma Ação de Cobrança e Indenização por Danos Morais, autos do processo n.º 1001595- 61.2020.8.26.0084, da 34.ª Vara Judicial do Foro Regional de Vila Mimosa*." Ato contínuo, em 22/05/2020, a querelada apresentou contestação, assim se referindo ao recorrente:

> *"Tal atitude do requerente já demostra que o mesmo não é uma pessoa equilibrada psicologicamente.*
>
> *...*
>
> *O requerente já tinha problemas psicológicos bem antes de conhecer a requerida, por isso nenhum problema dessa espécie pode ser atribuído a ela.*
>
> *Além disso, pedir uma indenização de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a uma pessoa que ele sabe que é pobre é uma insanidade sem tamanho.*
>
> *...*
>
> *Desse valor R$ 1.946,04 (mil novecentos e quarenta e seis reais e quatro centavos) deve ser descontado da conta que o requerente tinha no bar, já que o mesmo o frequentava quase diariamente, fazia festas, muitas vezes se embriagando, dando mau exemplo e ainda pagava para outras*

Acesso ao Sumário

pessoas comerem, beberem e pedirem músicas em sua conta".

Em 20 de agosto de 2020 o Juízo *a quo* rejeitou a queixa-crime, com fundamento no art. 395, inc. I e II, do Código de Processo Penal, por atipicidade da conduta imputada (fls. 144/146).

3. Está correta a solução dada pelo nobre Magistrado. Conforme bem salientado na *decisão ora impugnada*:

"O crime de difamação não se caracteriza sem o animus diffamandi. No caso em exame, não se pode concluir que tais impropérios tenham sido lançados pela querelada com o propósito único e exclusivo de prejudicar o querelante, mas sim de externar indignação, devido a um desacerto comercial.

Observa-se, ainda, que a única intenção do advogado da querelada, ao contestar ação de cobrança cumulada com pedido de indenização por danos morais ajuizada pelo aqui querelante, foi exclusivamente beneficiar sua cliente, e não macular a honra alheia."

Ao que parece, o recorrente havia adquirido da parte adversa um estabelecimento comercial (*Bar Retrô*); todavia, posteriormente manifestou desejo de distrato e buscava, então, por meio da referida ação de cobrança, reaver os valores já pagos na compra, bem assim o ressarcimento por alegados danos morais, pois, segundo ele, em virtude dos percalços financeiros provocados pelo malfadado negócio jurídico, teria passado a "*sofrer de doenças de depressão e ansiedade, as quais evoluíram para estado crônico e incurável*" (fls. 45/87).

Na peça de defesa a querelada aduziu que **Reinaldo** "*não é pessoa equilibrada psicologicamente*", que *"já tinha problemas psicológicos bem antes de conhecer a requerida, por isso nenhum problema dessa espécie pode ser atribuído a ela*"; e que *"pedir uma indenização de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a uma pessoa que ele sabe que é pobre é uma insanidade sem tamanho*". Ressaltou, ainda, que do valor demandado deveria ser abatido dívida que o recorrente "*tinha no bar, já que o mesmo o frequentava quase diariamente, fazia festas, muitas vezes se embriagando, dando mau exemplo e ainda pagava para outras pessoas comerem, beberem e pedirem músicas em sua conta*" (fls. 90/98).

Bem se vê que as pretensas ofensas foram suscitadas pela recorrida em sede de contestação, com nítido e único propósito de opor tese defensiva contra o pedido indenizatório formulado pelo recorrente perante o Juízo Cível, no âmbito da referida ação de cobrança. A hipótese tampouco revela excessos penalmente relevantes, porquanto as considerações foram pontuadas nos estritos limites do pedido e da causa de pedir da demanda cível ajuizada pelo recorrente.

Dos elementos coligidos aos autos, não é possível constatar que o escopo da querelada fosse imputar fatos desabonadores destinados a macular a honra objetiva do querelante.

Acesso ao Sumário

O próprio recorrente assevera na queixa-crime que o intuito dela seria "*chocar o Juiz da causa civil*", para "*levar alguma vantagem no processo de cobrança*". Disso não decorre a configuração do indispensável *animus diffamandi*, inerente ao tipo penal do art. 139, do Código Penal.

Outrossim, eventuais ofensas invocadas em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador, estão abarcadas pela imunidade judiciária prevista no art. 142, inc. I, do mesmo Estatuto legal.

Nesse sentido:

"*Não constitui injúria nem difamação a ofensa irrogada pela parte ou por seu procurador em juízo, na discussão de causa, por se tratar de situação acobertada pela imunidade judiciária prevista no art. 142, I, do Código Penal. A intenção de defender-se (animus defendendi) descaracteriza o elemento subjetivo e, por consequência, afasta a tipicidade dos crimes contra a honra. Precedentes.*" (STJ, HC 563125/AL, 5ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13/014/2021).

4. Em vista do exposto, pelo meu voto **nega-se provimento** ao recurso.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2283090-87.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário ROBERTO HENRIQUE DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: por maioria, sem declaração de votos, com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal, deferiram o pedido de Roberto Henrique de Oliveira para, reconhecendo a forma privilegiada do delito, reduzir as penas a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo unitário, com substituição da corporal por prestação de serviços à comunidade e outra multa de 10 (dez) diárias, no piso. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do peticionário, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.562)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), JOÃO MORENGHI, MARIA TEREZA DO AMARAL, XAVIER DE SOUZA, PAIVA COUTINHO, PAULO ROSSI e AMABLE

Acesso ao Sumário

LOPEZ SOTO.

São Paulo, 30 de abril de 2021.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa:

1. Revisão – Pedido de redução das reprimendas – Alegação de contrariedade a texto expresso de lei – Conhecimento.

2. Tráfico – Privilégio afastado, no acórdão, sob o argumento de que a quantidade das drogas indicava dedicação a atividades delituosas – Mera ilação – Réu confesso, primário e sem antecedentes – Montante significativo, porém não expressivo – Adoção do desconto aplicado na sentença, adequado ante o volume dos tóxicos e as circunstâncias pessoais favoráveis do sentenciado.

3. Regime inicial aberto e substituição – Cabimento – Súmulas 718 do STF e 440 do STJ – Resolução 05/2012 do Senado Federal.

VOTO

Roberto Henrique de Oliveira foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 32ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo unitário, substituída a corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, como incurso no art. 33, "caput" e § 4º, da Lei 11.343/06 (fls. 174/183 dos autos originais).

O Ministério Público apelou e, por unanimidade, a 10ª Câmara de Direito Criminal deu parcial provimento ao recurso para, cassando o privilégio, fixar as penas em 05 (cinco) anos de reclusão, inicialmente no equipamento fechado, e multa de 500 (quinhentas) diárias, no piso, afastada a substituição (fls. 245/250).

Irresignado, Roberto pretende desconstituir a coisa julgada por intermédio do presente pedido revisional. Sustentando contrariedade a texto expresso de lei, requer restabelecimento da forma privilegiada do delito, bem como do regime inicial aberto e das sanções restritivas de direitos em lugar da reclusiva.

A D. Procuradoria da Justiça opina pelo não conhecimento ou pelo indeferimento do pleito.

É o relatório.

1. O pedido comporta conhecimento.

Acesso ao Sumário

Procura o requerente demonstrar que afrontadas disposições legais atinentes à reprimenda, o que equivale a dizer que se revela a decisão contrária a texto expresso de lei, uma das hipóteses em que se admite a revisão.

Nem se afirme que o peticionário apenas repisa as mesmas ponderações já deduzidas no curso do processo, pois o que a lei veda é a mera reiteração do próprio pedido revisional, conforme dispõe o art. 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e não a repetição das alegações já apreciadas, ainda que em grau de recurso.

2. Roberto foi condenado porque, conforme admitiu e atestaram os policiais responsáveis por sua prisão, portava 233 g de cocaína e 06 g de maconha, acondicionados em 72 e 05 porções, respectivamente, para fins de tráfico.

Concedido em primeiro grau, o privilégio foi cassado no acórdão sob o argumento de que a quantidade das drogas indicava dedicação do sentenciado a atividades criminosas.

Cuida-se, todavia, de mera ilação, sem respaldo em qualquer elemento probatório.

Ora, ainda que significativo, não expressivo o montante dos entorpecentes, podendo-se imaginar diversas circunstâncias para a posse pelo réu, não só aquela ventilada no aresto. O fato é que não esclarecido o modo como o acusado recebeu as porções, devendo a dúvida beneficiá-lo. Até mesmo porque primário e sem qualquer antecedente criminal.

Importante ainda salientar que os óbices previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, dizem respeito a ações diversas da própria conduta ensejadora da condenação. Se assim não fosse, a diminuição das penas nunca se mostraria possível, desvirtuando-se por completo o espírito que norteou a previsão legal.

Logo, forçoso reconhecer que o afastamento do privilégio contrariou texto expresso de lei.

Ponderando-se a quantidade dos entorpecentes e as circunstâncias favoráveis do peticionário, confesso e aparentemente neófito na criminalidade, adequado o redutor de 1/2 adotado na sentença.

Assim, restauram-se as penas aos patamares de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e multa de 250 (duzentas e cinquenta) diárias.

Em consequência, não pode persistir o regime inicial fechado, imposto com fulcro tão-somente na gravidade do delito, já considerada pelo legislador na escolha do piso e do teto da pena privativa de liberdade.

Sob o mesmo entendimento, a Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal estabelece que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

Acesso ao Sumário

Além disso, ao fixar o equipamento fechado, mesmo mantendo as básicas nos mínimos legais, o aresto traduziu manifesta incoerência. Conforme o art. 59 do Código Penal, são os critérios ali arrolados que devem ser levados em conta pelo Juiz na seleção da qualidade e quantidade da pena a ser imposta, bem como do regime para seu cumprimento. Ilógico que as mesmas circunstâncias justifiquem, de um lado, a sanção mínima e, de outro, o estágio mais gravoso.

Esse, aliás, o teor da Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Cabível, portanto, o equipamento aberto. Além de compatível com a pena ora estipulada, suficiente a medida para a reprovação e prevenção da conduta.

Mas não é só.

Identificado o tráfico privilegiado e aplicada reclusiva não superior a quatro anos, possível a substituição da reprimenda por prestação de serviços à comunidade e multa de 10 (dez) diárias, no piso, nos termos do art. 44 do CP.

Ressalte-se que a Resolução 05/2012 do Senado Federal suspendeu a vedação de conversão em penas restritivas de direitos prevista no art. 44 da Lei de Drogas, declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF nos autos do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS.

3. Frente ao exposto, com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal, defere-se o pedido de Roberto Henrique de Oliveira para, reconhecendo a forma privilegiada do delito, reduzir as penas a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo unitário, com substituição da corporal por prestação de serviços à comunidade e outra multa de 10 (dez) diárias, no piso. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do peticionário.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2093761-22.2021.8.26.0000, da Comarca de Tremembé, em que é peticionário NARCISO BRUNO DA SILVA MOREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Indeferiram a revisão criminal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.367)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MÁRCIO BARTOLI (Presidente), MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, COSTABILE E SOLIMENE, AMARO THOMÉ, LUIZ FERNANDO VAGGIONE e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 3 de junho de 2021.
FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: 1 – Tráfico de drogas ocorrido no interior de estabelecimento prisional. Condenação. Apelo da defesa. Improvimento. Materialidade e autoria comprovadas. Causa especial de aumento incidente, ante o local em que ocorridos os fatos. Trânsito em julgado.

2 – Revisão Criminal. Alegação de contrariedade da condenação à evidência dos autos. Condenação amparada em provas robustas. Tráfico bem delineado, ocorrido no interior de estabelecimento prisional. Causa especial de diminuição. Impossibilidade. Reincidência comprovada. Dosimetria e fixação do regime inicial fechado corretos. Revisão Criminal indeferida.

VOTO

O peticionário foi acusado perante o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Tremembé, como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, em razão de fatos ocorridos no dia e local apontados na denúncia, quando, guardava e tinha em depósito, no interior da penitenciária em que cumpria pena, 28,79g de maconha, em desacordo com determinação legal. Ao final da instrução, foi condenado nos termos da denúncia, à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 680 dias-multa no piso (fls. 6-11).

Inconformada, a defesa apelou, tendo a 14ª Colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negado provimento ao recurso (fls. 23-29).

Agora, através de pedido revisional, a defesa aduz, em suma, que a condenação se deu em contrariedade à evidência da prova coligida aos autos (fls. 1-3).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça oficia no sentido do indeferimento da presente revisão (fls. 38-43).

É o relatório.

Segundo consta, policiais civis receberam uma denúncia anônima de que o local dos fatos estaria funcionando como ponto de tráfico de entorpecentes.

Interrogado em juízo, o réu negou a prática do delito, alegando, em síntese, que na data apontada na denúncia agentes penitenciários realizavam blitz em sua ala prisional, por conta de uma denúncia anônima. Eles fecharam o portão

Acesso ao Sumário

que dividia as alas de números 1 e 2, ocasião em que os cerca de duzentos detentos saíram para contagem. Em seguida, viu um dos detentos levantar-se, bem como dispensar algo no chão. Sentou-se no lugar onde o outro aquele detento estava. Ato contínuo, ao perceber que o que havia sido dispensado era droga – que estava perto de seus pés – levantou-se, sendo, entretanto, contido pelo agente penitenciário. Ele recolheu a droga que estava no chão e a colocou dentro de uma caneca, afirmando que pertencia ao declarante (fls. 12-16).

De outro lado, os agentes penitenciários José Helder Tomé de Azevedo e Rilton Henrique de Moraes Júnior, ouvidos em audiência, confirmaram terem flagrado o ora peticionário na posse dos entorpecentes. Na data dos fatos, realizavam procedimento de rotina quando, no refeitório da ala de progressão, visualizaram o requerente sentado em um saco de estopa, onde introduzia objetos. Constataram que se tratava de drogas, tendo sido encontradas vinte e sete porções de maconha (fls. 16-21).

O laudo de fl. 61 dos autos originários atestou o princípio ativo da droga apreendida.

É essa prova que deve ser reexaminada, para se concluir a respeito da injusta ou correta condenação.

Uma das possibilidades postas no artigo 621, nº I, do Código de Processo Penal, é a revisão em virtude de sentença contrária à evidência dos autos. Sobre esse tema, José Frederico Marques sustenta que a decisão: "é revista e rescindida, mediante reexame do que se continha no processo no qual a sentença errônea e iníqua foi proferida". Depois, assinala: "*Quando, no entanto, a revisão se assenta no artigo 621, nº II, do Código de Processo Penal, fatos novos é que possibilitam a rescisão do julgado condenatório*". Se o pleito afirma que a prova foi incorretamente valorada, que dá margem a incertezas acerca da conclusão do julgado, somente é possível decidir-se conhecendo do pedido, enfrentando-o pelos argumentos de mérito. É essa prova que deve ser reexaminada, para se concluir a respeito da injusta ou correta condenação.

Todavia, cuida-se de juízo rescisório da coisa julgada, cujo ônus de prova do *error in judicando* cabe à defesa, porquanto a revisão criminal não deve ser utilizada a guisa de apelação, como mero instrumento de reavaliação de provas existentes nos autos e anteriormente analisadas por competente Câmara Criminal deste Tribunal.

Em processos como este, somente a constatação de flagrante equívoco na valoração das provas pelo juízo permite a conclusão de que a decisão contraria a *evidência dos autos*, aceitando-se, no entanto, que o magistrado, dentre as teses apresentadas, filie-se a uma delas com respaldo probatório.

É o caso dos autos. Isso porque reexaminando o conjunto de provas produzido não se afigura absurda ou juridicamente inconsistente a decisão

Acesso ao Sumário

condenatória, tomada em segunda instância, à evidência da prova dos autos, lastreada nos harmônicos depoimentos dos agentes penitenciários, os quais corroboraram em juízo a versão posta na denúncia, esclarecendo como se deu a abordagem do ora peticionário, flagrado sentado em cima do saco em que encontradas as drogas, além de inserir algo em seu interior, em evidente contexto de traficância.

No tema, como é cediço, não se pode duvidar, de antemão, da veracidade dos testemunhos dos agentes penitenciários. Como qualquer outra pessoa, podem prestar prova válida, dependendo do conteúdo de suas alegações. Depois, seria absurdo que, somente pela função exercida, pudessem ser tomados por suspeitos daquilo que declaram. Inverter-se-ia a presunção de legalidade dos atos desses agentes públicos. Além disso, não parece razoável que fossem incriminar inocente, escolhido aleatoriamente, imputando-lhe o grave delito, sem qualquer razão pessoal para o ato. Portanto, não demonstrada qualquer razão para suspeita de conduta censurável dos agentes – e nenhuma foi provada pelo ora peticionário – é de se admitir seus testemunhos como verdadeiros.

Depois, em que pesem as razões da combativa defesa, a norma penal encartada no artigo 33 da Lei 11.343/066 traz em seu bojo várias ações que podem caracterizar o delito de tráfico, logo, não é necessário que o agente fosse preso vendendo a droga, tampouco portando quantia em dinheiro ou que petrechos normalmente utilizados na atividade de traficância fossem encontrados, pois a aquisição, a guarda, enfim a posse desse material ilícito é suficiente para realização do crime do artigo 33 da lei especial.

Assim, examinado o conjunto das provas, apontando esse em determinado sentido que possa ser tomado como certeza para o convencimento do julgador, não há decisão manifestamente contrária às evidências dos autos. Existe essa, quando os indícios tomados para a condenação são absolutamente tênues, não resistindo à crítica contrária, em face de outros presentes no processo, o que não foi a situação verificada no processo revidendo.

A dosimetria aplicada não comporta reparos, porquanto corretos os pequenos aumentos perpetrados em decorrência da reincidência comprovada (fl. 127 dos autos originários), bem como da incidência da causa especial de aumento de pena, decorrente do crime ter sido praticado em estabelecimento prisional.

Em razão da reincidência, impossível a aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei Antidrogas, recomendando-se, a um só tempo, a manutenção do regime inicial fechado, fixado desde a origem.

Portanto, indefere-se a presente Revisão Criminal, para manter integralmente o acórdão ora combatido.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2140952-39.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE RESTAURANTES – ANR, 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 22.992)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, CAMPOS MELLO, ELCIO TRUJILLO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE e JAMES SIANO.

São Paulo, 14 de abril de 2021.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Estadual nº 16.270, de 05 de julho de 2016, que "dispõe sobre a obrigatoriedade da concessão de desconto ou de meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia, em restaurantes ou similares, e dá outras providências". Competência da União para legislar sobre direito comercial (artigo 22, inciso I, da CF/88). Ofensa ao princípio federativo. Ademais, a obrigação de conceder descontos de 30% a 50% na meia porção e 50% no "festival" e "rodízio" às pessoas que tenham sido submetidas à cirurgia bariátrica ou qualquer outra forma de gas-

Acesso ao Sumário

troplastia, acaba por afrontar o princípio da livre iniciativa, da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 111 da CE). Ação julgada procedente.

VOTO

Adotado o relatório do acórdão de fls. 155/264, *"trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional de Restaurantes visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 16.270, de 05 de julho de 2016, que 'dispõe sobre a obrigatoriedade da concessão de desconto ou de meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia, em restaurantes ou similares, e dá outras providências', no âmbito do Estado de São Paulo, porque, segundo ela, viola o disposto nos artigos 1º, 111 e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz que a norma combatida usurpou a competência da União para legislar sobre direito comercial (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal), bem como afronta os princípios da livre iniciativa e da razoabilidade, na medida em que cria um ônus desnecessário para os empresários. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 16.270, de 05 de julho de 2016, do Estado de São Paulo.*

A liminar foi deferida (fl. 85/88) e desprovido o agravo regimental interposto (fl. 214/224).

O Procurador-Geral do Estado de São Paulo e o Governador do Estado de São Paulo postulam a procedência do pedido (fl.107/115; 123/124).

A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, por seu Presidente, argui preliminares de prejudicialidade relativamente à ação direta de inconstitucionalidade em trâmite no *Supremo Tribunal Federal (ADI 5.561), inadmissibilidade do controle estadual concentrado de constitucionalidade em face de parâmetros da Constituição Federal, ilegitimidade ativa da requerente e, no mérito, defende a constitucionalidade da lei (fl. 126/154).*

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 230/248, opinou, preliminarmente, pela extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa e pela suspensão do feito, e, se superadas as preliminares, pela procedência da ação."

Pelo mesmo acórdão referido, de fls. 255/264, então na relatoria do I. Des. Ricardo Anafe, foram rejeitadas as preliminares e determinada a suspensão do feito, até julgamento, pela Suprema Corte, da ADI 5561, voltada contra a mesma lei estadual.

A fls. 381 sobreveio informação do julgamento da direta mencionada, cuja monocrática está a fls. 382/387.

É o relatório.

Julgada a direta cujo trâmite havia determinado a suspensão da ação pre-

Acesso ao Sumário

sente, vê-se do deslinde que, no âmbito da Suprema Corte, recusada legitimidade à associação que era lá a demandante. Destarte, retoma-se o presente feito, em que já se tinham superado as prejudiciais arguidas, inclusive a de ilegitimidade ativa da – outra – associação, aqui autora (v. em especial fls. 259/260), além da falta de parametricidade com a Constituição do Estado.

No mérito, então, inicie-se por ratificar o quanto ponderado na decisão que deferiu a liminar requerida (relatoria então do **I. Des. Ricardo Anafe**), inclusive com remissão a arestos que neste Colegiado haviam examinado situação símile:

"Plausível a argumentação exposta na inicial, na medida em que a lei local, em princípio, usurpou a competência da União para legislar sobre direito comercial (artigo 22, inciso I da Constituição Federal). De outro lado, referida norma, ao impor aos estabelecimentos comerciais (restaurantes e similares) a obrigação de conceder descontos de 30% a 50% na meia porção e 50% no 'festival' e 'rodízio' às pessoas que tenham sido submetidas à cirurgia bariátrica ou qualquer outra forma de gastroplastia, prima facie, acaba por afrontar o princípio da livre iniciativa (artigo 170, da Constituição Federal). A propósito do tema, julgados do Colendo Órgão Especial: ADIn nº 2042147-22.2014.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 04/02/2015 e ADIn nº 0015556-91.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 03/12/2014."

Interposto agravo, este Órgão Especial a ele negou provimento, por votação unânime (fls. 214/224), mercê de deliberação assim ementada:

"Agravo Regimental. Pretensão de revogação de liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade em que se suspendeu, até final julgamento, a Lei nº 16.270, de 5 de julho de 2016, do Estado de São Paulo, que 'dispõe sobre a obrigatoriedade da concessão de desconto ou de meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia, em restaurantes ou similares, e dá outras providências' – Pedido de reforma consubstanciado nas alegações de afronta ao princípio da reserva de plenário, ilegitimidade ativa ad causam e usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal – Razões recursais que não tem o condão de alterar a posição adotada por este Relator, em cognição sumária – Presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida – Inexistência de afronta ao artigo 10, da Lei nº 9.868/99 – Matéria trazida pelo agravante como fundamento a pretendida cassação da liminar que não é de ser apreciada nesta oportunidade – Manutenção da decisão agravada. Nega-se provimento ao recurso interposto."

Acesso ao Sumário

Na ocasião, ademais do quanto já da liminar havia constado, ainda se aludiu a precedente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Confira-se:

"A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1 IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicá-

vel ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa" (**RE nº 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5/12/2005, Segunda Turma, DJ de 24/3/2006**).

Evidencia-se, pois, de um lado a violação ao pacto federativo, invadindo-se competência própria da União (art. 1º da CE); de outro, ao princípio da livre iniciativa e mesmo da proporcionalidade e razoabilidade, impondo-se ônus desarrazoado aos fornecedores de alimentação, tomado o móvel da imposição (art. 111 da CE).

Tampouco, acrescente-se, cabe socorro a pretenso atendimento ao consumidor. Consoante se extrai do parecer da Procuradoria de Justiça, remetendo a precedentes a Suprema Corte, *"aos Estados é vedado, a pretexto de veicularem norma em defesa do consumidor, legislar sobre direito civil, notadamente sobre as relações comerciais."* (**STF, AgR-RE 877.596-TJ, rel. Min. Rosa Weber, j. 09.06.2015**).

Em síntese, e na completa indicação das causas de mácula à lei presente, colhe-se do precedente logo ao início citado, deste Colegiado, relator o **E. Des. Ferreira Rodrigues** (**ADI n. 0015556-91.2013.8.26.0000**):

"Ao impor aos estabelecimentos comerciais a obrigação de conceder desconto de 50% em relação ao preço original ou a fornecer meia porção (gratuitamente ou paga), a lei impugnada – a pretexto de promover incentivo às pessoas que foram submetidas à cirurgia bariátrica acaba por afrontar o princípio da livre iniciativa, uma vez que concede benefício a um grupo determinado de pessoas, à custa do empresariado e em situação em que não se exige essa intervenção, e ainda sem qualquer contrapartida, ou seja, na verdade, o Estado não está promovendo uma ação social, mas impondo ao particular a obrigação de promovê-la, o que justifica, aqui, o uso da expressão popular de que não se deve fazer 'cortesia com chapéu alheio' para, em poucas palavras, reconhecer e debelar esse sentido obscuro da norma. 'Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimar práticas redistributivas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento' ('A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTROLE DE PREÇOS', Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 14, maio, junho e julho/2008, Salvador/BA). Por fim, é importante considerar que a lei impugnada, além dos vícios apontados, também ofende o princípio da razoabilidade, na medida em que cria um ônus desnecessário para os empresários, considerando que, para o período pós-operatório, em casos de cirurgia bariátrica, a literatura médica recomenda aos pacientes a reeducação alimentar, vale dizer, prioriza principalmente a qualidade e não só a quantidade de alimentos (porção inteira ou meia porção). Ademais, a norma não tem por objetivo assegurar o exercício de garantias

Acesso ao Sumário

constitucionais, como, por exemplo, o direito à educação, à cultura e à ciência (art. 23, inciso V, da Constituição Federal), de forma a justificar a intervenção estatal, tal como nos casos de concessão de meia entrada aos estudantes para ingresso em cinemas e teatros, mas, simplesmente, procura conferir maior conforto e atenção aos pacientes que se submeteram à cirurgia bariátrica, cuja providência, entretanto, mesmo que fosse exigível e necessária do ponto de vista constitucional, deveria ser promovida pelo Estado, e não às custas da iniciativa privada, e ainda mais por meio coercitivo." (g.n.)

Ante o exposto**, julga-se procedente** a presente ação direta, tornada definitiva a liminar concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2195214-94.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BEBEDOURO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BEBEDOURO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.824)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 28 de abril de 2021.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SALÁRIO-ESPOSA. Artigo 168 da Lei n. 2.693, de 26 de agosto de 1997, do Município de Bebedouro.

Impossibilidade de concessão pelo simples fato de o

Acesso ao Sumário

servidor público municipal ter esposa ou companheira que não exerça atividade remunerada. Inobservância ao interesse público e às exigências do serviço. Concessão de benefício a homens ocupantes de cargos públicos que tenham esposas ou companheiras nas condições descritas que importa tratamento diferenciado aos servidores municipais em razão do gênero, sem apresentar qualquer justificativa para tanto. Desrespeito aos artigos 111, 124, § 3º, 128 e 114 da Constituição Estadual e 7º, XXX, da Constituição Federal, bem como aos princípios constitucionais da Administração Pública.

Ressalva apenas quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé até a data deste julgamento.

Ação julgada procedente, com observação.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, contra o artigo 168 da Lei n. 2.693, de 26 de agosto de 1997, do Município de Bebedouro.

Sustenta que o dispositivo em questão, ao instituir o benefício do salário -esposa, ofende os artigos 111, 124, § 3º, 128 e 144 da Constituição Estadual. Diz que se trata de dispêndio público sem causa legítima, citando doutrina. Disserta sobre as vantagens pecuniárias. Afirma que a gratificação em questão não decorre do interesse público nem de exigências anormais do serviço. Diz que retribuir o simples fato de o servidor do gênero masculino ser casado ou viver em união estável com pessoa que não trabalha não é razoável. Argumenta que a situação não atende aos padrões mínimos de razoabilidade, citando jurisprudência. Invoca os princípios da igualdade e da impessoalidade, ressaltando a violação ao artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal. Transcreve julgados, pedindo, liminarmente, a suspensão do dispositivo legal (fls. 1/11).

Foi indeferido o pedido de liminar (fls. 236/237).

Os réus apresentaram informações (fls. 248/250 e 256/261).

O autor da ação interpôs agravo contra a decisão que indeferiu a liminar (fls. 263/277), que restou improvido (fls. 288/291).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado deixou de se manifestar (fls. 297).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 300/305).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Pretende o Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo obter a declaração da inconstitucionalidade do artigo 168, da Lei n. 2.693, de 26 de agosto de 1997, do Município de Bebedouro (fls. 1/12).

O dispositivo legal impugnado assim dispõe:

Art. 168. O valor do salário-esposa corresponderá a 3% (três por cento) da referência 01, reajustado à época do reajuste salarial dos funcionários e servidores municipais. (alterado pela Lei Complementar n. 22/2005)

§ 1º. Ao pai e à mãe equiparam-se o padrasto e madrasta e, na falta destes, os representantes legais dos incapazes.

§ 2º. O salário-esposa será concedido ao funcionário ou servidor, desde que sua esposa ou companheira não exerça atividade remunerada.

§ 3º. Não será pago o salário-esposa nos casos em que o funcionário ou servidor deixar de perceber o respectivo vencimento.

O autor da ação alega que a legislação impugnada ofende os seguintes dispositivos constitucionais, aplicáveis aos Municípios em função do princípio da simetria[1]:

Constituição Estadual

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Artigo 124 – Os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público terão regime jurídico único e planos de carreira.

[...]

§ 3º – Aplica-se aos servidores a que se refere o "caput" deste artigo e disposto no artigo 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX da Constituição Federal.

Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

Constituição Federal

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

Acesso ao Sumário

1 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.

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

[...]

A ação é procedente.

Discute-se na presente ação a constitucionalidade de gratificação denominada salário-esposa, devida em razão do fato de o servidor público do Município de Bebedouro ter esposa ou companheira que não exerça atividade remunerada.

Como é cediço, "vantagens pecuniárias são as parcelas pecuniárias acrescidas ao vencimento-base em decorrência de uma situação fática previamente estabelecida na norma jurídica pertinente. Toda vantagem pecuniária reclama a consumação de certo fato, que proporciona o direito à sua percepção. Presente a situação fática prevista na norma, fica assegurado ao servidor o direito subjetivo a receber o valor correspondente à vantagem. Esses fatos podem ser das mais diversas ordens: desempenho das funções por certo tempo; natureza especial da função; grau de escolaridade, funções exercidas em gabinetes de chefia; trabalho em condições anormais de dificuldades etc." (José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 750. g.n.).

Portanto, a vantagem pecuniária não é contraprestação pecuniária adequada ao simples fato do casamento ou da união estável com mulher que não exerça atividade remunerada.

Nos termos em que foi criada, a gratificação deixa de atender ao interesse público e às exigências do serviço – posto que pretende remunerar simples condição familiar do servidor, decorrente de escolha pessoal e privada.

Além disso, necessário ressaltar que o dispositivo legal impugnado ofende a eficiência, a razoabilidade e a moralidade administrativa, previstas no art. 111 da Constituição Estadual, que assim dispõe:

Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Observa-se que a lei vergastada, ao conceder o benefício a homens ocupantes de cargos públicos que tenham esposas ou companheiras nas condições descritas estabelece tratamento diferenciado aos servidores municipais em razão do gênero, sem apresentar qualquer justificativa para tanto. Há evidente ofensa ao princípio da isonomia, tendo em vista a ausência de um critério de discrímen com fundamento em valores acolhidos pela Constituição.

Aplica-se à questão, inclusive, a regra específica do artigo 7º da Constituição Federal, que expressamente proíbe a diferença de salários por motivo de sexo.

Acesso ao Sumário

E, como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "[n]otadamente, não há como vislumbrar interesse público na instituição de vantagem pecuniária totalmente sem relação com a prestação do serviço ou com a situação peculiar do servidor. Responsabilidades acentuadas, tempo de serviço e trabalho extraordinário seriam situações que poderiam justificar a concessão de vantagem funcional. Agora, prestar retribuição pelo simples fato de o servidor ser casado ou viver em união estável com pessoa 'de prendas domésticas' destoa de toda e qualquer razoabilidade, afigurando-se como liberalidade que se afasta da moralidade, finalidade, eficiência e interesse público que devem nortear a gestão pública (art. 111 da Constituição Estadual). Decerto o 'salário-esposa' esbarra no denominado 'teste de razoabilidade' porque não é necessário, adequado e proporcional: (i) não atende a nenhuma necessidade da Administração Pública, tão-somente aos interesses dos beneficiados; (ii) não se ajusta ao interesse social; (iii) cria ônus financeiro ao município de forma injustificada e desproporcional frente à ausência de benefício ao serviço público." (fls. 303, g.n.).

Assim, os dispositivos legais impugnados são inconstitucionais, pois ofendem ao disposto nos artigos 111, 124, § 3º, 128 e 144 da Constituição Estadual.

Analisando casos semelhantes, assim tem decidido este Colendo Órgão Especial:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 154 da Lei nº 2.693, de 26 de agosto de 1997, com a redação dada pela Lei Complementar nº 94, de 24 de abril de 2013, ambas do Município de Bebedouro, que assegura ao servidor ou funcionário público designado para participar de órgão de deliberação ou àquele que participar como membro ou auxiliar de comissão, o direito à gratificação não excedente a 50% da referência do vencimento de sua função ou cargo. Alegação de ofensa aos princípios da moralidade e impessoalidade, além de inobservância ao postulado da reserva legal (artigos 111 e 128 da Constituição Estadual). Reconhecimento. Critério para fixação da verba que não pode ser delegado pela lei ao Chefe do Poder Executivo. Embora seja do Prefeito Municipal a iniciativa da proposta (dispondo sobre remuneração de servidores) toda questão (inclusive a regulamentação) envolvendo fixação do valor da gratificação deve ser tratada por meio de lei (em sentido estrito), sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Precedentes.* Ação julgada procedente, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores até a data do presente julgamento. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2215205-90.2019.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 12/02/2020; Data de Registro: 28/02/2020 – g.n.)

Acesso ao Sumário

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 79, §§ 1º E 2º, DA LC 28/94, DO MUNICÍPIO DE PARISI QUE INSTITUI GRATIFICAÇÃO POR REGIME ESPECIAL DE TRABALHO A SER PAGA AO SERVIDOR QUE A AUTORIDADE ESCOLHER E QUE SE PRONTIFICAR A FICAR À DISPOSIÇÃO DO TRABALHO 24 HORAS POR DIA – PERCENTUAL DE GRATIFICAÇÃO QUE PODE CHEGAR A 50% DA REMUNERAÇÃO E SERÁ DEFINIDO PELA REFERIDA AUTORIDADE – INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS À CONCESSÃO, BEM COMO DE INTERESSE PÚBLICO, EVIDENCIANDO NÍTIDO AUMENTO DE SALÁRIO A SER CONFERIDO, EM EVIDENTE OFENSA À LEGALIDADE, PELA AUTORIDADE SUPERIOR – VIOLAÇÃO PATENTE AOS ARTIGOS 24, § 2º, I, 111 E 128, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE MANIFESTA, ORA DECLARADA "EX TUNC", DO ARTIGO 79 E SEUS PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 28/94, DO MUNICÍPIO DE PARISI, OBSERVADA A DESNECESSIDADE DE REPETIÇÃO DOS VALORES. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2194919-28.2018.8.26.0000; Relator: Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 13/02/2019; Data de Registro: 27/02/2019)

Por fim, faz-se necessária a ressalva, em observância ao princípio da segurança jurídica, quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé, enquanto vigente a legislação questionada, visto que tais verbas possuem natureza alimentar.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 168 da Lei n. 2.693, de 26 de agosto de 1997, do Município de Bebedouro, observada a irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé até a data do presente julgamento.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2197723-95.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MAIRIPORÃ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MAIRIPORÃ.

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 38298)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEI-

RO FRANCO (Presidente), CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, DÉCIO NOTARANGELI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI e JACOB VALENTE.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Arguição em face da Resolução da Câmara Municipal de Mairiporã/SP n.º 63, de 12 de fevereiro de 2020, que alterou o Regimento Interno da Câmara Municipal de Mairiporã criando a possibilidade do Poder Legislativo sustar os efeitos de decreto ou ato normativo expedido pelo Executivo que exorbitem do poder regulamentar.

Existência de vício de constitucionalidade. Inteligência do art. 144 da Constituição Estadual. Por força do princípio da simetria, em observância ao disposto no artigo 20, inciso IX, da Constituição Estadual e no artigo 49, inciso V, da Constituição Federal, norma municipal que autorize o Poder Legislativo a sustar os efeitos de decreto executivo ou ato normativo do Poder Executivo que exorbite do poder regulamentar deveria estar inserida na Lei Orgânica do Município e não no Regimento Interno da Câmara Municipal. Precedentes.

Ação procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Mairiporã em face da Resolução da Câmara Municipal de Mairiporã/SP n.º 63, de 12 de fevereiro de 2020, que alterou o Regimento Interno da Câmara Municipal de Mairiporã, criando a possibilidade do Poder Legislativo sustar os efeitos de Decreto expedido pelo Executivo que exorbitem do poder regulamentar.

Acesso ao Sumário

Sustenta o autor: (i) resolução n.º 63/2020 da Câmara Municipal de Mairiporã conflita diretamente com normas da Constituição Estadual – artigos 111 e 114, bem como viola princípios da Constituição Federal – artigos 29 e 30; (ii) o art. 1º, da Resolução nº 63/2020, estipulou que o Legislativo local poderia, através de medida normativa, sustar os efeitos de decreto executivo ou ato normativo do Poder Executivo exorbitem do poder regulamentar, criando, assim, uma nova hipótese legislativa não prevista na Lei Orgânica Municipal; (iii) a possibilidade do Legislativo de sustar efeitos de atos do Executivo, que exorbitem de sua competência, possui aporte nos artigos 20, inciso IX, da Constituição Bandeirante, e 49, inciso V, da Constituição Federal; (iv) a inconstitucionalidade, dessa forma, consiste no ato normativo utilizado, simples resolução, quando deveria ser sido editada uma emenda à Lei Orgânica Municipal, em observância do princípio da simetria; (v) a possibilidade do Poder Legislativo sustar os efeitos de Decreto expedido pelo Executivo que exorbitem do poder regulamentar deve constar na Lei Orgânica do Município e não no Regimento Interno da Câmara Municipal.

Liminar deferida às f. 15/17.

Informações às f. 23/27.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às f. 60/63.

É o relatório.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Mairiporã em face da Resolução da Câmara Municipal de Mairiporã/SP n.º 63, de 12 de fevereiro de 2020, que alterou o Regimento Interno da Câmara Municipal de Mairiporã, criando a possibilidade do Poder Legislativo sustar os efeitos de Decreto expedido pelo Executivo que exorbitem do poder regulamentar.

É o seguinte o teor da norma impugnada:

Art. 1º Fica criado o § 4º ao art. 199, Regimento Interno, com a seguinte redação:

Art. 199. ...

§ 1º ...

a) ...

b) ...

c) ...

d) ...

§ 2º ...

§ 3º ...

§ 4º... Sustar os efeitos de decreto executivo e ou ato normativo do Poder Executivo que exorbite do poder regulamentar.

Acesso ao Sumário

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogada as disposições em contrário.

Como asseverei por ocasião da concessão da liminar, vislumbra-se a existência de vício de constitucionalidade da norma impugnada.

Dispõe o art. 49, V, da Constituição Federal que é da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Já o art. 20, IX, da Constituição Estatual dispõe que compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar.

Por outro lado, o art. 144 da Constituição Estadual dispõe que os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por **Lei Orgânica**, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Dessa forma, por força do princípio da simetria, em observância ao disposto no artigo 20, inciso IX, da Constituição Estadual e no artigo 49, inciso V, da Constituição Federal, norma municipal que autorize o Poder Legislativo a sustar os efeitos de decreto executivo ou ato normativo do Poder Executivo que exorbite do poder regulamentar deveria estar inserida na Lei Orgânica do Município e não no Regimento Interno da Câmara Municipal.

Em hipóteses análogas já decidiu este C. Órgão Especial. Confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Itens 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, da alínea "a", e das alíneas "b", "d" e "e", do § 4º do artigo 180 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Iacanga – Exigência de quórum qualificado de 2/3 para aprovação de determinadas matérias legislativas – ***Obrigatoriedade de observância do modelo estabelecido nas Constituições Federal e Estadual para o processo legislativo – Princípio da simetria*** *– Precedentes deste Colendo Órgão Especial – Ofensa aos artigos 10, § 1º, 23 e 144 da Carta Bandeirante. Pedido procedente.* (ADI n.º 2198143-37.2019 – Rel. Ricardo Anafe – j. 12/02/2020). g.n.

No julgado acima, dentre outros, constou o seguinte precedente:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 37, § 3º, inc. I, alíneas 'a', 'b', 'c', 'd', 'e', 'f', 'g' e 'h' da Lei Orgânica Municipal de Tarabai, a exigir quórum qualificado de 2/3 para aprovação de determinadas matérias legislativas. Descabimento. ***Obrigatoriedade de ser observado o modelo estabelecido nas Constituições Federal e Estadual para o processo legislativo. Princípio da simetria.*** *Precedentes deste C. Órgão Especial. Desrespeito aos artigos 10, § 1º e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente."* (ADI nº 2181931-77.2015.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 17/02/2016). g.n.

Em suma, a possibilidade do Poder Legislativo a sustar os efeitos de De-

creto Executivo ou Ato Normativo do Poder Executivo que exorbite do poder regulamentar deveria estar inserida na Lei Orgânica do Município e não no Regimento Interno da Câmara Municipal.

Ante o exposto, **julga-se procedente** a ação para declarar a inconstitucionalidade da Resolução nº 63/2020 da Câmara Municipal de Mairiporã/SP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2200831-35.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BOITUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BOITUVA.

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 51966)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, DÉCIO NOTARANGELI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 2.767, de 29 de maio de 2020, do Município de Boituva – Legislação, de iniciativa parlamentar, que objetiva "regulamentar a data para realização do pagamento do auxílio-alimentação aos Servidores Públicos do Município de Boituva, bem como aos Servidores contratados temporariamente, através do regime CLT, sob a forma do vale-alimentação" do Município de Boituva – Inviabilidade – Matéria de cunho eminentemente administrativo relacionada a regime jurídico e remuneração

Acesso ao Sumário

de Servidores Públicos – Iniciativa do Chefe do Poder Executivo para projetos com interferência na gestão administrativa – Ofensa aos princípios da separação dos poderes – Ato Legislativo impugnado acarreta criação de despesas sem indicar respectiva fonte de custeio – Ofensa aos artigos 24, § 2º, itens 1 e 4, e 144, ambos da Constituição Bandeirante – Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da lei.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BOITUVA, com pedido liminar, impugnando a Lei Municipal nº 2767/2020, de 29 de maio de 2020, que tem por objetivo *"regulamentar a data para realização do pagamento do auxílio-alimentação aos Servidores Públicos do Município de Boituva, bem como aos Servidores contratados temporariamente, através do regime CLT, sob a forma do vale-alimentação"*.

Em apertada síntese, alega a existência de vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes, na ora combatida.

Diz que ao tratar de benefícios próprios de servidores públicos municipais, a Lei 2.767/2020, promulgada pela Câmara Municipal, invade matéria de iniciativa exclusiva do Prefeito, nos termos do art. 24, § 2º, incisos I e IV, da Constituição do Estado de São Paulo, e artigos 88-B, I e II, da Lei Orgânica Municipal de Boituva.

Alega que é conferido ao executivo a autonomia financeira, conforme art. 144 da Constituição Estadual. Diz que ao obrigar o Executivo a pagar vale-alimentação juntamente com os vencimentos normais dos servidores, torna evidente o risco de dano irreparável ao patrimônio financeiro do Município, uma vez que onera demasiadamente o erário numa mesma data, o que pode gerar atrasos nos pagamentos, o que se mostra absolutamente indesejável.

Acesso ao Sumário

O pedido liminar foi deferido, determinando-se a suspensão da vigência e eficácia da lei inquinada de inconstitucionalidade, até final julgamento da presente ação (fls. 163/165).

O Presidente da Câmara Municipal de Boituva interpôs agravo interno contra a decisão liminar (fls. 195/201), que não foi conhecido (fls. 216/222).

O Presidente da Câmara Municipal de Boituva apresentou as informações pertinentes, defendendo o ato normativo impugnado e sustentando que a fixação de data de pagamento de vencimentos dos servidores não configura aumento ou concessão de vantagem (fls. 176/181).

O D. Procurador Geral do Estado deixou de apresentar manifestação (fls.

228).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 231/236, opinou pela procedência da presente ação de inconstitucionalidade.

É o relatório.

A ação é procedente. Explica-se.

A Lei nº 2.767, de 29 de maio de 2020, que ***"Regulamenta o dia para ser realizado o pagamento do auxílio-alimentação aos Servidores Públicos do Município de Boituva, bem como aos Servidores contratados temporariamente, através do regime CLT, sob a forma do vale-alimentação e dá outras providências"***, inquinada de inconstitucional, é de iniciativa parlamentar e, por se tratar de norma afeita à organização da Administração Pública local, entende o Requerente, Chefe do Executivo Municipal, que sua competência, privativa, foi usurpada pelo Legislativo daquele Município, em nítida afronta aos termos dos artigos 24, § 2º, incisos I e IV, e 144, ambos da Constituição do Estado de São Paulo, e artigo 88-B, incisos I e II, da Lei Orgânica Municipal de Boituva.

Examinando a questão, conclui-se que, observada a distribuição de competências relativas a cada ente federado e a cada Poder, bem como a matéria constitucional referente ao tema, a ação deve ser julgada procedente. Explica-se.

Certo é que ao Município é dado legislar sobre assuntos de interesse local, nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal de 1.988.

Entretanto, faz-se necessária a observância de determinados requisitos na produção legislativa, em especial os princípios extraídos da Lei Maior.

De plano verifica-se não ter sido observada a iniciativa do projeto de lei, pertencente única e exclusivamente ao Poder Executivo municipal, pois é o Prefeito quem tem competência privativa, segundo a regra constitucional (artigos 24, § 2º, 4 e 144, da Constituição Estadual), para dispor sobre a *"regulamentação de dia para ser realizado o pagamento do auxílio-alimentação aos Servidores Públicos do Município de Boituva, bem como aos Servidores contratados temporariamente, através do regime CLT, sob a forma do vale-alimentação"*, por se tratar de ato de administração.

Como bem fundamentado no parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, *"A lei questionada, de iniciativa parlamentar, disciplina condições para o pagamento do auxílio-alimentação aos servidores públicos, no caso, a data de pagamento do benefício, ou seja, trata de matéria relativa ao regime jurídico dos servidores públicos, o que vulnera os arts. 5º e 24, § 2º, 4, da Constituição do Estado e os arts. 2º e 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal"* (fls. 233/234).

Logo, a legislação, na forma que apresentada, denota a ingerência da Câmara Municipal de Boituva em atribuições exclusivas do Poder Executivo do referido Município, ofendendo o princípio de Separação dos Poderes, peça essencial de nosso sistema de organização e direção das funções públicas, e que,

Acesso ao Sumário

dentre outros objetivos, traduz forma de prevenção de arbitrariedades por um dos poderes.

Concretamente, verifica-se no caso em exame uma indevida usurpação de atividade atribuída a um Poder da República, por outro, de nefasta consequência para a organização jurídica, como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento, por seu Pleno, da Adin n. 1.391-2, relator o Ministro Celso de Mello:

"O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação do Direito, gerado pela usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado."

Ressalte-se que as regras gerais trazidas pela Carta Magna possuem caráter impositivo, devendo ser observadas nas três esferas de governo, de modo que o Município não pode delas se afastar, em harmonia com o artigo 144 da Constituição do Estado, que exige observância também aos princípios estabelecidos na Carta Federal.

Ademais, o Prefeito Municipal de Boituva justificou seu veto, afirmando que *"Atualmente há acordo firmado com o sindicato da categoria para que o pagamento se dê até o terceiro dia útil do mês subsequente, tal fato enseja o bom fluxo de caixa, com efetiva percepção de receita para que seja possível adimplir com a obrigação trabalhista na data avençada. Caso o presente projeto de lei seja convertido em lei poderá ser inexequível, principalmente em razão da evidente queda de receita por força do COVID-19.*

(...)

Ademais, necessário destacar que a matéria do presente projeto é vetada em ano eleitoral, uma vez que pode criar concorrência desleal entre candidatos em pleito eleitoral" (fls. 29).

Por fim, deve-se anotar que a realização do programa previsto pela lei, além de consistir em vantagem pecuniária de natureza indenizatória denominada auxílio-alimentação, traz determinado custo sem que se especifique de onde será retirado esse valor.

Acesso ao Sumário

É sabido que o empenho de verbas públicas deve vir obrigatoriamente acompanhado da forma de seu custeio, apenas se admitindo a criação de despesas mediante a co-respectiva previsão da receita orçamentária destinada a cobri -la, conforme art. 167, inciso II e § 3º, da Constituição Federal, aplicável, ante o princípio do paralelismo, aos demais entes da Federação, e também nos artigos 52 e 54 da Lei Complementar 101/2000.

À propósito, este Colendo Órgão Especial já declarou a inconstitucionalidade de leis similares, diante do vício de iniciativa parlamentar:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 1.466, de 14 de agosto de 2014, do Município de Cândido Rodrigues, que alterou o artigo 1º da Lei Municipal nº 1.101, de 16 de junho de 2005, autorizando o Poder Executivo a conceder vale alimentação aos servidores públicos municipais no valor de R$ 120,00 (cento e vinte reais). VÍCIO DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Reconhecimento. Versando a norma impugnada sobre remuneração de servidores públicos, cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Executivo (art. 24, § 2º, n. 04, da Constituição Paulista), não poderia o Legislativo interferir nessa matéria para instituir (ou aumentar) o questionado benefício de vale alimentação; ainda mais quando sequer indica os recursos disponíveis para atender aos novos encargos. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2193944-45.2014.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 13.05.2015);

"PARÂMETRO DE CONSTITUCIONALIDADE Compatibilidade entre a Lei Municipal nº 939/18 e a Lei Orgânica Municipal e Lei de Responsabilidade Fiscal. Inadmissibilidade. Aplicação dos artigos 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, VI, da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes. Não conheço da ação quanto aos parâmetros apontados – LOM e LRF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 939, de 03.09.18, do município de Holambra, de iniciativa parlamentar. Autorização ao Poder Executivo para instituir o Vale-Refeição aos servidores municipais e alteração do valor do Vale-Alimentação. Vício de iniciativa. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos com interferência na gestão administrativa e que se refiram 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). Princípio da reserva legal. Lei autorizativa. Lei que não concede diretamente benefício, mas autoriza o Poder Executivo a fazê-lo. Flagrante afronta ao princípio da reserva legal (art. 128 da Constituição Estadual), que exige lei específica para instituição de vantagens de qualquer natureza a servidores públicos. Fonte de custeio. Possível a indicação de fonte de custeio genérica (art. 8º). Precedentes dos Tribunais Superiores. Efeitos da declaração. Aplicação do efeito ex tunc ressalvando-se a não repetição das parcelas recebidas de boa-fé. Ação procedente, com observação" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2197259-42.2018.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 05/12/2018; Data de Registro: 06/12/2018);

Acesso ao Sumário

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 760, de 18 de novembro de 2019, do Município de Taquaral. Legislação de iniciativa parlamentar,

que dispõe sobre a concessão de aumento no auxílio alimentação dos servidores públicos municipais do Executivo. Matéria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos da Constituição do Estado de São Paulo (artigos 5º e 24, § 2º, 1 e 4 e 144). Aplicação, ao caso, da repercussão geral nº 917 do C. STF, bem como, por analogia, da repercussão geral nº 223 também do C. STF. Ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. Inconstitucionalidade reconhecida, observada a irrepetibilidade de valores eventualmente já recebidos pelos servidores, por se tratar de verba de caráter alimentar. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da norma" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2274995-05.2019.8.26.0000; Relatora: Cristina Zucchi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 10/06/2020; Data de Registro: 15/06/2020).

Pelo exposto, julga-se procedente a pretensão inicial para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.767, de 29 de maio de 2020, do Município de Boituva, confirmando-se a liminar anteriormente concedida em todos os seus efeitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2079049-61.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SEVERÍNIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SEVERÍNIA.

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 52.114)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), TORRES DE CARVALHO, CAMPOS PETRONI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 9 de junho de 2021.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 2.392, de 12 de novembro de 2018, do Município de Severínia, que sobre a obrigatoriedade das empresas prestadoras de serviços à Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo CDHU contratarem e manterem empregados prioritariamente, em seu quadro efetivo de funcionários, 80% (oitenta por cento) de pessoas domiciliadas naquela localidade. Direito do Trabalho. Competência legislativa da União. Violação de regra de repartição constitucional de competência legislativa e, por consequência, do princípio federativo de que trata o art. 144 da Constituição Estadual. Distinção que afronta ao art. 19, III da Constituição Federal, o que já foi afirmado por este Órgão Especial n'outros precedentes. Violação reflexa da livre concorrência e da liberdade de contratar. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Est. de S. Paulo em face do Prefeito e da Câmara Municipal de Severínia.

Pela presente pretende-se a declaração de inconstitucionalidade, por violação aos artigos 5º, inciso I; 19, inciso III; 22, inciso I; e 170, inciso IV; todos da Constituição da República, aplicáveis aos Municípios por força dos artigos 111 e 144, ambos da Constituição Estadual, da Lei nº 2.392, de 12 de novembro de 2018, do Município de Severínia.

E em apertada síntese se aduziu que a Edilidade, ao dispor sobre *"a obrigatoriedade das empresas prestadoras de serviços à Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo CDHU"* contratarem e manterem empregados prioritariamente, em seu quadro efetivo de funcionários, 80% (oitenta por cento) de pessoas domiciliadas naquela localidade, estaria violando não apenas a regra da isonomia (artigos 5º, inciso I; e 19, inciso III; ambos da CR/88), mas também a iniciativa legislativa privativa da União para regular Direito do Trabalho (e, nessa medida, vulneraria o Tema nº 484 da Repercussão Geral). Sustenta-se, ainda, que a norma impugnada igualmente atentaria contra a livre concorrência (artigo 170, inciso IV, CR/88), porque romperia com a liberdade da empresa e autonomia da vontade que lhe serve de base.

Acesso ao Sumário

A presente ação foi processada sem liminar e uma vez citados o Prefeito, a Câmara Municipal e a Procuradoria-Geral do Estado (fls. 57, 59, 60 e 61), consta que nenhum teria ingressado aos autos.

Por fim, o pronunciamento do Subprocurador-Geral de Justiça deu-se no sentido da procedência (fls. 64/71).

É o relatório.

VOTO Nº 52.114

Respeitosamente, a ação em curso procede.

Justifico.

Inicialmente parece oportuno transcrever o texto da norma impugnada pela Procuradoria-Geral de Justiça como inconstitucional, confira-se a fls. 2/3. Cuida-se da Lei nº 2.392, de 12 de novembro de 2018, do Município de Severínia, que *"Dispõe sobre a obrigatoriedade das empresas prestadoras de serviços a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU"* e a mesma conta com a seguinte redação:

"Art 1º – Ficam as empresas prestadoras de serviços a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU obrigadas a contratarem e manterem empregados prioritariamente trabalhadores domiciliados neste Município, no percentual de 80% (oitenta por cento) do seu quadro efetivo de funcionários.

§ 1º – O percentual previsto no caput deste artigo é para as novas vagas que forem criadas na vigência desta Lei, compreendida por função dos trabalhadores contratados.

§ 2º – O trabalhador deve estar, desde que devidamente comprovando, no mínimo 01 (um) ano domiciliado no Município de Severínia para a investidura no cargo.

I – A comprovação de domicílio se fará por meio de comprovante de residência e do título de eleitor.

Art. 2º – Não se aplica a determinação prevista no artigo anterior mediante a seguinte hipótese:

I – para contratações de trabalhadores cuja mão de obra exija graduação em curso superior.

Art. 3º – As empresas prestadoras de serviços a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU no município de Severínia, serão obrigadas a destinar 20% (vinte por cento) da reserva percentual determinada no artigo 1º desta Lei, para mão de obra exclusivamente feminina.

Parágrafo Único – Na hipótese de não haver candidata para preenchimento da vaga destinada a mão de obra feminina em 15 (quinze) dias após a publicação de sua abertura, a empresa poderá destiná-la a trabalhador do sexo masculino para ocupá-la.

Acesso ao Sumário

Art 4º – A fiscalização será efetuada pelos órgãos competentes da Prefeitura Municipal"

(*verbis*).

Antes do exame do mérito é igualmente relevante observar que as alegações ministeriais, postas na exordial, com razão, aliás, deram conta de **três violações ao sistema constitucional**, com destaque inicial para a compulsória contenção da autonomia municipal sempre em estreita e absoluta consonância com o desenho estrutural da República posto na Carta Federal, este merecendo coro na Carta Paulista, em seu art. 144, confira-se a partir da argumentação.

A primeira violação agitada pelo autor diz respeito à ***repartição constitucional de competências***, na medida em que o texto legal alvo do nosso exame cuida de *Direito do Trabalho*, competindo à União a regulação daquela específica matéria pelas respectivas casas de lei (o Congresso Nacional), a propósito, regulação aquela que deverá ser uniforme para todo o país.

A segunda violação ofende ao ***preceito da igualdade***, porque a lei impugnada, para colocação profissional naquelas específicas obras executadas no município de Severínia, privilegia trabalhadores locais.

Acertadamente, o autor argumenta que tal critério importa um *discrimen* não razoável, intolerável por estar em flagrante contraposição ao art. 19, III da Const. Federal, *verbis*:

"É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios [...] criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si".

E em terceiro lugar, ainda conforme o quanto exposto a fl. 6 da petição inicial, "*(...) A lei impugnada também viola o princípio da igualdade, na medida em que estabelece uma situação de vantagem para contratação pelo critério da residência ou domicílio. Trata-se de preferência inadmissível às pessoas residentes no Município e que reflete discriminação intolerável aos não residentes construída com base em critério absolutamente inidôneo para tanto (...)*".

Com fundamento em precedente deste Órgão Especial articulou-se também que, *"(...) ao impor uma exigência sem fundamento e desarrazoada para a contratação de empregados (...)* ***a norma afeta a liberdade de contratar e ser contratado*** *que deve reger as atividades profissionais, empresariais e econômicas, conforme mandamento constitucional. A medida rompe com a liberdade de empresa e a autonomia da vontade"* (vide fl. 9).

Anoto que os documentos de fls. 54/61 indicaram de modo cabal a ausência de qualquer resistência da Edilidade e do Prefeito de Severínia, destacando-se, nesta quadra, que se reconhece a melhor intenção dos administradores locais no sentido de prestigiar a massa trabalhadora daquela cidade, porém, data vênia, **agindo daquele modo desatenderam frontalmente normas constitucionais**.

A exordial da Procuradoria-Geral de Justiça remete aos parâmetros cons-

titucionais paulistas postos nos arts. 111 e 144, como igualmente ao quanto consignado nos arts. 5º; 19, III; 22, I e 170, IV da Const. Federal.

E repito que o fez com total razão.

Relevante desde logo destacar **a incidência do Tema 484 do Excelso Pretório**, que, nos termos a seguir, reconhece como legítima a nossa intervenção em casos deste jaez (*verbis*):

> *"legitimidade de Tribunal de Justiça para atuar em controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal contestada em face da Constituição Federal".*

Não há dúvida que o tema em debate versa sobre regulação trabalhista. Não passou despercebido que aquela **norma municipal criou um requisito novo para contratar e ser contratado**.

Primeiramente, a Suprema Corte tem preservado sobredita matéria – Direito do Trabalho – ao exercício legislativo da União. A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribuiu à União ou aos Estados.

Inexiste qualquer motivo para desatendimento daquela orientação pretoriana, confira-se: RE 313.060, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 29-11-2005, 2ª T, DJ de 24-2-2006; ADI 3.894, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 29/10/2018 e ADI 6.149, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJ de 18/12/2019.

É patente a violação das regas constitucionais que tratam da repartição constitucional de competências.

Entretanto, não é só isso, há mais.

O critério de regionalizar a contratação dos obreiros por conta da titularidade de domicílio local, além de importar paradigma totalmente anormal para contratações trabalhistas, ainda ofende o disposto no já transcrito art. 19, III da Const. Federal, como, aliás, assim já se reconheceu aqui neste mesmo Sodalício em casos muito assemelhados, confira-se a decisão a seguir, extraída da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2182703-98.2019.8.26.0000, julgada neste Órgão Especial, Rel. AGUILAR CORTEZ, na sessão de 23/10/2019:

> *"Ação direta de inconstitucionalidade. Mauá. Lei municipal n. 5.404, de 12 de novembro de 2018, por meio da qual 'Fica estabelecida no Município de Mauá a 'Obrigatoriedade das empresas prestadoras de serviços no polo petroquímico do Município de Mauá de contratar e manter seus empregados, prioritariamente, domiciliados no Município e dá outras providências'. Dispositivos impugnados que extrapolam a competência legislativa municipal, ao regularem matéria cujo trato compete privativamente à União (direito do trabalho – arts. 22, I, e 30, I e II, da Constituição Federal). Afronta ao princípio federativo. Lei municipal de iniciativa par-*

lamentar que estabelece obrigações e impõe tarefas típicas de administração ao Poder Executivo. Inconstitucionalidade caracterizada. Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste C. Órgão Especial. Ação julgada procedente".

E há vários outros julgados mais e de igual teor, todos editados por este Colegiado, veja-se lá: ADI 2270853-94.2015.8.26.0000; ADI 2179877-70.2017.8.26.0000; ADI 2121491-13.2018.8.26.0000 e ADI 2000581-20.2019.8.26.0000.

Ou seja, evidentemente aqui o assunto em discussão nada tem de inédito e também não há uma razão sequer para dissentir dos paradigmas acima enumerados.

Quanto ao mais, estão garantidos aos brasileiros, sem nenhuma distinção, o trânsito por todo o território e a absoluta igualdade de oportunidades, especialmente no âmbito das possibilidades profissionais. É absolutamente despropositada a criação de óbices locais, o que, convenhamos, até resvala na *impessoalidade* tratada no art. 37 da Const. Federal. Preceitos obviamente também reproduzidos na Carta Paulista, vide os seus arts. 4º e 111.

A *impessoalidade* e a *igualdade*, especialmente no campo das oportunidades profissionais, são valores absolutamente imbricados e que dizem respeito à base da sociedade republicana.

Como já repetido por este Órgão Especial (precedentes já indicados), estabelecer precedências profissionais pela origem de nascimento ou considerando a origem domiciliar importa fraturar *contra legem* os conceitos de nacionalidade, cidadania e isonomia.

Nem o texto em discussão, quanto mais a sua exposição de motivos, trouxeram um dado sequer, uma razão plausível ao menos para adoção, se o caso, daquelas medidas, de sorte que a reserva dos postos de trabalho em favor dos ali domiciliados, *per se*, evidenciou-se como sendo o único móvel visível para redação do texto e evidentemente não serve, de modo nenhum, como razão para manutenção da regra que é flagrantemente inconstitucional.

A providência afronta aos direitos dos demais brasileiros, moradores n'outras plagas.

Na seara trabalhista qualquer tratamento distintivo é reprovado ainda com maior amplitude, veja-se lá nas edições das leis 9.029/95 e 13.146/2015, concebidas para proibir a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Confira-se a expressa vedação destacada em seu art. 1º, que assim literalmente predica:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa

Acesso ao Sumário

para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)".

Correlacionado aos pontos aqui tratados, de violação da repartição de competências legislativas, mesmo em relação ao desafio à isonomia, ainda encontramos, como consequência lógica do regramento municipal impugnado, o seu desapreço pela liberdade de contratar, que evidentemente fica cingida, tolhida, restrita, em flagrante afronta ao disposto no art. 170, IV da Const. Federal.

Vê-se, então, que o sistema constitucional não se compraz com essas restrições, ainda que a teleologia estivesse permeada das melhores intenções. Eventualmente qualquer tolerância importaria grave precedente, porta aberta para novas discriminações, que negariam a ideia de Estado Democrático.

Respeitosamente, nesses termos, então, proponho ao colendo Órgão Especial que julgue procedente esta ação direta, de sorte a afirmar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.392, de 12 de novembro de 2018, do Município de Severínia.

E sem nenhuma modulação, exatamente para não dar azo à realização de negócios contaminados de inconstitucionalidade.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2015498-73.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados JOSÉ CARLOS BRASIL DIAS, WALFREDO HERKENHOFF, UBIRAJARA CYRILLO, PAULO DA SILVA FETTER, MARIO ROCCO SOBRINHO, JOSÉ CARLOS NEGRÃO, RICARDO PALHARES DA SILVA, GUILHERME JOSÉ DA ROCHA PEREIRA, FRANCISCO CHAVES DA CUNHA, DANIEL JORGE, ANTONIO ALFREDO BALIU MONTEIRO, ALOISIO CIONI MAXIMILIANO e ALFREDO FRANCISCO DA COSTA FERREIRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO, PARA

Acesso ao Sumário

REVOGAR A LIMINAR. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PINHEIRO FRANCO. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. LUIS SOARES DE MELLO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.888)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, DÉCIO NOTARANGELI, RICARDO ANAFE e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Agravo Interno. Mandado de Segurança. Liminar deferida para suspender a extinção do feito, até o julgamento do mandamus. Ato coator do Desembargador Diretor da Coordenadoria de Execuções de Precatórios e Cálculos – DEPRE que, em face da quitação dos valores devidos, julgou extinto o precatório expedido. Eventual complementação do depósito gera a expedição de novo precatório ou precatório suplementar. Observância ao art. 100, § 8º, da Constituição Federal. Ausência dos requisitos necessários à concessão da medida liminar. Liminar revogada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Agravo Interno interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra despacho de fls. 554 do saudoso Desembargador Antonio Carlos Malheiros que deferiu o pleito liminar em mandado de segurança para suspender a extinção do precatório, até o julgamento do mandado de segurança.

Verifica-se dos autos que MARIO ROCCO SOBRINHO e outros impetraram Mandado de Segurança em face de ato coator perpetrado pelo Exmo. Sr. Desembargador Diretor da Coordenadoria de Execuções de Precatórios e Cálculos – DEPRE nos autos do processo de execução de precatório PE nº 7001761-39.1999.8.26.0500.

Naquela inicial aduziram violação a direito líquido e certo perpetrada pelo

Acesso ao Sumário

Desembargador Diretor da Coordenadoria de Execuções de Precatórios e Cálculos – DEPRE ao determinar a extinção do precatório sem observar a pendência de julgamento de recurso que impugna a apresentada conta do depósito, gerando ofensa ao princípio da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da dignidade da pessoa humana. Sustentaram, ainda, ausência de correlação fática entre a situação dos autos e a situação descrita nos comunicados nº 01/2019 e nº 02/2019, além do Comunicado Conjunto nº 1507/2019.

Deferido o pleito liminar, a Fazenda Pública interpôs o presente Agravo aduzindo que a irresignação se volta contra a aplicação da Súmula Vinculante nº 17, que determina a não incidência dos juros de mora durante o "período de graça"; e contra a forma de cálculo do valor dos honorários, que teriam sido atualizados como percentual do crédito principal e não como crédito autônomo, tratando-se, portanto, de critérios de cálculo.

Argumenta que: 1) no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1098-SP e 2924-SP o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição aos arts. 336, V, e 337, VII, do Regimento Interno do TJSP, para limitar a possibilidade de expedição de ofícios complementares de precatórios já expedidos unicamente para as hipóteses em que a atualização de valores decorra de correção de erro material ou de inexatidão aritmética contidos no precatório original; 2) Com o advento da EC 62/2009 não mais é possível em nosso ordenamento jurídico a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, por expressa disposição do artigo 100, § 8º, da Constituição Federal; 3) Foi proferida decisão pelo Conselho Nacional de Justiça no pedido de providências nº 0003340-15.2019.2.00.0000, que ocasionou a edição do Comunicado nº 1/2019 da Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos DEPRE, do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo qual o Tribunal Paulista passa a ser obrigado a processar toda a e qualquer requisição complementar como um novo precatório, desvinculado do primitivo; 4) A pretensão também viola a Resolução nº 303/2019 do Conselho Nacional de Justiça, que, com fundamento no já referido art. 100, § 8º, da Constituição Federal, determina em seu art. 29 que "Decidida definitivamente a impugnação ou o pedido de revisão do cálculo, a diferença apurada a maior será objeto de nova requisição ao tribunal".

Requer o provimento do agravo para revogação da medida liminar.

É o relatório.

É caso de acolhimento das razões recursais da Fazenda Pública.

Em análise preliminar, vislumbro que a questão ventilada no Mandado de Segurança se adequa ao que foi decidido pelo CNJ no Pedido de Providências n.º 0003340-15.2019.2.00.0000, conforme o Comunicado nº 1/2019 da Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos DEPRE, do Tribunal de Justiça de São Paulo. Confira-se:

Acesso ao Sumário

COMUNICADO Nº. 01/2019

A Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos (DEPRE) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em cumprimento à Decisão do Conselho Nacional de Justiça no Pedido de Providências – 0003340-15.2019.2.00.0000, está providenciando a revisão de todas as listas de precatórios pendentes de pagamento.

Toda requisição complementar deve ser processada como novo requisitório.

Segue abaixo a decisão.

ALIENDE RIBEIRO

Desembargador Coordenador da Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos

DEPRE

(22, 23 e 24/07/2019)

Conselho Nacional de Justiça

Autos: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS – 0003340-15.2019.2.00.0000

Requerente: SILVIO FERREIRA DIAS

Requerido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP

DECISÃO

Cuida-se de pedido de providências formulado por SILVIO FERREIRA DIAS em desfavor do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP.

O requerente afirma que há 20 anos acompanha mensalmente as ordens de pagamento de precatórios.

Afirma também que, há alguns meses, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desrespeita o disposto na EC 62/2009, bem como no art. 97, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, efetivando apenas os pagamentos de "prioridades e acordos".

Afirma ainda que, no mês 2/2019, ocupava a classificação n. 2013 na ordem de pagamento e em consulta recente verificou ocupar o n. 2.025 na referida ordem; que, ao questionar o setor competente por depositar os valores referentes ao pagamento dos precatórios, foi informado que esses estão sendo efetuados de acordo com o estabelecido na lei.

Requer a adoção de providências para esclarecimento dos fatos alegados.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo informou, em síntese:

Dos recursos destinados ao pagamento de precatórios ao menos 50% são destinados ao pagamento segundo a ordem cronológica de apresentação, respeitando-se, contudo, as preferências constitucionais (Conta I).

Os 50% remanescentes são destinados aos pagamentos de acordos diretos (Conta II), caso o ente devedor tenha feito essa opção.

Acesso ao Sumário

Nos pagamentos disponibilizados em 28/2/2019, 29/3/2019, 30/4/2019 e 30/5/2019 com recursos provenientes da Conta I, foram contemplados somente os credores com direito à prioridade, já que os valores disponíveis foram suficientes apenas para pagar as prioridades.

O Município de São Paulo fez opção pelo pagamento de acordos, conforme Decretos Municipais n. 52.011, de 17/12/2010, 54.789, de 24/1/2014, e Decreto n. 57.357, de 4/10/2016. Assim, 50% dos valores que deposita na conta judicial destinada a acordos não se confundem com os outros 50% dos valores destinados ao pagamento das cronologias e prioridades.

O procedimento observado na disponibilização dos pagamentos cumpre o que está determinado na Constituição Federal.

Com relação à afirmação do requerente de que em fevereiro de 2019 o Precatório n. 7004129-40.2007.8.26.0500 (ordem cronológica 263/2008) ocupava a posição 2013 na lista de pagamento da Prefeitura Municipal de São Paulo e em maio de 2019 passou a ocupar a posição 2025, cumpre esclarecer que se deve ao fato de que, em alguns casos, os Juízos de Execução requisitam, por meio de ofício, complementação de pagamentos entendidos por esses juízos como "feitos a menor". Assim os precatórios são reinseridos na lista em suas colocações originais considerando-se a cronologia, o que faz com que a posição dos precatórios na referida lista sofra oscilações para posições mais altas.

É, no essencial, o relatório.

A questão nos autos posta a exame e decisão se restringe a verificar a adequação constitucional e regulamentar dos procedimentos adotados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo relativamente às rotinas adotadas quanto ao pagamento de precatórios devidos pelo Município de São Paulo no âmbito do regime especial previsto nos arts. 101 e seguintes do ADCT.

Primeiramente, há que se destacar que não se aplicam ao presente caso as normas da Emenda Constitucional nº 62/2009, que foi objeto de reconhecimento de diversas inconstitucionalidades pelo STF no âmbito das ADINs nº 4.425 e 4.357/DF.

As normas constitucionais incidentes sobre o caso concreto são aquelas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 94/2016 com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 99/2017.

Estabelecida tal premissa, verifico que o Município de São Paulo fez a opção pela modalidade alternativa de quitação de precatórios denominada Acordo Direto (art. 102, § 1º, ADCT).

Dessa forma, 50% dos aportes mensais realizados pelo Município de São Paulo são destinados ao pagamento dos acordos pactuados.

Os valores restantes, que são depositados em conta própria para pagamento da ordem cronológica, devem ser utilizados primeiramente para pagamento dos créditos preferenciais prioritários, quais sejam, os pre-

Acesso ao Sumário

catórios que possuem créditos de natureza alimentar titularizados por portadores de doença grave, pessoas com deficiência ou idosos.

Somente após o pagamento de tais créditos preferenciais prioritários é que há o pagamento dos créditos alimentares e dos créditos comuns.

Essa sistemática tem sido rigorosamente observada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para pagamento dos precatórios do Município de São Paulo.

Ademais, das informações prestadas verifica-se que, nos pagamentos realizados em 2019, foram contemplados somente os credores com direito à prioridade ante a insuficiência de recursos para pagamento de precatórios não prioritários.

Dessa forma, quanto à observância da ordem cronológica no pagamento de precatórios devidos pelo Município de São Paulo não há nenhuma irregularidade nos procedimentos adotados pelo TJSP.

Passo a analisar a questão levantada pela parte requerente relativamente à alteração do posicionamento do seu precatório na ordem cronológica de precatórios do Município de São Paulo.

Verifico que o precatório do requerente ocupava a posição nº 2.013 na lista de ordem cronológica de precatórios do Município de São Paulo em fevereiro de 2019. Em maio de 2019, passou a ocupar a posição de nº 2.025.

Segundo as informações apresentadas, a alteração na ordem cronológica se deu porque houve requisições complementares. Tais requisições complementares são relativas a pagamentos entendidos, pelo juízo da execução, como realizado a menor do que o devido.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entende que o precatório complementar deve ocupar a mesma posição na ordem cronológica do precatório primitivo.

Afirma, in verbis:

"Nessas situações, precatórios que já constavam como Quitados para a DEPRE e, consequentemente, não mais compunham a lista de precatórios pendentes de pagamento, precisam ser reinseridos na lista em suas colocações originais, considerando-se a cronologia, o que faz com que os precatórios posteriores, que se encontravam em uma posição mais baixa em determinado mês, terminem por ocupar posição mais alta no momento seguinte."

A sistemática adotada pelo TJSP para a requisição de precatório complementar ofende frontalmente as normas do art. 100, caput, da Constituição Federal, que estabelece a observância da ordem cronológica de apresentação dos precatórios como pilar fundamental para o pagamento das requisições de pagamento contra a Fazenda Pública.

Além disso, observe-se que o § 8º do art. 100 da CF veda expressamente "a expedição de precatórios complementares ou suplementares de

Acesso ao Sumário

valor pago".

A interpretação que harmoniza essa norma constitucional contida no sistema de pagamentos de débitos da Fazenda Pública (art. 100, CF) com as normas constitucionais que asseguram o direito à propriedade (art. 5º, caput), o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI) é aquela que veda a expedição de precatório complementar ou suplementar como simples acréscimo ao precatório já pago, ocupando o mesmo lugar na ordem cronológica do precatório primitivo, justamente como efetuado erroneamente na hipótese em análise.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a norma constitucional não veda a expedição de novo precatório que visa complementar um pagamento realizado a menor, já que deve respeitar o direito à propriedade, o direito adquirido e a coisa julgada. Mas esse novo precatório, denominado comumente como "complementar", deve ocupar lugar relativo à sua data de apresentação, não havendo nenhuma vinculação com a data de apresentação do precatório primitivo.

A sistemática adotada pelo TJSP para os precatórios que visam pagar diferenças não quitadas pelo precatório primitivo tipifica com exatidão a hipótese vedada pelo art. 100, § 8º, da CF e por isso não pode ser mantida.

Em suma: o denominado precatório "complementar", que visa pagar os valores não quitados, devem ser recebidos pelo tribunal como um novo precatório, vinculado ao anterior somente para efeito de definição de modalidade de requisição com objetivo de evitar-se o fracionamento da requisição de pagamento.

Ante o exposto, acolho parcialmente o pedido formulado para determinar ao TJSP que reposicione o precatório do requerente na lista de ordem cronológica de precatórios, adotando os seguintes parâmetros:

Os precatórios "complementares" requisitados devem ser posicionados na ordem cronológica, considerando a data de apresentação desses, em estrita observância ao art. 100, caput, CF, sem nenhuma vinculação à data de apresentação dos precatórios "primitivos".

A lista atualizada de ordem cronológica de precatórios, com as alterações decorrentes desta determinação, deve ser republicada para conhecimento geral.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deverá promover a revisão das listas de ordem cronológica de precatórios de todos os entes públicos devedores, adotando os parâmetros estabelecidos nesta decisão, comunicando a sua republicação nestes autos no prazo de 60 dias.

Ressalte-se que não há necessidade de juntada, nestes autos, das novas listas de ordem cronológica, mas tão somente a comunicação da data de republicação delas.

Intimem-se.

Brasília, data registrada no sistema.

Acesso ao Sumário

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Corregedor Nacional de Justiça

Não se vislumbra, ademais, que a alegada atualização de valores decorra de correção de erro material ou de inexatidão aritmética contidos no precatório original, ocasião em que seria possível a expedição de ofícios complementares de precatórios já expedidos, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1098-SP e 2924-SP:

> *EMENTA: CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. CRÉDITO COMPLEMENTAR: NOVO PRECATÓRIO. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inciso V do art. 336. CF, art. 100. Interpretação conforme sem redução do texto. I. – Dispõe o inciso V do art. 336 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que "para pagamentos complementares serão utilizados os mesmos precatórios satisfeitos parcialmente até o seu integral cumprimento". Interpretação conforme, sem redução do texto, para o fim de ficar assentado que "pagamentos complementares", referidos no citado preceito regimental, são somente aqueles decorrentes de erro material e inexatidão aritmética, contidos no precatório original, bem assim da substituição, por força de lei, do índice aplicado. II. – ADI julgada procedente, em parte.* (ADI 2924, Relator: CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2005, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00036 EMENT VOL-02288-02 PP-00204).

Dessa forma, sendo a alegada insuficiência de valores decorrente dos critérios de atualização do débito utilizados pela DEPRE, anotando-se que referida impugnação restou improvida pelo Juízo de primeiro grau e parcialmente provida por este Tribunal, restando pendente de julgamento Recursos Extraordinário pela Fazenda (sobrestado pelo Tema nº 1.037 da Repercussão Geral no STF) e Especial pelos impetrantes, não se vislumbra, por ora, a presença dos requisitos necessários à concessão do pleito liminar.

Anote-se, por fim, que a medida liminar se destina a abrigar casos excepcionais, a exigir prova definitiva do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o que não se verifica nesta esfera de cognição sumária.

Isso posto, **dou provimento ao agravo para revogar a liminar deferida.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2067514-04.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de Campinas, em que é agra-

Acesso ao Sumário

vante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e interessado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE CAMPINAS, é agravado MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Órgão 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 38.238)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES e CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 19 de maio de 2021.

PINHEIRO FRANCO, Presidente e Relator

Ementa: Agravo interno – Decisão que deferiu o pedido de suspensão de liminar concedida nos autos de Habeas Corpus preventivo e coletivo – "Toque de recolher" – Evidenciada grave lesão à ordem e à saúde públicas. Agravo não provido.

VOTO

Inconformada com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos do **Habeas Corpus** coletivo preventivo nº 1011914-61.2021.8.26.0114, em curso na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs agravo interno, sob fundamento de que a manutenção da suspensão caracteriza flagrante violação da liberdade de locomoção do cidadão.

Contraminuta está a fls. 20/32.

É o relatório.

I. O agravo interno não merece provimento.

Em suas razões, a agravante não apresentou novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão recorrida, que concluiu estarem presentes os pressupostos legais para o deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da decisão de primeiro grau de jurisdição.

Acesso ao Sumário

De acordo com a fundamentação exposta na decisão agravada, as Leis nº 12.016/2009, 8.437/1992 9.494/1997, que constituem a base normativa do instituto da suspensão, permitem que a Presidência do Tribunal de Justiça, com vistas a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas pelos Juízos de primeiro grau em detrimento das pessoas jurídicas de direito público.

Como medida de contracautela, a suspensão de liminar pelo Presidente do Tribunal competente para apreciar o recurso ostenta caráter excepcional e urgente, destinada a resguardar a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Por se tratar de incidente processual destituído de viés infringente, a suspensão de liminar transita em âmbito limitado de conhecimento do litígio. O mérito do pedido de suspensão se restringe à apreciação do alegado rompimento da ordem pública em decorrência da decisão liminar, como instrumento de proteção ao interesse público.

II. Como então exposto, era caso de suspensão da liminar, porque, à luz das razões de ordem, economia e segurança públicas, ela ostentava *periculum in mora* inverso de densidade manifestamente superior àquele que, aparentemente, animou o deferimento da medida postulada.

In casu, a decisão de primeiro grau questionada deferiu a medida de **habeas corpus** coletivo preventivo, a determinar à autoridade impetrada o não cumprimento de medidas administrativas de condução coercitiva de pessoas desprovidas das justificativas exigidas para o horário previsto de "toque de recolher".

A norma municipal – o Decreto Municipal nº 21.393/2021 –, seguiu caminho idêntico àquele adotado pelo Decreto Estadual nº 65.563/2021, que, ao complementar o Decreto Estadual nº 64.994/2020 (Plano São Paulo de Enfrentamento à Covid-19), estabeleceu norma específica para o período de maior gravidade da pandemia, de caráter excepcional.

Estando o Município de Campinas, assim como todo o Estado de São Paulo, incluído na fase emergencial do Plano São Paulo, é possível a imposição de restrição de circulação de pessoas nas vias públicas municipais, considerada a peculiaridade no âmbito municipal.

Ponderou-se que, em cognição sumária, própria da via processual trilhada, e no que toca ao controle judicial dos atos discricionários, não é de encontrar qualquer excesso ou desvio de poder, desrespeito a direito fundamental, nem motivos determinantes não observados, ou não verdadeiros, com relação ao ato normativo municipal em tela, que, ademais, sequer se diferencia de outros tantos editados por vários municípios paulistas, em situações de semelhante gravidade, com resultados satisfatórios, como é o caso de Araraquara.

Acesso ao Sumário

III. Acerca do âmbito de atuação dos entes federativos com relação à União e dos municípios frente ao regramento estadual, importa adotar os parâmetros antes estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal em decisões ligadas à pandemia e à atuação coordenada dos entes federativos, a exemplo do que ocorreu nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF, relator o ministro Alexandre de Moraes, julgada em 13 de outubro de 2020, por unanimidade:

> *"CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.*
>
> *1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da Corte quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.*
>
> *2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.*
>
> *3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito*

Acesso ao Sumário

às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material da cada ato normativo pela autoridade jurisdicional competente.

5. Arguição julgada parcialmente procedente." (grifos acrescidos).

O Estado de São Paulo e o Município de Campinas, em harmonia com suas peculiaridades, podem editar normas específicas a respeito do combate à pandemia, que, em regra, prevalecem sobre as normas federais, sempre levando em conta a natureza suplementar do regramento municipal em relação ao estadual.

Foi ponderado na ocasião que a decisão concessiva da liminar invadiu terreno próprio ao exercício do poder de polícia da Administração, excepcional e discricionário, capaz de restringir coativamente a atividade individual na proteção da segurança coletiva e da boa ordem da coisa pública. Atingiu e modificou o mérito do ato administrativo da municipalidade. Vale mencionar que, como regra, o Poder Judiciário não pode invalidar ato administrativo pelo mérito. É-lhe também vedado proferir decisão que substitua o mérito do ato da Administração, pautado necessariamente em critérios técnicos.

Em tal direção, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*"Com relação aos **atos discricionários**, o controle judicial é possível **mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei**. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a **opção legítima** feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela,*

melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto." (in Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.260 – grifos acrescidos).

A decisão agravada mencionou também que a liminar deferida em primeiro grau de jurisdição trazia risco à ordem pública, porque dificultava o adequado exercício das funções típicas da administração pelas autoridades legalmente constituídas e comprometia a condução coordenada das ações necessárias à mitigação dos danos provocados pela COVID-19.

Ainda que pautada em efetiva preocupação com o cenário atual enfrentado, a liminar, como indicado pelo ente público, desconsiderou que medidas necessárias à contenção da pandemia de COVID-19 precisam ser pensadas em um todo coerente, coordenado e sistêmico.

A gravidade da pandemia recomenda reduzida judicialização da matéria, tendo em vista que a intervenção pontual nas políticas públicas compromete a organização dos atos da Administração. Nesse diapasão, como regra geral, ao Poder Judiciário é lícito intervir apenas e tão-somente em situações que evidenciem omissão das autoridades públicas competentes, capaz de colocar em risco grave e iminente os direitos dos jurisdicionados.

No caso, nenhuma foi a omissão. Ao ser atingido pela propagação do novo vírus, dotado de habilidade ímpar de contágio, o Estado de São Paulo, pelo Poder Executivo, jamais deixou de adotar providências em todas as esferas administrativas a seu cargo, adequando-as aos diferentes estágios da crise sanitária mundial, sempre com vistas a mitigar os danos provocados pela pandemia de Covid-19. De igual modo, o Município de Campinas não foi omisso. Nesse cenário, decisões isoladas em atendimento a parte da população podem acarretar desorganização administrativa e criar obstáculo à evolução e ao pronto combate à pandemia.

Ao fim e ao cabo, presentes os requisitos legais, o caso era mesmo de suspensão da liminar.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2062537-66.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SBR FRESCORES DA VIDA COMÉRCIO DE SORVETES EIRELI, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.731)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS PETRONI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e MOACIR PERES.

São Paulo, 9 de junho de 2021.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. Medidas de quarentena. Agravante (Sorveteria) que pretende obter a retomada de suas atividades sem as restrições impostas pelo Governador do Estado. Recurso interposto contra decisão que indeferiu pedido de liminar. Decisão mantida. Agravante que, em princípio, não exerce atividade considerada essencial no contexto da pandemia da Covid-19. Necessidade de obediência às regras do Plano São Paulo. Precedentes. Agravo desprovido.

VOTO

SBR FRESCORES DA VIDA COMÉRCIO DE SORVETES EIRELI impetra o presente **mandado de segurança** insurgindo-se contra o **Decreto Estadual nº 65.563, de 11 de março de 2021**, do GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, que amplia as medidas de quarentena de que trata o Decreto n. 64.881, de 22 de março de 2020, mediante implantação, **no âmbito do Plano São Paulo**, de **disciplina excepcional e emergencial**, com suspensão de **serviços de atendimento presencial** (durante a pandemia da COVID-19), "**inclusive mediante retirada ou 'pegue e leve', em bares, restaurantes, 'shopping centers', galerias e estabelecimentos congêneres e comércio varejista de materiais de construção**". Em resumo, alega que o ato é ilegal e abusivo, tendo em vista (a) que seu estabelecimento presta serviços em local sem aglomeração, em atividade assemelhada a de padaria (cujos serviços foram permitidos), o que implica violação do princípio da isonomia; (b) que, além disso, o ato impugnado é desprovido de motivação idônea, violando os princípios da razoabilidade, fi-

Acesso ao Sumário

nalidade, motivação e interesse público, **daí porque pede a concessão de segurança para que** – atendidas as normas de contingenciamento – **possa exercer suas atividades** (pelos sistemas take-away e delivery) **sem as restrições do Decreto impugnado**.

Indeferido o pedido de liminar, a impetrante interpôs o presente **AGRAVO INTERNO**, nos termos dos artigos 1.021 do Código de Processo Civil, e 253 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Como decidiu o Supremo Tribunal Federal em caso semelhante, envolvendo suspensão de serviços e atividades em razão da pandemia da Covid-19, "**apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais repita-se promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas**" (SS 5377-MC/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06/05/2020).

No presente caso, o ramo de sorveteria **não se enquadra no rol daquelas consideradas essenciais**, já que não envolve fornecimento de **gêneros de primeira necessidade**, no contexto da pandemia da Covid-19, daí a inconsistência da alegação da agravante no sentido de que seu estabelecimento pode ser equiparado às padarias.

Ademais, as medidas adotadas pelo Governo Federal para enfrentamento do coronavírus, em princípio, **não afastam a competência concorrente**, nem a tomada de providências normativas e administrativas (**mais restritivas**) pelos Estados e municípios, de acordo com as circunstâncias e particularidades locais.

Diante disso, e **não se vislumbrando hipótese de ilegalidade manifesta**, por qualquer outro fundamento**, o caso era mesmo de indeferimento da liminar**, aliás, como tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes (Agravo Interno n. 2010527-45.2021.8.26.0000/50000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 24/03/2021, referente a loja de calçados; Agravo Interno n. 2078140-19.2020.8.26.0000/50000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 03/02/2021, referente a Yacht Clube; Agravo Interno n. 2094406-81.2020.8.26.0000/50000, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 11/11/2020, referente a Escola de Idiomas; Agravo Interno n. 2085905-41.2020.8.26.0000/50000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 16/09/2020, referente a estabelecimento de tênis; Agravo Interno n. 2083559-20.2020.8.26.0000/50001, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 26/08/2021, referente a loja de veículos; Agravo Interno n. 2098733-69.2020.8.26.0000/50000, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 26/08/2020, referente a loja de veículos; Agravo Interno n. 2094285-53.2020.8.26.0000/50000, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 26/08/2020,

Acesso ao Sumário

referente a loja de veículos.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2047696-66.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESPAÇO DONA DEOLA RESTAURANTE E LANCHONETE LTDA., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO e interessado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.660)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS PETRONI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 9 de junho de 2021.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Recurso interposto contra decisão que indeferiu pleito liminar que visava a concessão de autorização para o "funcionamento do estabelecimento, servindo refeição no local tanto no horário de almoço como no horário de jantar".

Empresa, atuante no ramo alimentício, localizada no interior de hospital. Há nos autos, apenas e tão somente, demonstração de que a empresa funciona no interior de hospital – mas não de que a atividade é, a ele, essencial. Em verdade, o local de funcionamento pode levar, até mesmo, a conclusão oposta. Ante a recomendação de diminuição da circulação e contato

de pessoas (dentre elas inclusas, evidentemente, os pacientes e acompanhantes em unidades hospitalares), hospitais diversos adotam medidas de restrição à circulação, e até mesmo admissão, de acompanhantes.

Inexistente claro posicionamento do hospital acerca da conveniência, ou não, do funcionamento da impetrante no período corrente, tendo por norte a mens do decreto e as medidas recomendadas (e adotadas) para cenários como o presente, a concessão da liminar resultaria, em síntese, na revisão dos critérios empregados pelo Decreto combatido.

Ausência de demonstração dos requisitos necessários à concessão da liminar. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de **Agravo Interno em Mandado de Segurança**, interposto por **ESPAÇO DONA DEOLA RESTAURANTE E LANCHONETE LTDA.** contra a decisão de fls. 223/234, que indeferiu pleito liminar que visava a concessão de autorização para o "funcionamento do estabelecimento, servindo refeição no local tanto no horário de almoço como no horário de jantar" (fls. 26 dos autos principais).

Sustenta a n. agravante, como também exposto na petição inicial do *writ*, ser empresa individual de responsabilidade limitada, atuante no ramo alimentício, localizada no interior do hospital Beneficência Portuguesa.

Afirma que atende, exclusivamente, médicos, profissionais da saúde, prestadores de serviços, pacientes e acompanhantes.

Acrescenta que, ante sua localização, possui acesso restrito de seus consumidores. Outrossim, foi obrigada a vacinar todos seus empregados.

Acesso ao Sumário

Prossegue, asseverando que presta serviços a trabalhadores reconhecidamente essenciais, por força do Decreto Federal de número 10.282/2020, que regulamenta a Lei de número 13.979/2020.

Argumenta que, diante disso, é atividade acessória e de suporte relativa ao exercício e funcionamento de atividades essenciais, conforme previsto pelo artigo 3º, § 2º, do supracitado Decreto:

> Art. 3º As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º.
>
> § 2º Também são consideradas essenciais as atividades acessórias, de suporte e a disponibilização dos insumos necessários a cadeia produtiva

relativas ao exercício e ao funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais.

Sustenta que observa todas as recomendações de combate à disseminação do novo coronavírus e afirma ser impossível sua atuação por meio de entregas, posto que, como já afirmado, é atividade essencial ao hospital, ao qual restringe seu atendimento.

Aduz que as limitações emanadas do Executivo se revelam desproporcionais.

Cita outras decisões proferidas em outras ações impetradas perante este c. Órgão Especial.

Requer, então, o deferimento da liminar pleiteada.

A d. Procuradoria Geral do Estado trouxe suas contrarrazões a fls. 50/75. Preliminarmente, defende a inadequação da via eleita, afirmando: que se trata de mandado de segurança contra Lei em tese; que as alegações trazidas pelo embargante demandam dilação probatória para sua constatação.

Quanto ao mérito, defende a inexistência de direito líquido e certo. Sustenta que a existência de legislação federal não afasta a possibilidade dos estados editarem normas sobre o tema. Cita, a firmar sua posição, a jurisprudência do e. STF.

Afirma que a classificação das atividades como essenciais é feita por equipe técnica multidisciplinar, levando em consideração dados científicos. Alega que o artigo 2º do Decreto Estadual de número 64.881/2020 não proíbe o exercício da atividade da impetrante, mas suspende o consumo local, a depender da fase em que se encontre o município.

Argumenta que descabe intervenção judicial no caso sob apreço, de competência do poder executivo. Manifesta-se, ao fim, pela manutenção da decisão liminar.

É o relato do necessário.

De início, parece ser pertinente expor que, na origem, a n. impetrante se insurge contra o Decreto Estadual de número 65.545/2021, que possui o seguinte teor:

> Artigo 1º – Observados os termos e condições estabelecidos no Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020, fica estendida, até 9 de abril de 2021, a vigência:
>
> I – da medida de quarentena instituída pelo Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020;
>
> II – da suspensão de atividades não essenciais no âmbito da Administração Pública estadual, nos termos do Decreto nº 64.879, de 20 de março de 2020, independentemente do disposto no artigo 1º deste último.
>
> Artigo 2º – Para o fim de restrição de serviços e atividades em decorrên-

Acesso ao Sumário

cia da medida de quarentena, no âmbito do Plano São Paulo, instituído pelo Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020, fica o território do Estado de São Paulo, em sua íntegra, classificado, excepcionalmente, na fase vermelha, nos dias 6 a 19 de março de 2021.

Artigo 3º – O artigo 4º do Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020, alterado pelo Decreto nº 64.949, de 23 de abril de 2020, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Artigo 4º – Observado o uso permanente de máscaras de proteção facial, fica recomendado que a circulação de pessoas no âmbito do Estado de São Paulo se limite ao desempenho de atividades essenciais, em especial no período entre 20 horas e 5 horas.". (NR)

Artigo 4º – Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário, em especial o Decreto nº 64.949, de 23 de abril de 2020.

Medidas adicionais foram ainda determinadas pelos Decretos de número 65.563/2021 e 65.596/2021 (que prorrogou a vigência da chamada "fase vermelha").

Acrescenta-se, ainda, que foi indeferido pedido de reconsideração da liminar deferida a fls. 268/271 dos autos de origem.

Quando do inicial indeferimento, foi exposto que o cabimento da medida liminar em sede de Mandado de Segurança está previsto no artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida.

Assim, *"para a concessão da liminar devem ocorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito*[1]*"*.

Diante disso, não foram considerados presentes os requisitos necessários à concessão pretendida posto que não restou comprovada a presença de dano irreparável ou de difícil reparação por parte da empresa impetrante.

Acesso ao Sumário

De igual sorte, dentro da análise característica do momento processual, não restou suficientemente demonstrado o impacto que causaria, por via reflexa, aos valorosos trabalhadores da área da saúde.

Argumentou-se que não há demonstração de que se veriam privados de alimentação (o regramento estadual, em análise perfunctória, vedaria tão somente o consumo no local, e não o fornecimento de alimentos para consumo oportuno em ambiente diverso), sendo igualmente trazida à baila a presunção de legalidade que gravita em torno do diploma normativo e seu objetivo, que é, inicialmente, conter a propagação da doença e, com isso, melhorar as brutais con-

1 Meirelles, Hely Lopes. Mandado de segurança e ações constitucionais. Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes; com a colaboração de Marina Gaensly e Rodrigo de Oliveira Kaufmann. 37ª. ed. ren. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p.101.

dições de trabalho atuais a que se submetem os nobres profissionais da saúde.

Outrossim, foi também citada a jurisprudência do e. STF, que reconheceu a competência dos estados e municípios para a adoção de medidas no enfrentamento ao coronavírus.

Em seguida, quando do indeferimento do pedido de reconsideração, foi também asseverado que a n. impetrante, em que pese a veemente defesa que oferece de seus argumentos, não trouxe prova de que o local é, **de fato**, usado pelos valorosos profissionais da saúde (em oposição, exemplificativamente, ao uso de refeitório disponibilizado no local para seus trabalhadores). De fato, inexiste, até mesmo, declaração da instituição hospitalar manifestando-se acerca da pertinência do funcionamento pretendido.

Há nos autos, apenas e tão somente, demonstração de que a empresa funciona no interior de hospital – mas não de que a atividade é, a ele, essencial. Sustentam os combativos causídicos que tal essencialidade decorre, logicamente, de sua localização; todavia, a conclusão a que chega não decorre, necessariamente, das premissas lançadas.

Em verdade, o local de funcionamento pode levar, até mesmo, a conclusão oposta. Ante a recomendação de diminuição da circulação e contato de pessoas (dentre elas inclusas, evidentemente, os pacientes e acompanhantes em unidades hospitalares), hospitais diversos adotam medidas de restrição à circulação, e até mesmo admissão, de acompanhantes.

Nesse sentido se posicionaram hospitais da capital paulista:

> "O acompanhante, quando presente, e o paciente devem evitar a circulação em áreas públicas do hospital, como por exemplo restaurantes, cafeterias, etc;
>
> (...)
>
> Deve-se verificar a liberação de refeição para acompanhante de acordo com o plano de saúde. Se houver preferência por solicitação particular, disponibilizamos cardápio nos apartamentos."[2]
>
> "Planeje-se para permanecer com apenas um acompanhante durante todo o período de internação. Se isto não for possível, solicitamos que seja realizado revezamento dos acompanhantes, com 1 pessoa por período. Todos os acompanhantes deverão usar máscara não profissional, higienizar as mãos com frequência e **evitar ao máximo circular nas dependências do Hospital**. Estão proibidas visitas durante a sua internação."[3]

Dessas orientações não destoa o Hospital onde a impetrante presta seus serviços:

"Não aconselhamos a presença de visitantes durante o período de interna-

2 Endereço eletrônico constante do texto original (acessado em 07/04/2021)
3 Endereço eletrônico constante do texto original (acessado em 07/04/2021)

ção neste momento de pandemia"

"Prezando pelo bem-estar de todos os pacientes, a BP segue rigorosos protocolos para manter a segurança de clientes e colaboradores. Dessa forma, devido ao cenário do novo coronavírus (Covid-19), os acompanhantes serão limitados a uma pessoa para pacientes idosos e menores de 18 anos"[4]

No que concerne à alimentação dos que frequentam o local, o sítio eletrônico da instituição acena para fornecimento pelo próprio hospital:

"A partir do dia 01/04, as refeições serão servidas em baixela, pote de salada e sobremesa descartáveis, como medida de contingência."[5]

Parece ser despiciendo ressaltar, novamente, a característica do atual momento processual. Cuida-se de pleito liminar, por meio do qual busca-se, em síntese, a antecipação de tutela *"inaudita altera parte"*. Há nos autos, portanto, apenas os argumentos trazidos pela impetrante, que, em que pese sua sofisticação, não carregam a manifestação da unidade de saúde atingida diretamente por esta *actio*. Inexistente seu claro posicionamento acerca da conveniência, ou não, do funcionamento da impetrante no período corrente, tendo por norte a *mens* do decreto e as medidas recomendadas (e adotadas) para cenários como o presente, a concessão da liminar resultaria, em síntese, na revisão dos critérios empregados pelo Decreto combatido.

Posto que os argumentos levantados pela impetrante, sem comprovação de sua particular atuação no hospital, seriam em tese aplicáveis a todo e qualquer restaurante inserto no interior de hospital, seu acolhimento acrítico importaria na modificação do Decreto Estadual, tarefa que foge à análise característica da liminar.

Por derradeiro, não se ignora a existência de decisões liminares proferidas por outros membros deste c. Órgão Especial, cuja autoridade de seus prolatores e de seus argumentos é evidente e dispensa qualquer consideração.

De todo modo, com a devida vênia, são essas as razões para o indeferimento da liminar que trago à baila e submeto ao melhor crivo da turma julgadora.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº

4 Endereço eletrônico constante do texto original (acessado em 07/04/2021)

5 Idem

0010406-51.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e agravada FLORICULTURA MARINA FIORI E FILHO LTDA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52063)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS PETRONI, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 16 de junho de 2021.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Interposição contra concessão de liminar em mandado de segurança – Decisão de caráter temporário e provisório – Incompatibilidade com a possibilidade de alongamento da análise da questão incidental deferida em caráter excepcional – Medida que prejudica a célere apreciação e cognição exauriente do mandamus – Estado, ademais, que se encontra atualmente em "fase de transição" estabelecida pelo "Plano São Paulo", na qual fica admitido o funcionamento de atividades comerciais no horário entre 6h e 21h para o atendimento presencial, observadas as limitações determinadas pelos órgãos sanitários competentes – Liminar mantida – Agravo interno desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo interno tirado contra decisão que deferiu pedido liminar em mandado de segurança.

Aduz o recorrente, em apertada síntese, que não se trata de atividade essencial, e argumenta que, muito embora flores sejam comercializadas, não se trata de mera floricultura, mas de loja de artigos diversos. Sustenta *periculum*

in mora reverso e efeito multiplicador na manutenção da antecipação de tutela obtida. Pede provimento ao recurso, para a reforma da decisão e a revogação da medida deferida (fls. 01/04).

Regularmente processado o recurso, a agravada apresentou contraminuta (fls. 13/17), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do agravo interno (fls. 23/28).

É o relatório.

A decisão deste Relator, ora impugnada, contém o seguinte teor:

"Vistos.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por FLORICULTURA MARINA FIORI E FILHO LTDA. contra ato do Exmo. Senhor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, consubstanciado na interdição de funcionamento do seu estabelecimento na data de 15/03/2021, em virtude do Decreto Municipal nº 60.107, de 03 de março de 2021.

Alega a impetrante, em síntese, que está enquadrada no CNAE 4789-0/02, comercializando flores naturais, o que a separaria de outros tipos de comércio, fato que não teria sido observado pelo agente fiscalizador.

Aduz que, a pedido do Instituto Brasileiro de Floricultura – IBRAFLOR, a Secretaria de Agricultura e Abastecimento concluiu, em parecer datado de 29/04/2020, que as Floriculturas e Garden Centers comercializam produtos perecíveis, fertilizantes, sementes, mudas, embalagens, defensivos e outros produtos para uso doméstico, sendo considerados insumos agropecuários e da agroindústria, podendo operar e se incluindo nas atividades denominadas essenciais.

Sustenta que o referido Decreto não contempla a suspensão da prestação de serviços envolvendo o ramo da impetrante, que se amolda no item 23 do Anexo Único do Decreto nº 59.405/2020, o qual trata dos ofícios considerados essenciais, e assevera que não fora observado pela autoridade fiscalizadora tal exceção, o que culminou na interdição de seu comércio, violando direito líquido e certo à continuidade do exercício de suas atividades.

Discorre sobre o cabimento e função do mandado de segurança. Pede a concessão de liminar para que a autoridade coatora 'se abstenha de efetuar qualquer medida de fechamento da empresa impetrante até que se decida o mérito do presente mandamus, permitindo sua reabertura imediata, dentro das normas da legislação sanitária e com atendimento direto ao público' e, ao final, a integral procedência do writ.

É o relatório.

Dois são os requisitos para a concessão de liminares em mandado de segurança: a). a relevância dos fundamentos da impetração; e b). a possibilidade de ineficácia da ordem se concedida apenas a final.

In casu, ***vislumbra-se a presença dos requisitos autorizadores da***

Acesso ao Sumário

medida liminar pretendida.

Com efeito, a argumentação da impetrante é consistente, inclusive levando-se em consideração os próprios atos normativos expedidos pela Administração Pública.

Nesse sentido, confira-se o quanto disposto na Portaria 116/2020 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que dispõe 'sobre os serviços, as atividades e os produtos considerados essenciais para o pleno funcionamento das cadeias produtivas de alimentos e bebidas, para assegurar o abastecimento e a segurança alimentar da população brasileira enquanto perdurar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19', em seus artigos 1º e 2º,* in verbis*:

'Art. 1º São considerados essenciais à cadeia produtiva de alimentos, bebidas e insumos agropecuários, dentre outros, os seguintes produtos, serviços e atividades:

(...)

XIII – comercialização de insumos agropecuários, medicamentos de uso veterinário, vacinas, material genético, suplementos, defensivos agrícolas, fertilizantes, sementes e mudas e produtos agropecuários;

Art. 2º Todas as atividades devem considerar rigorosamente as diretrizes de segurança mínima estabelecidas para conter o avanço do COVID-19 apresentadas pelo Ministério da Saúde, bem como as prescrições previstas no Regulamento Sanitário Internacional Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020, definidos na 58ª Assembleia Mundial de Saúde.'

Nesse passo, é de se ter em consideração, ainda, manifestação do Secretário de Estado da Secretaria de Agricultura e Abastecimento de São Paulo, Sr. Gustavo Diniz Junqueira, que, em resposta ao Presidente do Instituto Brasileiro de Floricultura, asseverou:

'(...) cumpre ressaltar que as atividades agropecuárias são consideradas serviços essenciais, o que inclui o setor de flores e plantas ornamentais.

Sendo assim, entende-se que as atividades agropecuárias, mais especificamente o setor de flores e plantas ornamentais, podem continuar operando, desde que respeitados e implementados os cuidados devidos para prevenção da transmissão do Novo coronavírus' (fls. 14/15).

Tal entendimento, que se coaduna com o disposto no item 23 do Anexo Único do Decreto Municipal nº 59.405, de 08 de maio de 2020, está embasado no parecer emitido pela Assessoria Técnica do Gabinete da Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado, o qual, de sua parte, afirma ter amparo, dentre outras normas, no Decreto Federal nº 10.282/2020; nos Decretos Estaduais 64.862/2020, 64.864.2020, 64.865/2020 e 64.881/2020; bem como no Decreto Municipal nº 59.349/2020.

Acesso ao Sumário

O* periculum in mora*, por sua vez, se traduz na possibilidade de a interdição atacada causar dano irreparável ou de difícil reparação à impetrante, tendo em vista a comercialização de produtos altamente perecíveis.

Diante do exposto, defere-se o pleito liminar, para, REVOGADA A INTERDIÇÃO REALIZADA, permitir o funcionamento da impetrante, observando-se as orientações e cumprindo-se as determinações sanitárias locais necessárias ao funcionamento das atividades essenciais em geral, notadamente em relação à eventual limitação do número de clientes e estrita observância das normas de distanciamento e higienização, até final julgamento deste* mandamus*.

Oficie-se à D. autoridade apontada como coatora, solicitando-lhe as informações cabíveis. Dê-se ciência à Procuradoria-Geral do Estado para que, em querendo, ingresse no feito.

Após, abra-se vista à d. Procuradoria Geral de Justiça para manifestação.

Oportunamente, tornem os autos conclusos.

Int.

São Paulo, 20 de março de 2021."

O efeito suspensivo ou a tutela recursal antecipada concedidos ou negados pelo Juiz Relator decorre de decisão de vida curta e provisória, ou seja, até o pronunciamento do Órgão Colegiado que julgará a ação, sendo incompatível com a possibilidade de alongamento da análise da questão incidental decidida em caráter excepcional.

Por tal razão, a interposição deste recurso apenas depõe contra direito/interesse seu, já que haverá maior demora para a apreciação e cognição exauriente do mandado de segurança, objetivo primordial do recorrente.

Impende salientar que, numa análise perfunctória, se concluiu pela concessão de liminar porque aparentemente preenchidos os requisitos estabelecidos em Lei para o deferimento da medida.

De outra parte, como bem ressaltado pelo culto Des. Guerrieri Rezende:

"(...) quando do ato de deferimento ou indeferimento de liminar, o Des. Relator já esgotou a sua competência outorgada pela norma legal. Assim nova avaliação é possível pelo Colegiado, mas, na hipótese, vincada à ilegalidade manifesta sob pena de frustrar o julgamento do mérito da demanda (...) Inexistindo, assim, decisão teratológica ou em confronto com a lei, com súmula ou com jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, não deve o colegiado reapreciar a questão neste momento processual, antecipando indevidamente o mérito, com violação das normas retoras da bilateralidade da audiência, do contraditório e do princípio do 'juiz natural'" (TJSP; Agravo Regimental Cível 0012073-53.2013.8.26.0000; Relator: Guerrieri Rezende; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julga-

Acesso ao Sumário

mento: 27/03/2013; Data de Registro: 08/05/2013).

De rigor, ainda, trazer à baila as precisas ponderações constantes do parecer ministerial de fls. 23/28:

"A recorrida é floricultura, cujo comprovante de inscrição e de situação cadastral apresenta como descrição da atividade econômica principal o 'comércio varejista de plantas e flores naturais' (CNAE 4789-0/02) e como atividades econômicas secundárias o 'comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente' e 'depósitos de mercadorias para terceiros, exceto armazéns gerais e guarda-móveis' (fl. 12 dos autos principais).

Mercê das fotografias juntadas pelo agravante (fls. 05/07), observa-se que a ***agravada de fato comercializa plantas e flores naturais, bem como fertilizantes, sementes, mudas e produtos agropecuários****, a despeito de outros artigos de presentes.*

No entanto, deve-se levar em consideração que ***o comércio de alguns artigos de presentes não descaracteriza a sua atividade principal****, para a qual obteve seu Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica e que é justamente o comércio varejista de plantas e flores naturais.*

(...)

Portanto, considerando que as atividades desenvolvidas pela impetrante são consideradas essenciais pelo Anexo Único do Decreto Municipal n. 59.298/20 e que a interdição de seu estabelecimento comercial, nessas condições, poderia lhe causar danos de difícil reparação, não merece censura a decisão que deferiu o pedido liminar".

Ressalta-se, por fim, que, inobstante a manutenção da gravidade do quadro pandêmico, tem-se que, atualmente, o Estado de São Paulo se encontra em "Fase de Transição" segundo o quanto estabelecido no "Plano São Paulo", na qual fica admitido o funcionamento de atividades comerciais no horário entre 6h e 21h para o atendimento presencial, observadas a limitação da capacidade e as demais providências determinadas pelos órgãos sanitários competentes, o que, com a devida vênia, respalda a medida anteriormente deferida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2063101-45.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é agravado ÁGUA DE PRATA ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. e interes-

sado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM, EM PARTE, A PRELIMINAR PARA JULGAR EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA, COM DETERMINAÇÃO, EM RELAÇÃO AO PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO; E, NO MAIS, JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.881)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 16 de junho de 2021.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO

Pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Competência. Ausência quanto ao Prefeito Municipal de São Bernardo do Campo. Falta a este C. Órgão Especial competência para analisar e julgar *mandamus* contra essa autoridade (art. 74, III da CE). Precedentes.

Liminar. Subsistência, no mais, da impetração contra o Governador do Estado de São Paulo e da liminar deferida, com o regular prosseguimento do feito.

Preliminar acolhida, em parte, para, apenas quanto ao Prefeito Municipal de São Bernardo do Campo, julgar o processo extinto, sem julgamento de mérito (art. 485, IV do CPC), com a consequente denegação da ordem (art. 6º, § 5º da Lei nº 12.016/09), com determinação. Prejudicado no mais, o recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **agravo interno** de interlocutória (fls. 50/51 do principal)

deferindo liminar em **mandado de segurança** de restaurante localizado na Estrada Velha de Ribeirão Pires, contra o Governador do Estado de São Paulo e o Prefeito de São Bernardo do Campo para que possa exercer suas atividades a despeito do isolamento social decretado no Estado.

Preliminarmente o Município, arguiu a incompetência deste C. Órgão Especial para apreciar impetrações contra ato do Prefeito Municipal. No mérito, sustentou a ausência dos requisitos para deferimento da liminar. Impetrante localiza-se às margens da represa Billings muito distante da rodovia por onde trafegam caminhões. Não demonstrada a adoção de medidas preventivas de higiene e limpeza. Inocorreu conduta abusiva. Dados da propagação da doença requer a imposição de medidas mais rígidas. Mencionou jurisprudência. Violado o princípio da separação dos poderes. Defeso ao Poder Judiciário interferir no mérito de atos administrativos. Daí a revogação da liminar e extinção do feito sem julgamento de mérito (fls. 01/17).

Silenciou-se a impetrante (fl. 200).

É o relatório.

2. Acolho, em parte, a preliminar.

Trata-se de **agravo interno** de interlocutória deferindo liminar em **mandado de segurança** impetrado contra o **Governador do Estado de São Paulo** e **Prefeito do Município de São Bernardo do Campo** por restaurante localizado na Estrada Velha de Ribeirão Pires, para que possa exercer suas atividades a despeito do isolamento social decretado no Estado.

O Município de São Bernardo do Campo arguiu, em preliminar, a falta de competência deste **C. Órgão Especial** para apreciar impetrações contra atos praticados pelo Prefeito Municipal de São Bernardo do Campo, pleiteando além do mais, a revogação da liminar e a extinção do feito, sem julgamento de mérito.

Com razão, em parte.

A Constituição do Estado de São Paulo, exceção feita ao Prefeito da Capital, **não** incluiu na **competência originária** do Tribunal de Justiça a de processar e julgar mandados de segurança contra atos de Prefeitos Municipais.

Restringe-se ela às pessoas indicadas no **inciso III, do art. 74 da CE**:

"Art. 74 – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:"

(...)

"III – os mandados de segurança e os 'habeas data' contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital."

Acesso ao Sumário

A propósito já se pronunciou este **Eg. Órgão Especial**:

"No mais, nota-se que foi inserido, pela n. empresa impetrante, o Exmo. Prefeito do Município de Roseira como uma das autoridades coatoras."

"Todavia, carece este Órgão Especial de competência para julgar mandados de segurança contra atos da citada Autoridade ante o disposto no artigo 74, inciso III, da Constituição Bandeirante:"

"'Artigo 74 – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:'"

"'III – os mandados de segurança e os 'habeas data' contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital;'"

"Por tal razão, determina-se a exclusão do Exmo. Prefeito do Município de Roseira do polo passivo desta ação." (MS nº 2.068.738-11.2020.8.26.0000 – d.m. de 14.04.20 – Rel. Des. **ALEX ZILENOVSKI**).

E:

"Mandado de Segurança – Inexistência de regra de competência originária para processar e julgar mandado de segurança contra ato praticado por Prefeito municipal que não seja o da Capital – Inteligência dos arts. 74, III, da CE/89 c.c. art. 13, I, 'a', do RITJSP – Processo extinto, sem julgamento do mérito, art. 485, VI, do CPC – Ordem denegada, art. 6º, § 5, da Lei nº 12.016/2009." (MS nº 2131343-90.2020.8.26.0000 – d.m. de 16.06.20 – Rel. Des. **CARLOS BUENO**).

E ainda no mesmo sentido: MS nº 2.107.066-10.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 24.03.21 – Rel. Des. **CRISTINA ZUCCHI**; MS nº 2.100.835-64.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 27.01.21 – Rel. Des. **ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ** e MS nº 2.104.058-25.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 25.11.20 – de que fui Relator, dentre outros no mesmo sentido.

Acesso ao Sumário

Assim, quanto ao Prefeito Municipal de São Bernardo do Campo **julgo extinto do processo, sem julgamento de mérito**, por faltar a esse **C. Órgão Especial competência** para apreciar e julgar mandados de segurança contra atos por ele praticados (art. 485, IV do CPC) e, em consequência, **denego** a ordem (art. 6º, § 5º da Lei nº 12.016/19). Prejudicado quanto ao mais, o agravo interno.

Contudo, subsiste a impetração contra o **Governador do Estado de São Paulo** e consequentemente a liminar deferida, devendo o feito ter regular **prosseguimento**.

Daí o acolhimento em parte, da preliminar para julgar extinto o feito sem julgamento de mérito **apenas** quanto ao Prefeito Municipal de São Bernardo do Campo.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Acolho, em parte, a preliminar para, quanto ao Prefeito Municipal de São Bernardo do Campo, julgar o feito extinto, sem julgamento de mérito, por falta de pressuposto processual – competência (art. 485, IV do CPC) e, consequentemente, quanto a ele, denego a ordem (art. 6º, § 5º da Lei nº 12.016/09), com determinação. Prejudicado, no mais, o recurso.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2067261-16.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante M.M.C. GOYA PERFUMARIA LTDA., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO e interessado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.815)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, DÉCIO NOTARANGELI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Mandado de segurança impetrado em face do Governador do Estado

Acesso ao Sumário

de São Paulo, tendo em vista o Decreto 65.563, de 11.03.2021, que "institui medidas emergenciais, de caráter temporário e excepcional, destinadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, e dá providências correlatas" – Liminar objetivando, segundo a impetrante, seja "assegurado ... o direito de exercer suas atividades ora enquadradas como essenciais e garantido o seu funcionamento, como assim disposto no próprio decreto Estadual, permitindo a sua abertura e ordenando a impetrada em especial seus agentes públicos, se abstenham de qualquer ato constritivo ao exercício de suas atividades" – Objeto social da impetrante que tem como atividade principal o ramo de perfumaria – Venda de produtos de higiene e limpeza, meramente acessória – Aprofundamento das questões discutidas – Impossibilidade, neste momento – Medida indeferida – Decisão mantida.

Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de *"mandado de segurança preventivo com pedido liminar/tutela de urgência"* impetrado por M.M.C. GOYA PERFUMARIA em face do GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Requer a concessão de liminar e, ao final, a concessão da segurança para que seja *"assegurado ao impetrante o direito de exercer suas atividades ora enquadradas como essenciais e garantido o seu funcionamento, como assim disposto no próprio decreto Estadual, permitindo a sua abertura e ordenando a impetrada em especial seus agentes públicos, se abstenham de qualquer ato constritivo ao exercício de suas atividades, sob o fundamento de que impetrante não estaria permitida a funcionar, o que como já demonstrado não é o caso, eis que, conforme disposto Decreto nº 65.563, de 11 de março de 2021, não há qualquer vedação ao funcionamento ou mesmo atendimento presencial em estabelecimento da categoria da impetrada, vez que excluídas do rol do art. 2º do referido decreto"*.

Indeferido o pedido de liminar (fls. 72/78 autos principais), a impetrante interpõe *"agravo interno"* (fls. 1/11 – agravo/50000 apenso). Alega: **a)** equivocada a decisão agravada, pois não se discute a competência do ente federado de dispor sobre as normas emergenciais para enfrentamento do Covid-19, fato que já superado pelo STF; **b)** é fato concreto que o seu estabelecimento comercializa com vasta variedade e gama de produtos e itens de higiene pessoal, domissa-

Acesso ao Sumário

nitários, pets, alimentos, entre outros, e se enquadra naquelas já categorizadas no âmbito dos Decretos Federal, Estadual e Municipal, como essenciais e *"que devem manter seu funcionamento durante o período de quarentena, como assim reconhece o próprio julgador, não havendo discussão sobre o tema"*; **c)** o pedido de urgência é consubstanciado na ilegalidade do ato dos agentes estaduais ao ordenar o fechamento da empresa de forma verbal sob o argumento de estarem cumprindo o decreto emergencial; **d)** no decreto estadual 65.563/21 não há o que restrinja ou impeça as atividades do seu segmento, que são classificadas como essenciais; ou seja, a discussão remete sobre a ilegalidade da prática de ato arbitrário praticado pelos agentes do Estado que ferem o estado democrático de direito e o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF); **e)** *"não é apontado na fundamentação que indeferiu o pedido de urgência, qual seria o dispositivo no decreto que vedaria ou impeça o funcionamento dos estabelecimentos classificados como essenciais, que comercializam produtos de higiene pessoal, domissanitários, e pets, nem poderia porque tal artigo não existe"*; **f)** não existindo previsão legal na norma emergencial, jamais poderia ter sido imposta qualquer ordem de fechamento/interrupção do funcionamento de seu estabelecimento, inclusive na modalidade presencial; **g)** em decisão recente este OE, em situação análoga, embora tenha denegado a ordem, declarou e reconheceu que as atividades da agravante não estão suspensas pelo decreto 65.563/21, o que corrobora mostrar-se ilegal e abusiva a ordem verbal de fechamento praticado "**pelos agentes coatores**"; **h)** o *periculum in mora* resulta do próprio ato da agravante não poder exercer suas atividades, acumulando, assim, prejuízos e terá que arcar com despesas operacionais, e ainda ficando obstado o acesso da população aos produtos de primeira ordem no enfrentamento da pandemia. Requer seja reconsiderada a decisão agravada ou a remessa dos autos para o julgamento pelo colegiado para provimento do seu recurso, concedendo-se a liminar.

É o relatório.

1. Indeferi o pedido de liminar, nos seguintes termos:

"(...)

"A concessão de medida liminar em mandado de segurança, como dispõe o artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, é possível *'quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida'*.

"Segundo o 'Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica' CNPJ (fls. 16), a impetrante M.M.C. GOYA PERFUMARIA LTDA. (Nome de Fantasia: 'Perfumaria Goya'), tem como *'atividade econômica principal'*: o *'comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal'*; e como *'atividades econômicas secundárias'*: os comércios varejistas de *'doces, balas, bombons e semelhantes'*, *'bebidas'*; *'especiali-*

Acesso ao Sumário

zado de equipamentos e suprimentos de informática'; *'especializado de equipamentos de telefonia e comunicação'*; *'móveis'*; *'artigos de armarinho'*; *'de outros artigos de uso pessoal e doméstico não especificados anteriormente'*; *'de artigos do vestuário e acessórios'*; *'de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação'*; *'de produtos saneantes domissanitários'*; *'de outros produtos não especificados anteriormente'*.

"Alteração do contrato social (fls. 12/15) registra como objeto social: *'comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, comércio varejista de artigos de armarinho, comércio varejista de produtos saneantes domissanitários, comércio varejista de bebidas, exceto bebidas alcoólicas, comércio varejista de doces, balas, bombons e semelhantes, comércio varejista de móveis, comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios e comércio varejista de artigos de uso pessoal e doméstico, tais como: artigos de madeira e plástico e utilidades domésticas em geral'*.

"**Essas atividades não estão contempladas dentre as excepcionadas pelo decreto questionado, malgrado sustente o contrário, em especial pelo fato de também vender produtos de *'higiene pessoal e domissanitários'***. (negritei)

'A impetrante ainda anota que, por meio de agentes públicos (vigilância sanitária e secretaria de segurança), foi coagida de forma verbal, assim como outros, a fechar o seu estabelecimento, sob pena de ser interditado, lacrado e autuado com multa, além e responder judicialmente, entendendo que a empresa não poderia estar aberta.

"Por esse motivo, diz ter ingressado com *'ação de obrigação de fazer'* (sic) *'para sanear a omissão no texto legal do município, que levava a dúvida os agentes fiscalizadores locais'*, mas, *'em contestação pelo Município foi apresentado parecer pelo Órgão de fiscalização do Município D.C. URB SGE* ***que veio a esclarecer a questão e CONFIRMAR que a empresa da impetrante exerce atividades tidas como essenciais em mais de 70% da gama de produtos oferecidos*** *e portanto, sujeitas as mesmas condições de funcionamento destas, conforme disposto no decreto local'* (fls. 5/6 e 28/29).

"O documento reproduzido pela impetrante consiste de *'Folha de Informação de Processo' 'nº 970/2021'*, com timbre da *'Prefeitura Municipal de Santo André'*. Ao que parece, trata-se de resposta (manuscrita) a questionamento da impetrante àquela municipalidade, com assinaturas de 'Encarregado de fiscalização das Atividades – D.C. Urb – SDGE', e 'Assistente de Diretor', datados de 26.02.2021.

Acesso ao Sumário

"Diz esse documento ter sido *'constatado que 40% dos produtos correspondem ao comércio de produtos de cosméticos, perfumaria e higiene pessoal'*; *'10% dos produtos correspondem a produtos alimentícios para animais de estimação'*; tendo *'atividade como a comercialização de produtos saneantes domissanitários'*, assim, *'pode funcionar ...'*.

"A assertiva não altera o posicionamento que se afirma aqui.

"Sustenta a impetrante deva ser cumprido o disposto em lei e decreto federal, e em Decreto Municipal do Município de Santo André. Mas o ato estadual de São Paulo está amparado por norma constitucional que assegura competência concorrente do Estado membro, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal, e adiante se refere.

"Não cabe a este Relator, neste momento, em sede de liminar, analisar a questão da motivação do novo enquadramento no Estado de São Paulo, na fase vermelha, na fase emergencial (mais restritiva), ou qualquer outra, seja flexibilizando ou agravando as medidas, seja restringindo atividades ou as enquadrando como essenciais, adotando critérios de conveniência e oportunidade próprios do ato administrativo resultante na edição dos decretos alusivos ao chamado Plano São Paulo, especialmente fundados na orientação científica e técnica que os sustentam.

"Escolher as atividades para enquadrá-las como essenciais, quando o Decreto não o fez, configura exceção que ao Poder Judiciário não cabe proceder, posto limitar-se a sua atuação ao controle de legalidade do ato da Administração, mas não se substituir a ela expedindo juízos diversos de conveniência e oportunidade.

"É nessa direção o pensamento do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

"Em acórdão de relatoria do signatário, este C. Órgão assim decidiu, conforme ementa (MS 2089550-74.2020.8.26.0000, j. 25.11.2020, v.u., também impetrado [pela] empresa M.M.C. Goya Perfumaria Ltda. de agora):

"'(...)

MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração por empresa que afirma exercer o comércio de artigos de primeira necessidade (alimentos, bebidas, higiene pessoal e limpeza), tendo como 'atividade principal': 'comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal'; e, como 'atividades econômicas secundárias', o comércio de 'alimentos para pets, produtos de limpeza e; principalmente, produtos de higiene pessoal, tais como: álcool gel, sabonetes, produtos de higiene bucal, lenços descartáveis, luvas descartáveis, enfim mais de 6000 itens essenciais a manutenção das necessidades básicas da população ...' – A

Acesso ao Sumário

atividade comercial não está contemplada dentre as excepcionadas pelo decreto questionado (art. 2º, § 1º, do Decreto 64.881/2020) – Impossibilidade de o Julgador adentrar os critérios de conveniência e oportunidade de que se vale a Administração, para entender essencial atividade que a norma, fundada em critério científico, afirma não ser ao não excepcionar o seu exercício como tal – Ausência de direito líquido e certo a proteger – Segurança denegada.

Preliminar de descabimento do writ rejeitada, segurança denegada".

"Em caso assemelhado (não quanto às atividades das empresas, mas no fundamento), o Presidente do Supremo Tribunal Federal, MINISTRO LUIZ FUX, concedeu liminar suspensiva de medida concedida nesta Corte, (cf. Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5.470-SP, decisão de 10.03.2021), assim ementada a r. decisão:

"'MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. DECISÃO DE ORIGEM QUE AUTORIZA O FUNCIONAMENTO DE ACADEMIA ESPORTIVA. CONTRARIEDADE A DECRETO QUE IMPÕE RESTRIÇÕES RELATIVAS À FASE VERMELHA DO PROGRAMA ESTADUAL DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 ALEGADO RISCO À SAÚDE PÚBLICA. *FUMUS BONI IURIS*. JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATO NORMATIVO EDITADO EM CONFORMIDADE COM AS COMPETÊNCIAS DO ESTADO-MEMBRO E EMBASADO EM EVIDÊNCIAS TÉCNICO-CIENTÍFICAS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA."

"Não se evidencia, pois, respeitado entendimento diverso, direito líquido e certo da impetrante a ser protegido neste momento.

"Indefiro, portanto, o pedido de liminar."

2. As razões de indeferimento da liminar bastam, segundo penso, para a conservação da negativa e os acréscimos trazidos pela agravante não justificam diversa solução.

Acesso ao Sumário

A impetrante-agravante, como ela própria afirma (fls. 4 do agravo), comercializa uma *"**vasta variedade e gama de produtos** e itens de higiene pessoal, domissanitários, pets, alimentos, entre outros"*. (**negritei**)

Como também observado no despacho que indeferiu o pedido de liminar, segundo o "Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica" CNPJ (fls. 16), a impetrante M.M.C. GOYA PERFUMARIA LTDA. (Nome de Fantasia: "Perfumaria Goya"), tem como *"atividade econômica principal"*: o *"comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal"*; e como *"atividades econômicas secundárias"*: os comércios varejistas de *"doces, balas, bombons e semelhantes"*, *"bebidas"*; *"especializado de equipamentos e suprimentos de*

informática"; *"especializado de equipamentos de telefonia e comunicação"*; *"móveis"*; *"artigos de armarinho"*; *"de outros artigos de uso pessoal e doméstico não especificados anteriormente"*; *"de artigos do vestuário e acessórios"*; *"de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação"*; *"de produtos saneantes domissanitários"*; *"de outros produtos não especificados anteriormente"*.

A Alteração do contrato social (fls. 12/15) registra como objeto social: *"comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, comércio varejista de artigos de armarinho, comércio varejista de produtos saneantes domissanitários, comércio varejista de bebidas, exceto bebidas alcoólicas, comércio varejista de doces, balas, bombons e semelhantes, comércio varejista de móveis, comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios e comércio varejista de artigos de uso pessoal e doméstico, tais como: artigos de madeira e plástico e utilidades domésticas em geral"*.

Como se vê, a característica principal da impetrante reside no ramo de perfumaria, sendo que a venda dos produtos, considerados essenciais ao combate da pandemia, como os produtos de higiene e limpeza, é meramente acessória.

Em suma, as razões de indeferimento do pedido de liminar se mantêm, aqui e agora, sem prejuízo, evidentemente, do que o C. Órgão Especial vier a decidir a final.

O aprofundamento das questões postas, evidentemente, fica reservado para a decisão final do mesmo Órgão.

Destarte, não merece acolhimento o agravo interposto.

3. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2300716-22.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes EMERSON ALEXANDRE NATAL e VITOR SATOSHI YAMAMOTO, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.836)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), JAMES SIANO, CLAUDIO GO-

Acesso ao Sumário

DOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 19 de maio de 2021.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Oposição pelos impetrantes, ex-policiais civis, contra decisão interlocutória do Relator que negou antecipação de tutela em caráter cautelar para o afastamento da exoneração dos mesmos e imediata reintegração nos quadros da Polícia Civil de São Paulo – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – Exigência de demonstração da verossimilhança da alegação, fundada em prova pré-constituída, eis que na via estreita do mandado de segurança não há possibilidade de dilação probatória – Elementos nos autos a revelar conduta irregular grave dos impetrantes, apurada em processo administrativo que, em princípio, tiveram ampla defesa – Reintegração provisória que deve ser fundada na convicção da inexistência da autoria ou do fato delituoso – Negativa de antecipação de tutela mantida – Recurso interno não provido.

VOTO

1 – Dizendo-se inconformados com a decisão interlocutória de fls. 513/516 do Relator sorteado nos autos principais desta ação mandamental, na qual houve o indeferimento do pedido de antecipação de tutela para a suspensão do ato de exoneração dos impetrantes, ora agravantes, alegam que há evidência do direito líquido e certo de permanecerem nos quadros da Polícia Civil do Estado de São Paulo, porque não houve produção de prova robusta do suposto ilícito da sua autoria investigado no PAD nº 20/219, além da pena aplicada ter sido manifestamente desproporcional.

Na contraminuta de fls. 32/36 a douta Procuradoria Geral do Estado, em nome do Estado de São Paulo, argumenta que o artigo 7º, §§ 2º e 5º, da Lei 12.016/2009 veda, por analogia, a concessão de liminar para a reintegração pro-

Acesso ao Sumário

visória dos agravantes aos cargos dos quais foram exonerados, sob pena de dano ao erário público.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do agravo interno (fls. 40/46).

É o relatório.

2 – O presente recurso interno foi interposto com base na previsão do artigo 1.021 do Novo Código de Processo Civil, contra a decisão de fls. 513/516 nos autos principais, a seguir reproduzida:

> ***"Não estão presentes, nesse momento, os requisitos autorizadores para a medida liminar postulada, que é providência excepcional, reservada para casos em que exsurge flagrante o constrangimento ilegal apontado.***
>
> ***Conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles para a concessão da liminar devem concorrer dois requisitos legais: a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante caso a decisão de mérito seja favorável ao impetrante (cf. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, Malheiros, 35ª ed., p. 93).***
>
> ***Com efeito, considerando os fatos apurados no processo administrativo disciplinar nº 34/2020, segundo a portaria inaugural copiada as fls. 499/501, que denotam faltas funcionais de extrema gravidade, cuja apuração pelo órgão de avaliação natural resultou nos relatórios copiados as fls. 359/368 e 380/382, bem detalhado, recomendando a 'não confirmação' dos impetrantes no cargo de investigadores de polícia, o que restou acolhido pelas instâncias ordinárias subsequentes (fls. 387/391, 397/398, 401/402, 403 e 406/412), o ato do impetrado se encontra, em princípio, bem fundamentado (fls. 418).***
>
> À evidência, no âmbito estreito da ação mandamental não é cabível produção probatória, a qual deve estar previamente constituída. Considerando que o policial civil responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições, sendo esta última independente das primeiras, se no processo penal houver decisão que negue a autoria ou o fato delituoso, os impetrantes, em tese, podem alcançar a reintegração aos quadros da Polícia Civil (artigo 65 da Lei Complementar Estadual nº 207/1979).
>
> ***Portanto, indefiro a liminar pleiteada."***

Com efeito, é pacífico na rotina forense a não concessão de antecipação de tutela quando não há prova inequívoca sobre a verossimilhança da alegação, ainda que seja possível a reversibilidade da decisão de caráter precário.

No caso em testilha, a via processual escolhida para a reintegração dos impetrantes é estreita, pois não permite a abertura de instrução para dilação pro-

Acesso ao Sumário

batória, de modo que a convicção do magistrado ficará pautada nos elementos documentais apresentados *ab initio*. E estes revelam que a exoneração decorreu da conclusão de existência de falta grave, segundo apurado em processo administrativo que, em princípio, houve ampla defesa aos acusados.

Nesse caso, a reintegração na forma almejada dependerá de prova produzida em outro processo, de natureza administrativa ou penal, na qual fique estabelecida a inexistência da conduta grave ou da sua autoria pelos impetrantes (artigo 65 da LC 207/1979).

Apenas para registro, a vedação contida no § 2º do artigo 7º da Lei 12.016/2009, no que tange à 'reclassificação' de servidor público, aqui entendido como a elevação do seu grau ou nível para efeito de enquadramento salarial, não comporta interpretação extensiva para alcançar a reintegração no próprio cargo efetivo, se houvesse, *ab initio*, prova robusta da ilegalidade da exoneração, como aliás constou no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça ao citar o decidido no MS 24.684/DF pelo Superior Tribunal de Justiça.

3 – Destarte, pelo meu voto, **nego provimento ao agravo interno**.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0010280-98.2021.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e interessado MUNICÍPIO DE IPEÚNA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ARTUR MARQUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº ADI-0109/21)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GO-

Acesso ao Sumário

DOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 28 de abril de 2021.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Ipeúna. LM nº 668/05, art. 15, Anexo IV. LM nº 1.271/17, Anexo I. Cargos em comissão. Procurador Geral e Assessor Jurídico. Funções técnicas e burocráticas. CE, art. 111 e 115, II e V. Tema STF nº 1.010. – O incidente foi suscitado em 29-1-2021 pela 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Paola Lorena, tendo por objeto o art. 15, Anexo IV da LM nº 668/05 e Anexo I da LM nº 1.271/17, do Município de Ipeúna, que preveem a criação de cargos em comissão, notadamente de Procurador Geral e de Assessor Jurídico. No entanto, os referidos cargos em comissão já haviam sido declarados inconstitucionais pelo Tribunal, em controle abstrato, no julgamento da ADI nº 2070865-19.2020.8.26.0000, Órgão Especial, 27-1-2021, Rel. Francisco Casconi, por maioria. Assim, ante o pronunciamento anterior deste Tribunal sobre a matéria, o incidente não comporta conhecimento, nos termos do art. 949, parágrafo único do CPC. – Incidente não conhecido, com determinação.

VOTO

1. Trata-se arguição de inconstitucionalidade do art. 15, Anexo IV da LM nº 668/05 e Anexo I da LM nº 1.271/17, ambas do Município de Ipeúna, suscitada pela 3ª Câmara de Direito Público nos autos da ação civil pública nº 1006623-27.2019.8.26.0510 ajuizado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE IPEÚNA.

A suscitante aduz que as LM nº 668/05 e 1.271/17, do Município de Ipeúna, criam três cargos em comissão (1 de procurador geral e 2 de assessor jurídico), mas cuja descrição preveem atribuições de natureza técnica e burocrática, em violação aos art. 111 e 115, II e V da Constituição do Estado. Em observância ao art. 97 da CF, suscitou a inconstitucionalidade do art. 15, Anexo IV da LM nº 668/05 e Anexo I da LM nº 1.271/17, do Município de Ipeúna, perante o Órgão Especial.

2. Arguição de inconstitucionalidade. A arguição de inconstitucionalida-

de foi suscitada em 29-1-2021 pela 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Paola Lorena, tendo por objeto o art. 15, Anexo IV da LM nº 668/05 e Anexo I da LM nº 1.271/17, do Município de Ipeúna, que preveem a criação de cargos em comissão, notadamente de Procurador Geral e de Assessor Jurídico (fls. 105/139, 140/148). Ocorre que referidos cargos em comissão foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal, em controle abstrato, no julgamento da ADI nº 2070865-19.2020.8.26.0000, Órgão Especial, 27-1-2021, Rel. Francisco Casconi, por maioria, nos seguintes termos:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Expressões 'Assessor Jurídico' e 'Procurador Geral', previstas no Anexo VIII, item 4 – Empregos em Comissão, da Lei nº 668, de 16 de dezembro de 2005, e no Anexo I, da Lei nº 1.271, de 03 de fevereiro de 2017, ambas do Município de Ipeúna/SP. Atribuições legais destinando-se ao desempenho de atividades meramente burocráticas, técnicas ou profissionais, que dispensam, para seu regular desempenho, relação especial de confiança. Atribuições, ademais, que são típicas da advocacia pública, sujeitando-se à admissão pelo sistema de mérito e concurso público. Inteligência dos artigos 98 a 100 da Constituição Paulista. Inconstitucionalidade declarada. 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. Modulação dos efeitos da decisão em 120 (cento e vinte) dias contados do julgamento. Pretensão procedente, com modulação dos efeitos. (ADI nº 2070865-19.2020.8.26.0000, Órgão Especial, 27-1-2021, Rel. Francisco Casconi, por maioria).

3. O parágrafo único do art. 949 do CPC estabelece que "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão". Assim, ante a manifestação anterior deste Tribunal sobre a matéria, o incidente não comporta conhecimento. Nesse sentido, é o entendimento do Órgão Especial:

> ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 1º, § 1º, da Lei nº 17.020/2018, do Município de São Paulo. Matéria decidida supervenientemente pelo C. Órgão Especial nas ADIs 2091498-85.2019.8.26.0000 e 2113957-81.2019.8.26.0000. Decidida a questão objeto deste incidente, não se conhece desta arguição de inconstitucionalidade, nos termos do art. 949, parágrafo único, do C.P.C. (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0012663-83.2020.8.26.0000, 15-7-2020, Rel. João Carlos Saletti, v.u.)
>
> INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Tupã. Expressões constantes do Anexo Único da Lei Complementar n. 333, de 05 de setembro de 2017, do Município de Tupã. Não conhecimento. Matéria já apreciada por este Órgão Especial no julgamento da ADI n. 2123990-33.2019.8.26.0000. Inteligência do art. 949, parágrafo único, do CPC. Precedentes. Arguição não conhecida. (Arguição de Inconstitucionalida-

Acesso ao Sumário

de nº 0013437-16.2020.8.26.0000, 8-7-2020, Rel. Aguilar Cortez, v.u.)

O voto é pelo não conhecimento da arguição de inconstitucionalidade, com o retorno dos autos à 3ª Câmara de Direito Público para prosseguimento do julgamento.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0011278-66.2021.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é suscitante 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE UMA DAS CÂMARAS RESERVADAS AO MEIO AMBIENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.930)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY e SOARES LEVADA.

São Paulo, 19 de maio de 2021.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: Conflito de Competência entre a 30ª Câmara de Direito Privado e a 4ª Câmara de Direito Público – Mandado de segurança impetrado contra Elektro - Eletricidade e Serviços S/A, objetivando o restabelecimento das linhas de energia que serviam moradias erigidas em zona de amortecimento do Parque

Acesso ao Sumário

Estadual Serra do Mar – Questão relacionada Direito Ambiental, já discutida em ação civil pública intentada pelo Estado de São Paulo (Processo nº 1003139-17.2019.8.26.0441) – Conflito julgado procedente – Competência de umas das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, da Seção de Direito Público. Determinada a redistribuição do feito.

VOTO

Conflito de competência suscitado pela Trigésima Câmara de Direito Privado deste Tribunal, figurando como suscitada a Quarta Câmara de Direito Público, em recurso de apelação interposto por ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A, nos autos do mandado de segurança impetrado pelos apelados, Iris Carla Matos Damasceno e outros, por conta de ter sido interrompido o fornecimento de energia elétrica de casas situadas em zona de amortecimento do Parque Estadual Serra do Mar.

A apelação foi distribuída livremente à 4ª Câmara de Direito Público, que, apreciando o apelo deixou de conhecê-lo e determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado II ou III, por se tratar de demanda fundada em contrato de fornecimento de energia elétrica (fls. 694/702).

Redistribuídos os autos à 30ª Câmara de Direito Privado, suscitou o conflito por vislumbrar conexão do mandado de segurança com ação civil pública (Processo nº 1003139-17.2019.8.26.0441). Certo que, ambas atingiam ocupantes de moradias da mesma área, e cuja determinação judicial liminar teria sido contrária à sentença a ser ora examinada (fls. 723/729).

A Procuradoria Geral de Justiça, com as considerações de fls. 766/774, opinou pela procedência do conflito, porém, para redistribuir o feito a uma das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente.

É o relatório.

O conflito de competência deve ser julgado parcialmente procedente, estabelecendo-se a competência e uma das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, da Seção de Direito Público.

A definição da competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas Instâncias Superiores, rege-se pela matéria, que é extraída dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir e pedido), os quais são fixados pelo demandante na inicial.

Consoante pontua Fredie Didier Júnior: "(...) a competência em razão da matéria é determinada pela natureza da relação jurídica controvertida, definida pelo fato jurídico que lhe dá causa. Assim, é a causa de pedir, que contém a afirmação do direito discutido, o dado a ser levado em consideração para a iden-

tificação do juízo competente (Curso de processo civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p.161).

No caso em exame, não há como negar que a discussão travada nessa ação mandamental encontra-se relacionada a questão ambiental. Certo que o ato de autoridade apontado como ilegal e abusivo, é consequência da Ação Civil Pública Ambiental movida pelo Estado de São Paulo contra uma massa de pessoas, dentre eles os ora impetrantes, que fixaram moradia em zona de amortecimento do Parque Estadual Serra do Mar (Processo nº 1003139-17.2019.8.26.0441).

Vale dizer, o conflito social relativo à edificação irregular de moradias em área ambientalmente protegida é questão subjacente a ambas as ações.

Fato e circunstância, bem destacados pelo ilustre procurador de Justiça oficiante. Transcrevo o que aqui interessa do parecer de Sua Excelência:

> "[...] *conquanto possam ser distintos os provimentos jurisdicionais buscados no mandado de segurança e na ação civil pública, os fatos que culminaram nos conflitos estão, direta ou indiretamente, relacionados. É embate que envolve o direito à moradia (com todas as circunstâncias a ele relacionadas, como é o caso da ligação de energia elétrica) e a tutela do meio ambiente.*
>
> *Do entrelaçamento fático dos casos, depreende-se ser evidente que o provimento jurisdicional buscado no mandado de segurança impetrado pelos moradores da região perpassa pela tutela do meio ambiente, bem como que pode reverberar nas medidas liminares e até definitivas postuladas pelo Estado de São Paulo para impedir ocupações irregulares e promover a recuperação da área.*
>
> *Sendo assim, não se revela razoável e lógico definir a competência do órgão jurisdicional ignorando as razões fáticas que são constitutivas da causa de pedir remota e culminaram com a necessidade de impetração do mandado de segurança e os pontos de contato entre ambas as ações".*

Dessa maneira, força aceitar que a causa de pedir envolve interesses transindividuais, questão atinente ao direito ambiental, que é da competência, para o processamento e julgamento, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, conforme disposto no art. 4.º, inciso I, da Resolução n.º 623/2013:

> Art. 4º. Além das Câmaras referidas, funcionarão na Seção de Direito Público a 1ª e a 2ª Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, que formarão o Grupo Especial de Câmaras de Direito Ambiental, com competência para:
>
> I – Ações de natureza civil e medidas cautelares que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente, independentemente de a pretensão ser meramente declaratória,

Acesso ao Sumário

constitutiva ou de condenação a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Neste sentido, já decidiu esse Órgão Especial:

Conflito de Competência entre a 3ª Câmara de Direito Público e a 28ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento interposto em ação civil pública ambiental. Poluição sonora causada por emissão de ruídos acima dos limites legais, degradando o meio ambiente e afetando a qualidade de vida da população local. Questão amparada diretamente no direito ambiental. Conflito julgado parcialmente procedente. Competência de umas das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, da Seção de Direito Público. Determinada a redistribuição do feito. (TJSP; Conflito de competência cível 0017268-14.2016.8.26.0000; Relator: Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Limeira – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/07/2016; Data de Registro: 01/08/2016)

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência de uma das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, da Seção de Direito Público, desta Corte, nos termos do artigo 4º, I, da Resolução nº 623/2013, deste Órgão Especial, e artigo 103 do Regimento Interno desta Corte, determinando, por conseguinte, a redistribuição do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0013342-49.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. LUIS SOARES DE MELLO E XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.360)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, RICARDO

ANAFE, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 26 de maio de 2021.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – RECURSO DE APELAÇÃO TIRADO DE AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM NOTA PROMISSÓRIA – TEMA QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA RECURSAL DA SEGUNDA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO, EM RAZÃO DA MATÉRIA VERSADA NA DEMANDA, NOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL (ART. 103 DO RITJSP) – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, INCISO II, ITEM II.9, DA RESOLUÇÃO N° 623/2013 – EXISTÊNCIA DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA PRETÉRITO, ENVOLVENDO MAGISTRADOS DE PRIMEIRO GRAU, QUE NÃO TEM O CONDÃO DE FIXAR A PREVENÇÃO DA CÂMARA ESPECIAL – SÚMULA Nº 158 DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONFLITO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA".

"Julgado o conflito de competência, tem-se por esgotada a função jurisdicional da C. Câmara Especial. Eventuais recursos interpostos nos mesmos autos devem observar as regras de competência recursal disciplinadas pela Resolução nº 623/2013 deste C. Órgão Especial".

"A competência recursal em razão da matéria é absoluta, de tal sorte que o julgamento de conflito negativo de competência pretérito, envolvendo os magistrados de primeiro grau, jamais teria o condão de tornar preventa a C. Câmara Especial, cuja competência se insere exclusivamente nas hipóteses previstas pelo artigo 33 do Regimento Interno".

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Câmara Especial em face da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da apelação nº 1024546-06.2017.8.26.0100, interposta em ação

Acesso ao Sumário

monitória fundada em nota promissória.

A C. 38ª Câmara de Direito Privado, para a qual foi originariamente distribuído o recurso, por decisão monocrática da lavra do Desembargador Spencer Almeida Ferreira, dele não conheceu determinando a remessa dos autos à Câmara Especial em razão de prevenção gerada pelo julgamento do Conflito de Competência Cível nº 0021045-65.2020.8.26.0000, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno.

Por sua vez, a C. Câmara Especial, por v. aresto da relatoria do Desembargador Issa Ahmed, discordou desse entendimento aduzindo, em síntese, que o tema controvertido não está inserido dentre aqueles previstos no artigo 33 do Regimento Interno, acenando com a incompetência absoluta da Câmara Especial em face da matéria debatida nos autos.

É o relatório.

1) Na dicção do artigo 200 do Regimento Interno desta Corte, o conflito negativo de competência, a rigor, só se perfaz no caso de ambos os órgãos fracionários terem declinado do exame do recurso, mostrando-se insuficiente a manifestação monocrática do relator.

Na espécie, contudo, as particularidades do caso recomendam abrandamento desta regra, como tem ocorrido em situações tais em prestígio aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, devendo-se supor, então, que ao tratar da competência o Desembargador relator adotou a linha de entendimento firmada na respectiva Câmara. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes deste C. Órgão Especial: Conflito de Competência nº 0072679-13.2014.8.26.0000, Relator Desembargador Arantes Theodoro; Conflito de Competência nº 0019205-30.2014.8.26.0000, Relator Desembargador Evaristo dos Santos; Conflito de Competência nº 0002884-12.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Beretta da Silveira; e Conflito de Competência nº 0050161-24.2017.8.26.0000, Relator o signatário.

Conheço, pois, do conflito.

2) No mais, assiste razão à Câmara suscitante.

Cuida-se de apelação interposta em ação monitória, lastreada em nota promissória, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 329/332, constituindo o título executivo judicial no valor total de R$ 287.196,81 em desfavor dos requeridos da lide originária.

No curso da demanda, a MM. Juíza de Direito Titular suscitou conflito negativo de competência em face do MM. Juiz de Direito Auxiliar, ambos da 18ª Vara Cível do Foro Central, sendo o incidente julgado por decisão monocrática, copiada às fls. 374/375, da lavra do Desembargador Issa Ahmed, integrante da C. Câmara suscitante, por força do disposto no artigo 33 do Regimento Interno deste Tribunal, ***verbis***:

Acesso ao Sumário

"Art. 33. A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano.

Parágrafo único. Competirá à Câmara Especial processar e julgar:

I – Os incidentes de suspeição e impedimento de juiz de primeiro grau;

II – <u>os conflitos de competência</u> entre juízes e de atribuição, ressalvada a competência do Órgão Especial;

***III –** os agravos de instrumento em exceções de incompetência, quando a matéria incluir-se na sua competência recursal;*

***IV –** os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude;*

***V –** os recursos das decisões originárias do Corregedor Geral da Justiça, nos processos disciplinares relativos a titulares e servidores das serventias judiciais, delegados dos serviços notariais e de registro e oficiais de justiça".*

Julgado o conflito de competência, tem-se por esgotada a função jurisdicional da C. Câmara Especial. Eventuais recursos interpostos, nos mesmos autos, devem observar as regras de competência recursal disciplinadas pela Resolução nº 623/2013 deste C. Órgão Especial.

É importante registrar que a competência recursal em razão da matéria é absoluta, de tal sorte que o julgamento do conflito negativo de competência envolvendo os magistrados de primeiro grau, da mesma Vara *(Juiz Auxiliar e Juiz Titular)*, jamais teria o condão de tornar preventa a E. Câmara suscitante, ***verbis***:

***"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – APELAÇÃO EM AÇÃO DE USUCAPIÃO DE BEM IMÓVEL – COMPETÊNCIA PARA EXAME E JULGAMENTO DO RECURSO QUE SE FIRMA SEGUNDO O PEDIDO INICIAL (ART. 103 DO RITJSP) – COMPETÊNCIA ABSOLUTA ESTABELECIDA PELA MATÉRIA VERSADA NA AÇÃO – CONHECIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PELA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO QUE NÃO FIXA SUA PREVENÇÃO – PRECEDENTES DESTA CORTE"** (Conflito de Competência nº 0051957-21.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Desembargador João Negrini Filho).*

Cumpre lembrar, ainda, o enunciado da Súmula nº 158 deste E. Tribunal de Justiça, que assim estabelece, ***verbis***:

"A distribuição de recurso anterior, ainda que não conhecido, gera prevenção, salvo na hipótese de incompetência em razão da matéria, cuja natureza é absoluta".

Destarte, tendo em conta que *"a definição da competência para julgamento da demanda está adstrita à natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir" (Conflito de Competência nº 108.138/SC, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi)* e considerando que o artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal preconiza que

Acesso ao Sumário

a competência é firmada *"pelos termos do pedido inicial"*, forçoso é concluir que compete ao órgão fracionário suscitado o julgamento da apelação uma vez que o artigo 5º, inciso II, item II.9, da Resolução nº 623/2013 atribui às Câmaras numeradas entre 11ª a 24ª e 37ª e 38ª Seção de Direito Privado a competência para o julgamento das *"ações civis públicas, monitórias e de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com as matérias de competência da própria Subseção"*.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda 38ª Câmara de Direito Privado para a qual deverão ser remetidos os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0013008-15.2021.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é suscitante 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.816)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e MOACIR PERES.

São Paulo, 26 de maio de 2021.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Declinada a competência pela Eg. 5ª Câmara de Direito Público. Redistribuiu-se. A C. 27ª Câmara de Direito Privado suscitou dúvida perante o Órgão Especial, entendendo tratar-se de matéria de Direito Público.

Acesso ao Sumário

Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos decorrentes de acidente de veículo ocasionado pela falta de sinalização em via pública, envolvendo responsabilidade civil do Estado. Eg. Seção de Direito Público a competente para julgamento do recurso, à luz da nova redação dada ao art. 5º, III.15 da Resolução nº 623/13 pela Resolução nº 835/20. Precedentes deste Eg. Órgão Especial. Competência da 5ª Câmara de Direito Público para apreciar a demanda.

Conflito procedente. Competente a Câmara suscitada.

VOTO

1. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela **Eg. 27ª Câmara de Direito Privado** em face de v. aresto da **Eg. 5ª Câmara de Direito Público** em **ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos** (fls. 01/14) ajuizada por José Antonio Pires contra o Município de Rio Claro, em decorrência de acidente de trânsito ocasionado pela falta de sinalização em via pública.

A **Eg. 5ª Câmara de Direito Público** entendendo tratar-se de matéria da Seção de Direito Privado, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos para redistribuição (fls. 149/152).

Redistribuído o recurso (fl. 155), a **Eg. 27ª Câmara de Direito Privado** declarou-se incompetente e suscitou Conflito de Competência (fls. 157/163).

É o relatório.

2. Procedente o conflito.

Trata-se de **ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos** decorrentes de acidente de veículo envolvendo motocicleta ocasionado por falta de sinalização da existência de lombada em via pública (fls. 01/14).

No caso, cuida-se de ação de indenização por **acidente de veículo** envolvendo a **responsabilidade civil do Estado**, conforme se depreende da inicial (fls. 01/14):

> *"Conforme narrado no B.O. supra, o Requerente sofreu acidente com o seu motociclo (JTA/SUZUKI EB125 YES, Placa DXM0218/SP), na data de 21/04/2017, por volta das 09h00min, na Rua 1B, entre as Avenidas Nossa Senhora da Saúde e 3A, Rio Claro/SP,* ***sendo que o referido acidente somente ocorreu pela inexistência de sinalização da lombada (Ressalta-se, além de não estar corretamente pintada, não havia qualquer placa indicando a sua existência), conforme se verifica pelas fotos abaixo colacionadas****:"*

Acesso ao Sumário

(...)

"Em virtude do referido acidente, o Requerente fraturou a tíbia e fíbula esquerda, sendo submetido a tratamento cirúrgico, ficado internado por 04 (quatro) dias e tendo se afastado pelo INSS de 26/04/2017 a 16/12/2017, conforme se verifica pelos Atestados e Comunicado de Decisão anexos."

(...)

"E demandou um alto custo para o mesmo, que teve que arcar com consultas, Raios-X, fisioterapias, remédios e bota imobilizadora, no importe de R$ 869,51 (oitocentos e sessenta e nove reais e cinquenta e um centavos)."

"Certo é que o acidente DE NATUREZA GRAVE, como constatado no Laudo Pericial abaixo, ***ocorreu por pura negligência da Requerida que, além de não pintar corretamente a lombada, não inseriu placa indicando a sua existência****, fatos que tornaram a mesma imperceptível ao Requerente, que não pode evitar o acidente:"*

(...)

"À vista do exposto, nos termos da legislação de trânsito supra, a colocação de placas sinalizadoras/advertência dando conhecimento da existência de ondulação redutora de velocidade (lombada popularmente conhecida por 'quebra-mola'), assim como a pintura dela na cor amarela para torná-la visível, são exigências indispensáveis à segurança dos condutores."

"No entanto, as fotografias acostadas à inicial, revelam que, à época do sinistro, a lombada colocada pelo Município não atendia aos requisitos legais, haja vista não estar corretamente pintada e não haver placa indicando a sua existência, fatos que impossibilitaram o Requerente de evitar o acidente..." (grifei – fls. 03/08).

A **competência recursal** se estabelece pelos termos do **pedido** contido na inicial, conforme dispõe o **art. 103** do **RITJ-SP**:

"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (grifei).

Assim, à luz do disposto na **Resolução nº 623/13**, compete a **Eg. Terceira Subseção do Direito Privado** o julgamento de ações de reparação de danos causados em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado.

Contudo, a **Resolução nº 835/20**, ao dar nova redação ao **art. 5º, III.15**

Acesso ao Sumário

daquela norma, **excetuou** as ações de reparação de danos causados em acidente de veículo, **envolvendo deficiência ou falta de serviço público**, como decorre da imputação efetuada no caso dos autos.

Confira-se:

> *"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:"*
>
> (...)
>
> *"III – **Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras**, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:"*
>
> (...)
>
> *"III.15 – **Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado**, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro, **excetuadas as ações que envolvam deficiência ou falta do serviço público."*** (grifei).

As ações com pedidos fundamentados na falta/falha na prestação do serviço público, ainda que relacionadas a acidentes de veículos, portanto, devem ser processadas e julgadas pelas **1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público**.

Impõe-se assim, reconhecer a competência da **C. 5ª Câmara de Direito Público** para julgamento do recurso.

A propósito, nesse sentido vem decidindo este **Colendo Órgão Especial** em demandas **semelhantes** à dos autos:

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Responsabilidade civil. Sorocaba. **Acidente. Buraco na via. Má prestação do serviço. Indenização por dano material e moral.** Nos termos da Resolução OE nº 623/2013, com redação dada pelas Resoluções OE nº 648/2014 e 835/2020, em regra, **a competência para o julgamento das ações que versem responsabilidade civil do Estado por ausência ou má prestação de serviço público, são da competência da Seção de Direito Público;** hipótese dos autos em que o Município de Sorocaba está sendo demandado por conduta omissiva em razão de acidente provocado por buraco existente na via pública. À Seção de Direito Privado compete, em relação à responsabilidade civil do Estado por danos causados em acidentes de trânsito, apenas o julgamento das ações de reparo de danos causados em acidentes de veículos, isto é, quando há o envolvimento de dois ou mais veículos*

no acidente. Precedentes do Órgão Especial. Súmula OE nº 165. Conflito procedente para declarar a competência da 12ª Câmara de Direito Público, suscitada, para processar e julgar recurso." (grifei – CC nº 0.008.512-40.2021.8.26.0000 – v.u.j. de 31.03.21 – Rel. Des. **TORRES DE CARVALHO**).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de reparação de danos contra concessionária. ***Fumaça na estrada e ausência de sinalização. Suposta falta do serviço.*** Súmula 165 deste e. Tribunal de Justiça. Competência da e. Seção de Direito Público. Julgamento de recurso. Ação que trata de responsabilidade civil originada de acidente de veículo. Alegação de falta ou deficiência do serviço. Competência da 5ª Câm. de *D. Público, suscitada."* (grifei – CC nº 0.021.570-47.2020.8.26.0000 – v.u.j. de 12.08.20 – Rel. Des. **COSTABILE E SOLIMENE**).

E ainda: CC nº 0.021.570-47.2020.8.26.0000 – v.u.j. de 05.08.20 e CC nº 0.012.635-18.2020.8.26.000 – v.u.j. de 21.10.20 – Rel. Des. **CLAUDIO GODOY**; CC nº 0.051.444-14.2019.8.26.0000 – v.u.j. de 29.07.20 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**; CC nº 0.019.132-48.2020.8.26.0000 – v.u.j. de 22.07.20 – Rel. Des. **ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ**, dentre inúmeros outros arestos no mesmo sentido.

Tal é o caso dos autos.

Procedente o conflito, nos termos do **art. 200** do **Regimento Interno**, firmo a competência da suscitada **Eg. 5ª Câmara de Direito Público** para apreciar e julgar o presente recurso.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 5ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0001223-56.2021.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é suscitante 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS.

SRS. DES. RICARDO ANAFE, DAMIÃO COGAN E FERRAZ DE ARRUDA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.591)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, LUIS SOARES DE MELLO, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 2 de junho de 2021.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Conflito de competência. Apelação interposta contra sentença proferida nos autos de ação cautelar e principal, ajuizada pela Fazenda Pública contra o Banco do Brasil. Pleito cautelar em caráter antecedente e pedido principal julgados procedentes. Competência que se firma pelos termos do pedido inicial. Pretensão de ressarcimento ao erário de valores de cunho previdenciário pagos indevidamente na conta bancária de servidora pública aposentada já falecida. Art. 3º, I, I.1, da Resolução nº 623/2013. Precedente deste Órgão Especial. Competência das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público. Conflito julgado procedente. Fixada a competência da 13ª Câmara de Direito Público.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela 38ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça no julgamento da apelação cível nº 1002651-77.2019.8.26.0048, da Comarca de Atibaia. A Câmara declinou de sua competência, entendendo que a Fazenda Pública atua no feito *"em prol do interesse público com o objetivo de ressarcir os cofres decorrente de pensão de aposentadoria de servidora do Estado, matéria que se insere na competência recursal das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público, conforme disposto no art. 3º, item I.1 e I.8, da Resolução 623/2013 deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo"* (fls. 203/209).

A 13ª Câmara de Direito Público, por sua vez, havia declinado da com-

Acesso ao Sumário

petência, porque *"embora os valores que foram indevidamente depositados pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo na conta bancária mantida por L.S. na instituição financeira requerida após o óbito da beneficiária ostentem a natureza de proventos de aposentadoria, a pretensão da autora diz respeito exclusivamente à interferência no contrato de prestação de serviços pactuado entre a aposentada e o ora apelante."* Assim, considerou que o conflito envolve matéria relacionada à prestação de serviços bancários, e não a origem dos valores depositados, tampouco a relação jurídica de natureza previdenciária entre a Fazenda Pública e a ex-servidora, em consonância com a regra disposta no artigo 5º, II, item 11, da Resolução nº 623/2013 (fls. 195/199).

A Procuradoria-Geral de Justiça declinou da intervenção no Conflito de Competência, visto que o processo versa sobre direito disponível de partes maiores e capazes, não se aplicando nenhuma das hipóteses do artigo 178 do Código de Processo Civil (fls. 219/222).

2. **Procede o conflito, devendo ser reconhecida a competência da Câmara suscitada para julgar o recurso, em respeito a julgado unânime deste Órgão Especial**[1]**, no qual a controvérsia em análise foi recentemente dirimida.**

Com efeito, a definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas instâncias superiores, rege-se pela matéria, que é extraída dos termos do pedido, os quais são fixados pelo demandante na inicial. Tal o teor do artigo 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"*.

O **Superior Tribunal de Justiça** pacificou o entendimento de que *"a definição da competência para julgamento da demanda está adstrita à* ***natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir****."* (CC 108.138/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010, grifado).

Acórdão de relatoria do Ministro Teori Zavascki, ainda no **Superior Tribunal de Justiça**, bem pontuou: *"**A definição da competência para a causa se estabelece levando em consideração os termos da demanda** (e não a sua procedência ou improcedência, ou a legitimidade ou não das partes, ou qualquer outro juízo a respeito da própria demanda). O juízo sobre competência é, portanto, lógica e necessariamente, anterior a qualquer outro juízo sobre a causa. Sobre ela quem vai decidir é o juiz considerado competente (e não o Tribunal que aprecia o conflito). Não fosse assim, haveria uma indevida inversão na or-*

Acesso ao Sumário

1 TJSP; Conflito de competência cível 0036223-54.2020.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/03/2021; Data de Registro: 26/03/2021

dem natural das coisas: primeiro se julgaria (ou pré-julgaria) a causa e depois, dependendo desse julgamento, definir-se-ia o juiz competente (que, portanto, receberia uma causa já julgada, ou, pelo menos, pré-julgada). Precedentes: CC 51.181-SP, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 20.03.2006; AgRg no CC 75.100-RJ, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.11.2007; CC 87.602-SP, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22.10.2007." (CC 121.013/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 03/04/2012, grifado).

3. No caso dos autos, a autora da ação, Fazenda Pública do Estado de São Paulo, **destacando o interesse público em jogo**, ajuizou ação cautelar em caráter antecedente contra o Banco do Brasil, em que afirma que a servidora pública aposentada L.S., incluída na sua folha de pagamento, morreu em 22 de fevereiro de 2016. No entanto, a autora foi cientificada da morte somente em 20 de abril de 2016, razão pela qual não conseguiu sustar imediatamente o pagamento do benefício previdenciário no valor de R$ 19.954,11. Por esse motivo, segundo a inicial, houve o depósito indevido da referida quantia. A Fazenda Pública tomou ciência do fato e solicitou a devolução do numerário aos herdeiros da falecida, porém não teve sucesso, e não conseguiu obter informações junto ao banco réu, em razão do sigilo bancário. Requereu na inicial fosse determinado ao Banco do Brasil que: *"forneça histórico de movimentação da conta corrente após o falecimento da pensionista, com esclarecimento de existência de eventuais cotitulares da conta ou de procuradores autorizados a também movimentá-la"*; *"informe se o valor depositado indevidamente pelo Tribunal de Justiça (Fazenda Pública) continua ainda disponível na conta corrente que era de titularidade da falecida, efetuando bloqueio dos valores eventualmente encontrados para que fiquem cautelarmente à disposição do Juízo"*; e *"forneça informações sobre a identidade da pessoa que efetivou o saque, ou o encerramento da conta, caso tenha ocorrido alguma dessas hipóteses."* (fls. 01/04).

Deferida pelo Juízo a tutela provisória, de natureza cautelar, a Fazenda apresentou, então, o pedido principal da ação contra a instituição financeira, **relativo ao ressarcimento ao erário**. Justificou que, após o falecimento da servidora aposentada, este Tribunal de Justiça efetuou, indevidamente, depósitos de seus proventos em conta corrente da ex-funcionária pública na agência do Banco do Brasil, tendo sido apurado que o valor a ser ressarcido fora integralmente transferido para o banco, por meio de retenção da parcela consignada diretamente na fonte; bem como para o pagamento do empréstimo consignado (BB Renovação Consignação) e seguro de veículo (BB Seguro auto) contratados pela servidora falecida. A Fazenda Pública pleiteou fosse o Banco do Brasil condenado a ressarcir ao Estado de São Paulo o valor atualizado de R$ 21.406,61, com correção monetária e juros de mora (fls. 118/121).

Acesso ao Sumário

O Juízo da 1ª Vara Cível de Atibaia julgou procedentes tanto os pedi-

dos formulados na ação cautelar antecedente, convalidando a tutela provisória, quanto o pedido principal, condenando o réu ao ressarcimento, o que motivou a interposição da apelação pelo Banco do Brasil.

4. Uma vez examinado o caso concreto, é importante observar que o Órgão Especial definiu, na sessão de julgamento de 24 de março de 2021, que prevalece, na hipótese em debate, **a natureza dos valores cujo ressarcimento se postula na inicial, valores esses regidos pelo Direito Previdenciário**. De acordo com o entendimento do colegiado, **não se trata de pedido embasado propriamente no contrato de prestação de serviços bancários**, firmado entre a beneficiária e a instituição financeira.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

*"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – **Tutela provisória de urgência de natureza cautelar – Pagamento de benefício equivocadamente feito em conta de pessoa já falecida** – **Demanda que versa sobre questão previdenciária de ex-servidor** público – Aplicação do art. 3º, I, 'I.11', da Resolução n°. 623/2013 – **Competência das Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça (1ª a 13ª Câmaras) – Fixação da competência da 13ª Câmara de Direito Público** – Conflito procedente."* (TJSP; Conflito de competência cível 0036223-54.2020.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/03/2021; Data de Registro: 26/03/2021, grifado).

5. Dessa forma, deve ser obedecida a Resolução nº 623/2013, deste Órgão Especial, que, em seu artigo 3º, I, I.1, estabelece ser da competência preferencial das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público: *"I.1 – Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais* e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958".

6. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da **13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça** para o julgamento do recurso, nos termos do artigo 3º, I, I.1, da Resolução nº 623/2013, deste Órgão Especial.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2043111-68.2021.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente DOU-

GLAS THIAGO CONSTANTINO, é impetrado PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Órgão 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 34056)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, DÉCIO NOTARANGELI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA ATO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA QUE CONFIRMOU A RECUSA DE ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL FEITA PELA PROMOTORIA. CRIME IMPUTADO AO PACIENTE COM PENA MÍNIMA SUPERIOR A 04 ANOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ACORDO, ADEMAIS, QUE É UMA PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E, SE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA A SUA RECUSA, NÃO PODE SER IMPOSTO PELO JUDICIÁRIO.
ORDEM DENEGADA.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria do Estado de São Paulo sob a alegação de que o paciente DOUGLAS THIAGO CONSTANTINO, denunciado como incurso no delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, sofre constrangimento ilegal, porquanto negada, pelo impetrado, a proposta de acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal ("*Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado con-*

Acesso ao Sumário

fessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime").

Aduz a impetrante que, no vertente caso, estão presentes todos os requisitos para a concessão do acordo de não persecução penal, previstos no art. 28-A, *caput* e § 2º, do Código de Processo Penal.

Salienta, contudo, que o Ministério Público, em primeiro grau, recusou-se a propor o acordo de não persecução penal (fls. 80/81). Com isso, os autos foram remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, que manteve a negativa de oferecimento do acordo almejado, argumentando que: a) o desemprego do acusado e a forma de apreensão das drogas são circunstâncias que inviabilizaram a proposta; e b) a pena mínima cominada ao delito é superior a 4 anos (fls. 86/98).

Defende que a manifestação do Ministério Público não deve prevalecer, apontando, em síntese, que: a) o crime imputado ao paciente foi praticado sem violência ou grave ameaça e seu preceito secundário comina a pena privativa de liberdade inferior mínima de 4 anos, sendo certo que, relativamente ao tráfico de drogas, deve ser levada em consideração a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (CPP, art. 28-A, § 1º). Ressalta, ainda, que deve-se rechaçar a argumentação no sentido de que a imputação do delito tipificado pelo art. 33 da Lei de Drogas impediria a formulação da proposta de acordo de não persecução penal, pois na hipótese de incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é afastada a hediondez do delito (CPP, art. 28-A, § 1º; LEP, art. 112, § 5º), a demonstrar sua menor reprovabilidade; b) o paciente confessou a prática delitiva e, ainda que não o tivesse feito, é certo que poderia fazê-lo em audiência designada para tal fim, nos termos do art. 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal, e das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, art. 379-A, § 2º; c) a medida se mostra adequada e suficiente, tendo em vista que o paciente é primário. Concluiu que o paciente preenche os requisitos legais, tendo direito ao acordo.

Requereu, assim, a concessão da liminar para que fosse determinada a suspensão do andamento da persecução penal até o julgamento do mérito deste "writ" e, ao final, postulou, sendo confirmada a liminar, fosse concedida a ordem de *habeas corpus* para que: a) fosse determinada a oferta do acordo de não persecução penal; ou b) rejeitado o pleito anterior, fosse determinada a abertura de vista ao Ministério Público para se manifestar sobre o cabimento do acordo de não persecução penal, desconsiderando a argumentação inidônea anteriormente esposada.

A liminar foi indeferida pelo r. despacho de fls. 101/103, nos seguintes

termos: *"A concessão de medida liminar em Habeas Corpus somente é cabível quando o constrangimento ilegal for manifesto e detectável de imediato através de exame sumário da inicial, o que não ocorre no presente caso. Não é possível se vislumbrar, ao menos em um juízo de cognição sumária não exauriente, próprio deste momento processual, a ilegalidade apontada pela impetrante na manifestação ministerial.* ***Indefiro, pois, a liminar.****"*

Foram juntadas aos autos as informações remetidas pela autoridade reputada coatora, em que reitera a manifestação copiada às fls. 86/98, na qual posicionou-se pelo não cabimento do acordo de não persecução penal (fls. 108/109).

É o relatório.

O presente *habeas corpus* foi impetrado em favor de Douglas Thiago Constantino, alegando a impetrante submissão do paciente a constrangimento ilegal em razão de ato do Procurador-Geral de Justiça que ratificou recusa do Promotor de Justiça oficiante nos autos de origem pelo cabimento do acordo de não persecução penal.

A recusa do acordo de não persecução penal teve como consideração o fato de que a pena mínima cominada ao crime imputado ao paciente é de 5 anos, afastando o requisito objetivo de natureza quantitativa, na forma exigida pelo art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal. Considerou ainda que foi imputado ao réu o crime de tráfico de drogas, definido no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, equiparado a hediondo e que o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal expressamente impõe ao legislador ordinário e aos operadores do Direito um tratamento mais severo aos responsáveis pela prática de delitos deste jaez, o qual não se compatibiliza com a essência e com o propósito do acordo de não persecução penal. Por fim, aduziu que, se essa foi a conclusão do titular da ação penal, com base nos elementos de informação produzidos na fase investigatória, não se pode falar na caracterização do privilégio (art. 33, § 4º), cuja análise deve ser reservada à sentença, levando em conta as provas produzidas em juízo, sob o crivo do contraditório.

O acordo pretendido pelo impetrante está previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> "Art. 28-A – Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

Verifica-se que o comando legal é expresso ao estabelecer como requisito para que o acordo seja aceito que: a) o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática da infração penal, e que: b) **a pena mínima do crime praticado seja inferior a 4 (quatro) anos**, último requisito não preenchido pelo paciente.

Nestes termos, demonstrado nos autos que a confirmação da recusa do acordo de não persecução penal pela autoridade impetrada tem respaldo no artigo 28-A do Código de Processo Penal, não há que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *habeas corpus*, sendo de rigor a denegação da ordem.

Ademais, assim como acontece com o instituto da "suspensão condicional do processo", o acordo de não persecução penal é uma prerrogativa do Ministério Público[1] e, se devidamente fundamentada a sua recusa, não pode ser imposto pelo Judiciário.

Esta tem sido a orientação deste C. Órgão Especial. Confira-se:

"(...) Assim como ocorre com a suspensão do processo previsto pela Lei nº 9.099/1995, não cabe ao Poder Judiciário conceder os benefícios do artigo 28-A do Código de Processo Penal, mesmo tendo a Defensoria argumentado que o paciente preenche os requisitos necessários à benesse, sendo esse um direito subjetivo do réu. (...)

Com efeito, a proposta de acordo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, que é o titular da ação penal e, portanto a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada. Mesmo que assim não fosse, não se pode tomar o direito subjetivo como absoluto, haja vista que condições e circunstâncias relacionadas ao caso concreto podem vir a se tornar fatores a afastar referido benefício.

Ademais, ainda que essa Corte dissentisse do entendimento do Procurador Geral de Justiça, a negativa deveria prevalecer, porquanto a Constituição Federal conferiu a titularidade da ação penal ao Ministério Público, à qual intimamente ligada a possibilidade de propor a transação"[2].

"Habeas Corpus. Ato do Procurador Geral de Justiça que ratificou manifestação ministerial originária no sentido do descabimento de oferecimento, ao réu, de acordo de não persecução penal, na forma do artigo 28-A do CPP. **Já por si inviável a própria possibilidade de reapreciação do ato do Procurador Geral que ratifica a ausência de oferta do acordo de não persecução.** Ratificação da ausência de oferta do acordo, ademais, que no caso se põe em meio ao trâmite de processo que corre já com distribuição a Câmara Criminal deste Tribunal. Neste sentido, e de todo modo, na hipótese em tela havida não só denúncia ofertada como a própria prolação de sentença condenatória, com o que incompatível providência que encerra real negócio pré-processual. Precedentes. Ordem denegada."[3]. (n/ grifos)

Acesso ao Sumário

1 Na esteira do Enunciado n.º 21, PGJ – CGMP - *"Lei n.º 13.964/19, que 'a proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado"*. – fls. 118

2 HC nº 2068913-05.2020.8.26.0000, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 15.07.2020.

3 HC nº 2084424-43.2020.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 15.07.2020.

"HABEAS CORPUS. Impetração contra ato do Procurador-Geral de Justiça que confirmou posicionamento adotado por Promotor de Justiça, recusando **acordo de não persecução penal** (ANPP). Réu denunciado como incurso no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. **Alegação de ilegalidade**. Rejeição. Crime não confessado, e pena mínima cominada superior a 4 anos. Requisitos legais não preenchidos. Ademais, em se tratando de ato que exige convergência de vontades, **o oferecimento de acordo de não persecução penal**, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, não pode ser objeto de imposição ao órgão acusador, pois não constitui direito subjetivo do acusado, e sim **prerrogativa institucional do Ministério Público**, quando seu representante reputar a medida suficiente para reprovação e prevenção do crime. Precedentes. Ordem denegada[4]". (grifos originais).

"*Habeas Corpus* – Recusa na proposta de não persecução penal – O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo público do investigado, mas prerrogativa institucional do Ministério Público – Avaliação feita pelo Ministério Público que não aponta no sentido da possibilidade do acordo, que não pode ser imposta pelo Poder Judiciário, por falta de previsão legal – Ordem denegada[5]"

Pelo exposto, denego a ordem de *habeas corpus*, nos termos desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2120416-65.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente FELIPE FERREIRA SANT ANA, é impetrado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão 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 54.026OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS PETRONI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN,

Acesso ao Sumário

4 HC nº 2118710-47.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 15.07.2020.

5 HC nº 2121595-34.2020.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. 15.07.2020.

MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 9 de junho de 2021.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Procurador-Geral de Justiça – Recusa em propor a não persecução penal, art. 28-A do CPP – Poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal – Acusado incurso nas penas do tráfico de entorpecentes – Habitualidade – Não preenchimento dos requisitos legais – Mesma natureza dos benefícios da suspensão condicional do processo e da transação penal – Enunciados da Súmula 696 do STF e da Tese 3, Jurisprudência em Teses, Direito Processual Penal, Juizados Especiais Criminais II, do STJ – Precedentes deste Órgão Colegiado – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de Felipe Ferreira Sant Ana, no qual argumenta que sofre constrangimento ilegal por parte do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, consistente na manutenção da recusa em propor acordo de não persecução penal (ANPP), ao paciente, denunciado como incurso nas penas de tráfico.

Liminar indeferida, fls. 117, vieram aos autos as informações fls. 124/125. Por figurar como autoridade impetrada o Procurador-Geral de Justiça, não há parecer do Ministério Público.

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

O Ministério Público em primeiro grau não formulou ANPP, sob os seguintes fundamentos: não se trata de tráfico privilegiado, destacando a quantidade de droga apreendida em posse do paciente; o acordo de não persecução penal não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção do delito de tráfico de entorpecentes, que serve de subsistência a grandes organizações criminosas, está ligado a outros crimes de igual gravidade, estimula o vício e destrói famílias.

Encaminhado os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, art. 28-A, § 14, do CPP, o Procurador-Geral de Justiça insistiu na recusa na oferta do acordo,

restituindo os autos ao juízo de origem para prosseguimento da ação penal. Alega que não incide a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, uma vez que os elementos objetivos do fato apontam para a dedicação do réu à atividade criminosa do tráfico, sendo insuficiente a confissão pelo réu e sua primariedade. Pondera também que a elaboração do pretendido acordo não atende aos critérios de necessidade e suficiência para repressão e prevenção do crime, principalmente por ter, em tese, o paciente cometido o crime de tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo, para o qual a CF/88 impôs tratamento mais severo.

Porque o Ministério Público é o titular da ação penal, art. 129, I, da CF/88, o instituto do acordo de não persecução penal, art. 28-A do CPP, instituído pela Lei nº 13.964, de 24-12-2019, tem a mesma natureza dos benefícios da suspensão condicional do processo e da transação penal, Lei nº 9.099, de 26-9-1995, a de poder-dever do Ministério Público e não a de direito subjetivo do acusado. Confirmam esse entendimento os enunciados da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal (Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal) e da Tese 3 de Direito Processual Penal, edição nº 96, Juizados Especiais Criminais – II, do Superior Tribunal Federal (A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada).

Se não bastasse a imprescindibilidade da iniciativa da proposta pelo Ministério Público, no caso, não houve ilegalidade praticada pela autoridade apontada coatora, pois o art. 28-A, caput, § 2º, II, do CPP, obsta a aplicação do benefício se a pena mínima não for inferior a 4 anos e se a conduta criminosa for habitual.

Nesse sentido, decisões deste Órgão Colegiado:

"HABEAS CORPUS. Impetração contra ato do Procurador-Geral de Justiça que confirmou posicionamento adotado por Promotor de Justiça, recusando acordo de não persecução penal (ANPP). Réu denunciado como incurso no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Alegação de ilegalidade. Rejeição. Crime não confessado, e pena mínima cominada superior a 4 anos. Requisitos legais não preenchidos. Ademais, em se tratando de ato que exige convergência de vontades, o oferecimento de acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, não pode ser objeto de imposição ao órgão acusador, pois não constitui direito subjetivo do acusado, e sim prerrogativa institucional do Ministério Público, quando seu representante reputar a medida suficiente para reprovação e prevenção do crime. Precedentes. Ordem denegada" (HC nº 2118710-47.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em

Acesso ao Sumário

15-7-2020).

"Habeas Corpus – Recusa na proposta de não persecução penal – O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo público do investigado, mas prerrogativa institucional do Ministério Público – Avaliação feita pelo Ministério Público que não aponta no sentido da possibilidade do acordo, que não pode ser imposta pelo Poder Judiciário, por falta de previsão legal – Ordem denegada." (HC nº 2121595-34.2020.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. em 15-7-2020).

"HABEAS CORPUS – Tráfico de entorpecentes – Proposta de acordo de não persecução penal – Artigo 28-A do Código de Processo Penal – Recusa da Justiça Pública em formular acordo – Não preenchimentos dos quesitos legais – A proposta de acordo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, que é o titular da ação penal e, portanto a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada – ORDEM DENEGADA." (HC nº 2068913-05.2020.8.26.0000, Rel. Des. Moreira Viegas, j. em 15-7-2020).

Portanto, **denega-se a ordem.**

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2009465-67.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante TAKI RESTAURANTE LTDA., é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A SEGURANÇA, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41781)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO,

Acesso ao Sumário

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 5 de maio de 2021.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. Estabelecimento à beira de estrada fornecedor de alimentos, parada, descanso e sanitários a caminhoneiros e viajantes. Afastamento da arguição de se tratar de lei em tese. Súmula 266 do STF inaplicável. Decreto Estadual 64.881/20. Ato administrativo de aplicação e incidência concreta da Lei Federal 13.979/20. No mérito, atividade acessória à essencial de transporte de cargas, enquadrando-se pois no artigo 2º, § 1º, item 6, do Decreto 64.881/20, c.c. 3º, § 1º, XXII, e § 2º do Decreto nº 10.282/2020. Suporte indispensável a esse transporte. Direito líquido e certo violado (CF, art. 5º, LXIX). Segurança concedida, com determinação quanto às providências necessárias de natureza higiênica e sanitária, conforme a fase do Plano São Paulo, determinada porém a autorização de funcionamento independentemente de tais fases.

VOTO

Visto.

1. Taki Bothanic Restaurante Ltda. impetra MS visando à possibilidade de fornecimento pessoal de refeições no interior de seu estabelecimento, indicando como autoridade coatora o Governador do Estado. Afirma ser empresa localizada às margens da Rodovia Raposo Tavares, fornecendo almoços e jantares, na sua grande maioria a viajantes e motoristas, e alega estar sendo impedida de oferecer essas refeições pessoalmente, em razão dos últimos decretos estaduais que regem a quarentena referente à pandemia. Pede liminar que lhe permita oferecer as refeições que serve pessoalmente aos viajantes e caminhoneiros, defendendo a presença do "periculum in mora" e do "fumus boni iuris". É o que se analisa.

2. É entendimento agora assente neste Colendo Colegiado que o fornecimento de refeições em "restaurantes de beira de estrada" é atividade essencial, o que sempre foi defendido por este Relator, que também sempre defendeu, e defende, que os Decretos estaduais geram efeitos concretos e não contra lei em tese, inaplicável assim a Súmula 266 do STF.

3. Deferida a liminar (fl. 155), a Fazenda do Estado dá-se por ciente (fl.

Acesso ao Sumário

161) e o Governador do Estado presta informações a fl. 163/173, pela denegação da ordem; no mesmo sentido o r. parecer ministerial, a fl. 176/192, aí defendendo-se ainda tratar-se de MS contra lei em tese.

É o relatório.

Fundamento e decido.

4. Não se trata de MS contra lei em tese, tendo em vista os efeitos concretos decorrentes dos Decretos Estaduais que tratam do combate à pandemia, com consequências diretas no funcionamento ou não de empresas e prestadores diversos de serviços, como no caso dos autos, em que o Impetrante é estabelecimento que atende a caminhoneiros e viajantes em geral às margens da Rodovia Raposo Tavares.

5. No mesmo sentido a lição objetiva e clara de Eurico Ferraresi ("Do Mandado de Segurança", Edit. Forense, Rio, 2010, p. 13) falando do MS preventivo e lei em tese:

"A Súmula nº 266 da jurisprudência dominante do STF assevera que 'não cabe mandado de segurança contra lei em tese'. Claro que o mandado de segurança não tem a característica de um processo objetivo, isto é, de mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade de leis ou atos normativos. Ademais, sabe-se que a norma jurídica é dotada das características de generalidade e abstração, não ferindo especificamente ninguém.

Porém, sempre que a lei prejudique a situação perfeitamente individualizada de determinada pessoa ou determinado grupo, permite-se o manejo da segurança. De fato, se, por exemplo, determinado ato, ao ser posto em prática, atingir a esfera jurídica do impetrante, torna-se cabível o mandado de segurança preventivo" (MS nº 9.410/DF, relatora Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, j. em 14.09.2005, DJ 03.10.2005, p. 113).

6. Não se trata de norma abstrata de conduta a hipótese dos autos, portanto. No âmbito do quanto autorizado pela Lei 13.979/20, o Decreto Estadual nº 64.881, de 22 de março de 2020, e os Decretos subsequentes, geraram e continua gerando efeitos nocivos concretos àqueles por ele atingidos, no caso, restaurantes, na suspensão de consumo local pessoal, ressalvados os serviços de entrega ("delivery") e entrega no local ("drive thru"). Tem-se, pois, por rejeitada a alegação de ausência de interesse processual.

7. No mérito, a Impetrante encontra-se em uma das rodovias mais importantes e movimentadas do país, a Rodovia Raposo Tavares, representando suporte indispensável à atividade essencial de transporte de cargas em geral – e sendo, portanto, atividade essencial também.

8. Fica esclarecido, assim, que a violação no caso concreto ao direito líquido e certo da Impetrante à retomada integral de suas atividades não se encontra na abusividade ou ilegalidade do Decreto nº 64.881/2020 e sim no enquadramento – não reconhecido pela autoridade coatora – da essencialidade de

Acesso ao Sumário

suas atividades, enquanto suporte imprescindível e indispensável ao essencial transporte de cargas. Suas atividades, em suma, enquadram-se não no artigo 2º, II, e sim no artigo 2º, § 1º, item 6, do Decreto 64.881/2020, que remete ao artigo 3º, § 1º, XXII e § 2º do Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, ao estabelecer como essenciais as atividades de "transporte e entrega de cargas em geral", bem como suas atividades acessórias e de suporte a esse transporte e entrega.

9. Em suma, as atividades da Impetrante, por serem exercidas às margens de rodovia de grande movimento de transporte de cargas, o que é fato incontroverso, são de suporte indispensável ao transporte de cargas, e, portanto, essenciais – e, em consequência, sobre elas não incidem as restrições do artigo 2º, II, do Decreto 64.881/2020, e sim o artigo 2º, § 1º, XXII e § 2º do Decreto nº 10.282/2020. Direito líquido e certo ao pleno funcionamento de suas atividades, tomadas todas as medidas de prevenção elencadas na inicial da impetração, com 30% da lotação como limite, salvo se em fases mais flexíveis do Plano São Paulo.

10. Concede-se a segurança, conforme o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, com determinação quanto às medidas obrigatórias de higienização e sanitárias de combate à pandemia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2039288-86.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes RODOPOSTO CORAL LTDA. e RODOSNACK CORAL LANCHONETE E RESTAURANTE LTDA., é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA EM RELAÇÃO AO IMPETRANTE RODOPOSTO CORAL LTDA.; E CONCEDERAM A SEGURANÇA À IMPETRANTE RODOSNACK CORAL LANCHONETE E RESTAURANTE LTDA., COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7040)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, DÉCIO NOTARANGELI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN,

Acesso ao Sumário

MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Mandado de segurança com pedido de medida liminar. Limeira. Fornecimento de alimentação e estrutura de descanso e higiene pessoal em posto de combustível localizado às margens da Rodovia SP 330 – Anhanguera. Restrição ao funcionamento pleno por força do 'Plano São Paulo', instituído pelo Decreto Estadual n. 64.881/20, alterado pelo D. 64.994/20. Adoção de medidas de enfrentamento à pandemia de COVID-19, com imposição de restrições a atividades comerciais. Eficácia concreta. Inaplicabilidade da Súmula 266 do STF. Rol constante do Decreto Federal n. 10.282/20 que classificou como essenciais as atividades acessórias ao transporte de cargas, dentre as quais alimentação, conveniência e congêneres (artigo 3º, § 1º, XLIV). Direito líquido e certo das impetrantes de permanecerem na prestação de serviço essencial, mediante estrita observância dos protocolos sanitários fixados pelas autoridades competentes. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADPF 672 e ADI 6341) e deste C. Órgão Especial. Extinção do feito sem julgamento do mérito em relação à impetrante Rodoposto Coral Ltda. e segurança concedida à impetrante Rodosnack Coral Lanchonete e Restaurante Ltda., com determinação.

VOTO

V I S T O S

Rodoposto Coral Ltda. e Rodosnack Coral Lanchonete e Restaurante Ltda., qualificados nos autos, impetraram mandado de segurança contra ato atribuído ao Governador do Estado de São Paulo, objetivando *"autorizar, imediatamente, a manutenção das atividades de posto de combustível, Primeira Impetrante, e da lanchonete e restaurante pela Segunda Impetrante, servindo refeição no local aos clientes que necessitarem"*, além de *"não serem obrigadas às limitações de horários de funcionamento, definidas pelo pronunciamento*

oficial anunciado pelo Impetrado na data 24.02.2021"; disseram ser empresas localizadas às margens da Rodovia SP 330, com clientela composta majoritariamente por choferes de caminhão e outros prestadores de serviços essenciais; aduziram que a restrição de circulação e do funcionamento de estabelecimentos comerciais em todo o Estado de São Paulo desconsiderou a situação particular das impetrantes, que, além de alimentação, oferecem estrutura para descanso e higiene aos usuários e não podem exercer as modalidades *drive-thru*, *delivery* nem *take away*; pretendem, por meio desta ordem, ver assegurado o direito líquido e certo ao livre exercício da sua atividade comercial, sem restrições de horários de funcionamento, e apontaram a presença dos requisitos para o deferimento da medida liminar; ao final, requereram a concessão da ordem, na medida em que mantêm estrutura para atender os consumidores de acordo com as determinações do controle epidemiológico e das autoridades sanitárias estaduais; mencionaram julgados sobre o tema (p. 01/40). O pedido de medida liminar foi deferido (p. 182/184). A autoridade impetrada prestou informações às p. 192/203 e sustentou a falta de interesse processual da primeira impetrante, por exercer atividade considerada essencial; quanto aos demais aspectos, aduziu que, diante do agravamento da pandemia de COVID-19 em todo o território nacional e atendida a recomendação do Centro de Contingência do Coronavírus, foi editado o Decreto n. 65.545/2021, que institui, no âmbito do "Plano São Paulo", disciplina excepcional entre os dias 06 e 19 de março de 2021, classificando todo o território do Estado na fase mais restritiva do plano estadual de enfrentamento à pandemia; por fim, defendeu que não caberia ao Poder Judiciário avaliar a conveniência da adoção de tais medidas. A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (p. 207/221).

É o relatório.

Inicialmente, assiste razão ao Governador quanto à questão preliminar suscitada; deve ser extinta, de plano, a presente segurança em relação à empresa Rodoposto Coral Ltda., cuja atividade (posto de combustíveis) indiscutivelmente é classificada como essencial, tanto pelos Decretos ora impugnados como pela legislação federal incidente, de modo que modo que falta à impetrante o interesse de agir, na modalidade necessidade.

Em relação aos demais aspectos, dispõe o artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, acerca da possibilidade de impetração de mandado de segurança para a defesa ou manutenção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando for constatada a prática de ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Acesso ao Sumário

No caso em tela, a documentação coligida esclarece que, tomando por base o disposto nos artigos 2º, II, e 3º, II, e seu § 7º, e III, da Lei Federal n. 13.979/2020, o Governador do Estado de São Paulo editou o Decreto n.

64.881/2020, posteriormente alterado pelo de nº 64.994, para instituir o 'Plano São Paulo', cujo objetivo é '*implementar e avaliar ações e medidas estratégicas de enfrentamento à pandemia decorrente da COVID-19*' (cf. artigo 1º).

Referido plano dividiu o território paulista em 16 departamentos regionais de saúde (DRS), que foram classificados por fases (vermelha, laranja, amarela, verde e azul) alusivas à capacidade do sistema de saúde (proporção entre a taxa de ocupação de leitos por infectados covid e a quantidade disponível destes por faixa de 100 mil habitantes) e à evolução da pandemia (número de casos, quantidade de internações e óbitos, nos últimos 7 dias).

O Decreto Estadual n. 64.881/2020 e os que o alteraram impuseram, assim, regime de 'quarentena' mais rigoroso do que do que o preconizado pelo artigo 2º, inciso II, da sobredita Lei Federal, bem como pelo artigo 3º da Portaria do Ministério da Saúde n. 356/2020.

Não se pode negar a eficácia concreta das normas impugnadas na órbita de direitos das pessoas físicas e jurídicas inseridas nas DRS do Estado, ao ponto de impedi-las, total ou parcialmente, de exercerem liberdades e/ou atividades comerciais; não há que se falar, assim, na incidência da Súmula 266 do STF.

Aliás, segundo decisão liminar do Pretório Excelso na ADPF 672, os governos estaduais e municipais possuem autonomia para determinar o isolamento social, sem que haja interferência da União; no entanto, nos autos da ADI 6341, o plenário da Corte Suprema, por maioria, ratificou a medida cautelar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, para explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da CF, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades 'essenciais'.

Nesse passo, o fornecimento de alimentação, em conjunto com outros serviços de apoio ao transporte rodoviário, apresenta mesmo inegável caráter essencial, à luz do rol estabelecido no § 1º do artigo 3º do Decreto Federal nº 10.282/2020, com a redação atualizada pelo de n. 10.329, de 28 de abril de 2020, que incluiu o inciso XLIV:

Acesso ao Sumário

"§ 1º – São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como:

[...]

XLIV – atividades de comércio de bens e serviços, incluídas aquelas de alimentação, repouso, limpeza, higiene, comercialização, manutenção e assistência técnica automotivas, de conveniência e congêneres, destinadas a assegurar o transporte e as atividades logísticas de todos os tipos de carga e de pessoas em rodovias e estradas;

Por sua vez, assim dispõe o Decreto Estadual 64.881/20:

"Artigo 2º – Para o fim de que cuida o artigo 1º deste decreto, fica suspenso:

I – o atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, especialmente em casas noturnas, 'shopping centers', galerias e estabelecimentos congêneres, academias e centros de ginástica, ressalvadas as atividades internas;

II – o consumo local em bares, restaurantes, padarias e supermercados, sem prejuízo dos serviços de entrega ('delivery') e 'drive thru'.

§ 1º – O disposto no 'caput' deste artigo não se aplica a estabelecimentos que tenham por objeto atividades essenciais, na seguinte conformidade:

1. saúde: hospitais, clínicas, farmácias, lavanderias e serviços de limpeza e hotéis;

2. alimentação: supermercados e congêneres, bem como os serviços de entrega ('delivery') e 'drive thru' de bares, restaurantes e padarias;

3. abastecimento: transportadoras, postos de combustíveis e derivados, armazéns, oficinas de veículos automotores e bancas de jornal;

4. segurança: serviços de segurança privada;

5. comunicação social: meios de comunicação social, inclusive eletrônica, executada por empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

6. demais atividades relacionadas no § 1º do artigo 3º do Decreto federal nº 10.282, de 20 de março de 2020*"* (g.n.).

Em que pese o Decreto 64.881/20 excepcione as hipóteses que a União catalogou como essenciais, contraditoriamente, o Plano São Paulo sucessivamente as ignora, de modo que está caracterizada supressão parcial da competência concorrente da União para o estabelecimento de 'normas gerais' (artigo 24, § 1º, da CF), circunstância esta que se confirma pela interpretação que o Sr. Governador conferiu às decisões do Supremo Tribunal Federal já citadas, conforme suas próprias informações.

Como se vê, apesar de a impetrante Rodosnack pertencer a segmento não autorizado a funcionar plenamente pelo Plano São Paulo, haja vista encontrar-se, no momento da impetração, em fase mais restritiva naquela DRS, deve ela ser excepcionada não só pela natureza essencial da sua atividade, como também porque está instalada dentro de um posto de combustíveis e não tem condições de operar por meio de *delivery*, *take away* nem *drive thru*, como inclusive constou da decisão que deferiu o pedido de medida liminar; poderia ela, portanto, permanecer em operação, ainda que a respectiva DRS se encontrasse na fase 1 (vermelha) ou na fase emergencial.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes deste C. Órgão Especial:

"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração por estabelecimento forne-

Acesso ao Sumário

cedor de alimentação localizado dentro de complexo de serviços para condutores de veículos transportadores de cargas, e outros viajantes, às margens de rodovia – Impedimento de funcionamento pleno por força do chamado 'Plano São Paulo', criado pelo Decreto Estadual 64.994 que alterou o de nº 64.881/20 – PLANO SÃO PAULO – Implementação por Decreto Estadual para dar enfrentamento efetivo contra a evolução da pandemia do COVID-19, com a determinação de várias ações, obrigações e restrições que atingem a esfera jurídica de pessoas físicas e jurídicas, assemelhando-se, justificadamente, como uma espécie de 'estado de defesa epidemiológica' – Norma que não tem caráter geral e abstrato, mas de inequívoca concretude e com efeitos imediatos – Inaplicabilidade, ao caso, da premissa da Súmula 266 do S.T.F. – SERVIÇO ESSENCIAL – Rol estabelecido no Decreto Federal nº 10.282/20 que inclui as atividades acessórias ao transporte de cargas, dentre elas a de alimentação, conveniência e congêneres (artigo 3º, § 1º, inciso XLIV), o qual regulamentou a Lei Federal 13.979/20 nesse aspecto – Remissão obrigatória do artigo 2º, § 1º, item 6, do Decreto Estadual 64.881/20 para as hipóteses de 'serviços essenciais' estabelecidas pela União no artigo 3º, § 1º, do Decreto Federal 10.282/20, sob pena de desvirtuamento da competência concorrente para estabelecer 'normas gerais' (artigo 24, § 1º, da CF), harmonizando-se com decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 672 e ADI 6341/MC – Direito líquido e certo da impetrante em oferecer ao público serviço essencial, mediante os protocolos sanitários necessários – Segurança concedida, com determinação" (MS n. 2176707-85.2020.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, j. 24.03.2021).

"Mandado de segurança impetrado em face do Prefeito do Município de Nhandeara e do Governador do Estado de São Paulo. Ilegitimidade do Prefeito de Nhandeara reconhecida, nos termos do art. 74, III, da Constituição Estadual. Preliminares de extinção do mandamus pela aplicação da Súmula 266 do STF e por perda superveniente do objeto rejeitadas. Mérito. Funcionamento de restaurantes localizados nas margens de rodovia durante o decreto de Pandemia relativo à Covid-19. Atividade de suporte indispensável ao transporte de cargas em geral. Não enquadramento da atividade da impetrante, pelo decreto estadual, como essencial, que se mostra desarrazoada e, portanto, ilegal. Impõe-se reconhecer o direito líquido e certo da impetrante ao pleno funcionamento da sua atividade, excluindo-a da suspensão de fornecer alimentação no local, independente da fase do Plano São Paulo em que se encontra o Município onde está estabelecida, com observância, por certo, a todos os protocolos de segurança sanitária determinadas pelo decreto estadual para as atividades consideradas essenciais. Segurança extinta em relação ao Prefeito de Nhandeara, e, concedida em face do Governador do Estado de São Paulo" (MS n. 2107066-10.2020.8.26.0000, Rel.ª Des.ª Cristina Zucchi, j. 24.03.2021).

"Mandado de segurança. Imposição das regras da quarentena em razão da pandemia do coronavírus. Atividade de fornecimento de alimentação às margens de rodovia. Essencialidade reconhecida, majoritariamente, em precedentes deste Órgão Especial, afastado o óbice da Súmula 266 do STF. Direito líquido e certo então assentado, tanto quanto o próprio cabimento da via eleita.

Acesso ao Sumário

Concessão da ordem" (MS n. 2165039-20.2020.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 17.02.2021).

Em arremate, não se descura da necessidade de implementação e manutenção rígida de medidas profilático-sanitárias, de acordo com o que vier a ser estabelecido pelas autoridades competentes, além da adoção dos protocolos de segurança dispostos no Plano São Paulo, se porventura o Município de Limeira não exigir outros mais específicos.

Ante o exposto, julga-se extinto o feito em relação à impetrante Rodoposto Coral Ltda., com base no art. 485, VI, do CPC, denegando-se a ordem por ela requerida, e concede-se o mandado de segurança em relação à empresa Rodosnack Coral Lanchonete e Restaurante Ltda., com a determinação acima. Sem custas, na forma da lei. Incabível fixação de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2151432-37.2020.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é impetrante J.H.A.M., é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PINHEIRO FRANCO. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. LUIS SOARES DE MELLO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.173)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 19 de maio de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Pretendido recebimento do pagamento de Precatório de nº

01/2021. Impetração em face do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em razão de indeferimento de concessão de tutela de urgência de 'sequestro humanitário' de recursos financeiros em face da Fazenda Pública do Município de Águas da Prata, em razão de ser o impetrante portador de câncer cervical. Município que teve sequestro de rendas decretado por débitos do ano de 2018. Impetrante que recebeu parcela em atraso do referido ano. Pagamento dos precatórios, ainda que classificados como 'superpreferenciais' que devem observar a ordem cronológica. Tema 521 de Repercussão Geral do C. STF. Não ocorrência de violação de direito líquido e certo do impetrante o que somente se daria, caso comprovada a preterição do pagamento do precatório, o que não ocorreu. Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de ato do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que indeferiu a Tutela de Urgência de sequestro humanitário de recursos financeiros em face da Fazenda Pública do Município de Águas da Prata-SP, processo nº (...).

Alega o impetrante que está sendo submetido ao tratamento de câncer cervical (CID-C39) e se encontra com a saúde bastante debilitada, sendo que o pedido de sequestro para pagamento do precatório se justifica pela necessidade de custear o tratamento oncológico do Impetrante; diz que no processo nº (...) há ordem de sequestro de verbas públicas pelo não pagamento dos precatórios referentes ao ano de 2018, na medida em que o direito de precedência dos credores já foi violado pois não será mantido o pagamento em ordem cronológica com esse atraso de 2018; assevera que necessita do dinheiro de seu precatório para usar no próprio tratamento médico, o qual é difícil e complicado, para que possa sobreviver com o mínimo de DIGNIDADE, custeando todo o tratamento necessário; afirma que o município já não cumpriu a ordem cronológica e não conseguirá cumpri-la nos anos seguintes, seja pela má administração dos recursos, demonstrada pelo não-pagamento do ano de 2018, seja pela crise econômica de 2020 agravada pela pandemia de COVID-19; aduz que embora o precatório do Impetrante seja o nº 01/2021 ele não tem condições de aguardar a ordem cronológica pelo risco de morte, por ser portador de neoplasia maligna e estar em tratamento de um câncer cervical (CID-C39) e se encontra com a saúde bastante debilitada; aponta o artigo 100, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 94/2016, garante o

Acesso ao Sumário

pagamento preferencial aos portadores de doenças graves. Pede a liminar.

Processado sem liminar, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 34/36), afirmando que o pedido da impetrante formulado nos autos nº (...) não foi acolhido, pois diante do contexto delineado pelo poder constituinte derivado, o pedido de sequestro não se justificava, já que ausente seu pressuposto específico; no caso específico do Município de Águas da Prata, por meio do ofício nº 085364/2019, o Desembargador Coordenador da Diretoria Execuções de Precatórios e Cálculos comunicou que o Município, submetido ao regime ordinário de pagamento de que trata o artigo 101 do ADCT, introduzido pela EC nº 94/2016 e EC nº 99/2017, deixou de providenciar o depósito da dívida relativa ao Mapa Orçamentário de 2018, no valor de R$ 677.349,97, atualizado para 31/10/2019, e requereu a instauração do expediente de sequestro (processo nº (...)); diante do inadimplemento do Município por decisão de 22 de junho de 2020 desta Presidência, foi efetivado o sequestro do montante de R$ 677.349,97 pelo manejo do sistema BACENJUD, sendo determinada a transferência do montante apreendido à conta vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, indicada pelo Desembargador Coordenador da DEPRE no ofício encaminhado.

Ingressou nos autos a Fazenda Pública do Estado (fls. 46).

Em parecer, o Procurador-Geral de Justiça pugnou pela extinção do pedido, diante da quitação do valor requerido nestes autos (fls. 46/48).

Em manifestação, o impetrante rechaçou as afirmações lançadas no r. parecer (fls. 71).

Sobreveio novo parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 77/85) pela concessão da ordem.

É o relatório.

A ordem é de ser denegada.

Com efeito, trata-se de mandado de segurança impetrado em face de ato do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo que indeferiu a Tutela de Urgência de sequestro humanitário de recursos financeiros em face da Fazenda Pública Municipal de Águas da Prata - SP, processo nº (...), alegando o impetrante que está sendo submetido ao tratamento de câncer cervical (CID-C39) e se encontra com a saúde bastante debilitada, sendo que o pedido de sequestro para pagamento do precatório se justifica pela necessidade de custear o tratamento oncológico.

Colhe-se dos autos mandamentais que o impetrante ingressou com pedido de tutela de urgência de sequestro financeiro de rendas do Município de Águas da Prata, objetivando sequestro humanitário do valor de R$ 33.858,65 (trinta e três mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e sessenta e cinco centavos), referente ao Precatório 01/2021, relativo aos autos nº (...), com decisão em seu

Acesso ao Sumário

favor transitada em julgado; a tutela se justificaria, ao argumento de ser portador de câncer cervical (CID-C39) e se encontrar com a saúde bastante debilitada, necessitando do aporte financeiro para fazer face às despesas com a patologia; afirmou ainda, que no processo n.º (...) há ordem de sequestro de verbas públicas pelo não pagamento dos precatórios referentes ao ano de 2018, o que caracteriza a violação do direito de precedência dos credores, uma vez que o Município utiliza o dinheiro referente ao precatório em algo diverso daquele ao qual estava destinado, num claro desvio de finalidade do ato da Administração Pública (fls. 11/27 destes autos).

Na oportunidade da decisão que indeferiu a pretensão do ora impetrante, deixou assente o Presidente do Tribunal de Justiça que***, in verbis***:

> "A EC n.º 62/2009, ao acrescer o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, disciplinou, na falta da Lei Complementar referida no § 15 do artigo 100 da Constituição Federal, **o regime especial de pagamento, de modo a permitir aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios** que, na data da sua publicação, estivessem em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às Administrações direta e indireta, inclusive no tocante aos emitidos durante o período de vigência do regime especial, **fizessem os pagamentos conforme um dos dois modelos idealizados**.
>
> Vale dizer, admitiu a realização dos pagamentos em conta especial, de acordo com opção expressa em ato do Poder Executivo, ou mediante depósito mensal calculado segundo percentual sobre a receita corrente líquida dos entes públicos (§ 1.º, I, e § 2.º, do artigo 97) e ainda, respeitado o prazo máximo de 15 anos (§ 14 do artigo 97), por meio de depósito anual correspondente ao quociente entre o saldo dos precatórios devidos e o número de anos restantes no regime especial (§ 1.º, II, do artigo 97).
>
> Ficou estabelecido, também, no § 15 do artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que os precatórios parcelados nos termos dos artigos 33 e 78 este introduzido pela EC n.º 30/2000) do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pendentes de pagamento e com valor atualizado das parcelas não pagas, bem como o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais, ingressam no regime especial, em outras palavras, são alcançados pela nova moratória.
>
> A par disso, no § 10, I, do artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, definiu-se, a respeito do regime especial, que **não haverá sequestro** de quantia nas contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, **salvo se inocorrente a liberação tempestiva de recursos vinculados.**
>
> Não se ignora, é oportuno frisar, a inconstitucionalidade parcial da EC 62/2009, e, particularmente, do § 15 do artigo 100 da Constituição Federal e do artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, declarada, em 14 de março de 2013, pelo Egrégio Supremo Tribunal

Acesso ao Sumário

Federal, nas ADIs n.º 4.425 e 4.357.

Ocorre que ao concluir o julgamento em 25/3/2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para entre outras determinações, dar sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela EC n. 62/09, por cinco exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.

Em síntese, a decisão do STF determina observância da EC 62/2009 e, especialmente, no que interessa, o regime especial de pagamento, até dezembro de 2020.

Ocorre que, após aludida decisão, foi editada a EC n. 94/2016 que, por seu artigo 2º, acresceu ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o artigo 101, cuja redação foi alterada pela EC n. 99/2017, admitindo que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, em 25 de março de 2015, estivessem em mora na quitação de precatórios vencidos, quitem-nos até 31/12/2024.

Referido diploma constitucional estabeleceu, mais, que enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios devedores estiverem realizando pagamento da parcela mensal devida como previsto no caput do artigo 101, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nem eles, nem as respectivas autarquias, fundações e empresas estatais dependentes poderão sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos, hipótese da qual o caso em exame não se ocupa (artigo 103, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)". (fls. 8/10 destes autos, negritos do original).

Estabelece o artigo 100 da Constituição da República que:

"Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, **far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios** e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, **ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento**

Acesso ao Sumário

> **para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016)"** (grifei e negritei).

Neste passo, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 612.707-SP, Relator o Ministro EDSON FACHIN, decidiu a Suprema Corte, por maioria de votos, que:

> "Por maioria, foi fixada a seguinte tese (tema 521 da repercussão geral): 'O pagamento parcelado dos créditos não alimentares, na forma do art. 78 do ADCT, não caracteriza preterição indevida de precatórios alimentares, desde que os primeiros tenham sido inscritos em exercício anterior ao da apresentação dos segundos, uma vez que, ressalvados os créditos de que trata o art. 100, § 2º, da Constituição, o pagamento dos precatórios deve observar as seguintes diretrizes: (1) a divisão e a organização das classes ocorrem segundo o ano de inscrição; (2) inicia-se o pagamento pelo exercício mais antigo em que há débitos pendentes; **(3) quitam-se primeiramente os créditos alimentares; depois, os não alimentares do mesmo ano; (4) passa-se, então, ao ano seguinte da ordem cronológica, repetindo-se o esquema de pagamento; e assim sucessivamente.**" (negritei).

No caso em tela, afirma o impetrante que no processo nº (...) há ordem de sequestro de verbas públicas do Município de Águas da Prata pelo não pagamento dos precatórios referentes ao ano de 2018, informação essa que veio a ser confirmada em sede de informações prestadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça, que afirmou *"por decisão de 22 de junho de 2020 desta Presidência, foi efetivado o sequestro do montante de R$ 677.349,97 pelo manejo do sistema BACENJUD, sendo determinada a transferência do montante apreendido à conta vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, indicada pelo Desembargador Coordenador da DEPRE."*

Nestes autos, aliás, comprova o ora impetrante que fez *jus* ao recebimento da importância de R$ 13.488,66, devidos por força do Precatório nº 4/2018, consoante documentos digitalizados na peça de fls. 49/53.

Acesso ao Sumário

Daí não se reconhecer violação a direito líquido e certo porque, como acima constou, ainda que se trate de sequestro de rendas em caráter humanitário – o que aqui se reconhece diante da gravidade da patologia que acomete o impetrante –, o que estabelece a ordem de pagamento dos precatórios é o *cronos*, ou seja, a ordem cronológica dos pagamentos deve ser obedecida, dentro dos critérios do tema 521 de Repercussão Geral da Colenda Suprema Corte, vale dizer, *"(1) a divisão e a organização das classes ocorrem segundo o ano de inscrição; (2) inicia-se o pagamento pelo exercício* ***mais antigo*** *em que há débitos pendentes;* ***(3) quitam-se primeiramente os créditos alimentares; depois, os não alimentares do mesmo ano; (4) passa-se, então, ao ano seguinte da ordem cronológica, repetindo-se o esquema de pagamento; e assim sucessivamente****"* (negritei).

Em se tratando de precatório do ano em curso, 1/2021, somente se comprovada a preterição do direito do impetrante através da quebra da ordem cronológica dos pagamentos dos superpreferenciais de que trata o § 2º do artigo 100 da Carta Magna poder-se-ia reconhecer o direito malferido; isso aqui não ocorreu e, com a informação de que houve sequestro de rendas do Município por inadimplemento dos precatórios do ano de 2018, no recente junho de 2020, é de se presumir que há outros créditos em igual ou semelhante situação de anos anteriores, significando que o direito aqui buscado possa eventualmente violar o princípio da isonomia.

Diante do exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2262023-66.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante E.P.A.F., é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PINHEIRO FRANCO. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. LUIS SOARES DE MELLO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.253)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 26 de maio de 2021.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO DESTA C. CORTE – IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO CONCESSÃO DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE TELETRABALHO

Acesso ao Sumário

NO EXTERIOR – MATÉRIA REGULAMENTADA NA RESOLUÇÃO CNJ Nº 227/2016, COM AS ALTERAÇÕES DAS RESOLUÇÕES NºS 298/2019, 371/2021 E 375/2021 – REGIME LABORAL QUE DEVE OBSERVAR O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO – TELETRABALHO DISCIPLINADO, NO ÂMBITO DESTA C. CORTE, ESSENCIALMENTE PELOS PROVIMENTOS CONJUNTOS NºS 05/2015 E 21/2017, QUE NÃO PREVÊEM A MODALIDADE INTERNACIONAL – QUESTÃO AINDA EM ESTUDO PELO TRIBUNAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO – INEXISTÊNCIA DE ABUSO OU ILEGALIDADE NO INDEFERIMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO – SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Ação de segurança interposta contra ato atribuído ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que em vista de pleito formulado pela impetrante (fls. 24/26) postulando a concessão de permissão para sua permanência em regime de teletrabalho no exterior (Holanda), deliberou que o pedido deverá aguardar melhor oportunidade, tendo em vista a inexistência de regulamentação da matéria (teletrabalho no exterior) no Provimento Conjunto nº 05/2015 deste E. Tribunal (fls. 23).

Sinteticamente, discorre a impetrante sobre a valoração da família e o amparo à criança, na vertente constitucional, a justificar sustentada violação a seu direito líquido e certo de exercício do teletrabalho no exterior. Acrescenta que o Conselho Nacional de Justiça possibilita a realização do trabalho remoto, fora da sede da jurisdição dos tribunais, destacando a majoração da produtividade na vigência dos Provimentos CSM nº 2.549/2020 e 2.550/2020, no âmbito deste E. Tribunal. Nesse contexto, busca a concessão da liminar para, ***verbis****, "suspender o ato administrativo praticado pela autoridade impetrada, dignando-se Vossa Excelência em determinar que à Impetrante seja permitido o exercício de sua função por meio de teletrabalho no exterior".*

Liminar indeferida a fls. 90/91.

Informações prestadas pelo eminente Desembargador Presidente deste E. Tribunal foram colacionadas a fls. 94/97, esclarecendo que a realização de teletrabalho é regulamentada, no âmbito desta C. Corte, pelos Provimentos Conjuntos nºs 05/2015 e 21/2017, normativos que não abrangem a realização de trabalho remoto no exterior.

Acesso ao Sumário

Em parecer aportado a fls. 106/110, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança.

É o breve Relatório.

Viável a ação de segurança para a defesa ou preservação de direito líquido e certo, não amparado por ***habeas corpus*** ou ***habeas data***, quando constatada a prática de ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CR).

In casu, controvérsia estabelecida envolve indeferimento, a fls. 23, do pleito formulado pela impetrante a fls. 24/26, por meio do qual postulou, na condição de servidora pública desta C. Corte há mais de trinta anos (matrícula nº 96.980-5) e atualmente lotada no setor de Execuções Criminais da Comarca de São Vicente/SP, a permissão para realização de teletrabalho no exterior (Holanda).

Afirma que o pleito visa possibilitar sua mudança para a Holanda, terra natal do seu esposo, que lá reside, e país onde sua filha, de seis anos de idade, formou laços afetivos e sociais. Salienta que o distanciamento impõe sofrimento ao casal e à menor, invocando valores constitucionais de proteção da família e à criança, destacando ainda o acréscimo da produtividade em regime de teletrabalho, executado na forma dos Provimentos CSM nºs 2.549/2020 e 2.550/2020.

Todavia, em que pesem os sensíveis argumentos fáticos que arrimam a pretensão, não se vislumbra, neste momento, hialino o direito líquido e certo invocado.

Certo que a realização do teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário é regulamentada pela Resolução nº 227, de 15 de junho de 2016, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, ato normativo que somente a partir de outubro de 2019, quando alterado pela Resolução CNJ nº 298/2019, passou a possibilitar a realização de teletrabalho no exterior. Transcreve-se, para comodidade de exame, os dispositivos correlatos[1]:

> *"Art. 4º* A realização do teletrabalho é facultativa, ***a critério dos órgãos do Poder Judiciário e dos gestores das unidades****, e restrita às atribuições em que seja possível mensurar objetivamente o desempenho, não se constituindo, portanto, direito ou dever do servidor.*
>
> *CAPÍTULO II*
>
> *DAS CONDIÇÕES PARA A REALIZAÇÃO DO TELETRABALHO*
>
> *Art. 5º Compete ao gestor da unidade indicar, entre os servidores interessados, aqueles que atuarão em regime de teletrabalho, observadas as seguintes diretrizes:*
>
> *I – O teletrabalho, integral ou parcial, será permitido a todos servidores,*

1 A Resolução CNJ nº 227/2016 foi alterada, ainda, pelas Resoluções CNJ nº 371/2021 e 375/2021, que nada modificaram quanto ao interessante.

Acesso ao Sumário

*inclusive fora da sede de jurisdição do tribunal, **no interesse da Administração**, desde que não incidam em alguma das seguintes vedações:*

a) estejam no primeiro ano do estágio probatório;

b) (Revogado pela Resolução nº 371, de 12.2.2021);

c) (Revogado pela Resolução nº 371, de 12.2.2021);

d) apresentem contraindicações por motivo de saúde, constatadas em perícia médica;

e) tenham sofrido penalidade disciplinar nos dois anos anteriores à indicação;

f) (Revogado pela Resolução nº 298, de 22.10.2019).

(...)

§ 11. *Fica expressamente autorizado o teletrabalho para os servidores do Poder Judiciário no exterior **desde que no interesse da Administração."* – destacado.**

E, no âmbito desta C. Corte, disciplinam a matéria essencialmente os Provimentos Conjuntos nºs 05/2015 (fls. 98/101) e 21/2017 (fls. 102/103). Inegável, ainda, que por força da catastrófica situação de pandemia causada pela *"COVID-19"*, globalmente vivenciada, o teletrabalho ou ***home office*** tem assumido singular relevância no dia-a-dia das pessoas, incluindo os servidores públicos do Judiciário Paulista, tendo este E. Tribunal adotado o regime à distância como prioridade na execução das atividades laborais de seu quadro funcional (a exemplo dos Provimentos nº 2.549/2020, 2.550/2020, Portaria nº 9.947/2021, dentre outros).

O fato é que, embora regulamentado e demande a presença de determinados requisitos, o teletrabalho é executado a critério e no interesse da Administração, inclusive quando executado no exterior, à luz dos artigos 4º e 5º, § 11, da Resolução CNJ nº 227/2016.

Com efeito, a formal execução do teletrabalho diretamente do exterior no âmbito deste E. Tribunal é tema que, segundo exposto nas informações de fls. 94/97, não foi até o momento regulamentado, salientando-se que, ***verbis***, *"(...) a autorização para a realização de teletrabalho está prevista nos Provimentos Conjuntos nºs 05/2015 e 21/2017, os quais não abrangem a realização de trabalho remoto no exterior (ANEXO). De se destacar, o Tribunal de Justiça está realizando estudos sobre a possibilidade de implantação de tal modalidade de trabalho, que envolvem diversos aspectos, dentre os quais, a segurança internacional no tráfego de informações."*, razão pela essa modalidade de execução laboral não constitui, por ora, direito público subjetivo da impetrante.

Acesso ao Sumário

Tal circunstância, ademais, foi reconhecida no bojo do Procedimento de Competência de Comissão nº 0009486-09.2018.2.00.0000, invocado pela própria impetrante, que ao aprovar proposta de mudança do texto da Resolução CNJ nº 227/2016 (dando azo à edição da Resolução CNJ nº 298/2019, por meio

da qual se passou a admitir o teletrabalho no exterior a servidores do Poder Judiciário), consignou a autonomia e o interesse do respectivo Tribunal para regulamentação do assunto. Assim constou no v. Acórdão respectivo (fls. 75/76):

> *"Diante do exposto, proponho nova redação para o inciso I, do art. 5º, que passa a ser uma norma geral autorizativa do teletrabalho, assim como a inclusão de um dispositivo expressamente autorizando o teletrabalho 'internacional',* ***no interesse da administração judiciária****, o que atenderia outras propostas feitas pelos tribunais, tais como a permissão do teletrabalho no caso de doença em pessoa da família; acompanhamento cônjuge ou companheiro, que se desloque para outra localidade em razão do serviço; participação em programa de estudo e outros casos, que eventualmente possam surgir.* ***Deve-se ressaltar que o teletrabalho não é um direito público subjetivo do servidor do Poder Judiciário, mas sim uma prerrogativa conferida sob o talante da autonomia e interesse do tribunal, claro, dentro das balizas da proporcionalidade, razoabilidade, proteção da confiança legítima e isonomia.***
>
> *Sendo assim, propõe-se a alteração da redação do art. 5º, inc. I, e a inclusão do § 11º ao art.* 5º, ficando revogada a alínea '*f' do art. 5º, inc. I:*
>
> *'Art. 5º. [...]*
>
> *I – O teletrabalho, integral ou parcial, será permitido a todos servidores, inclusive fora da sede de jurisdição do tribunal, no interesse da Administração, desde que não incidam em alguma das seguintes vedações (...)*
>
> § 11º. *Fica expressamente autorizado o teletrabalho para os servidores do Poder Judiciário no exterior desde que no interesse da Administração'"* – **destacado.**

Nesse contexto, não se entrevê ofensa ao direito líquido e certo da impetrante, tampouco abuso ou ilegalidade no ato coator consubstanciado na r. decisão reproduzida a fls. 23.

Em abono, convém citar o seguinte precedente desta C. Corte, que ***mutatis mutandi*** apreciou questão similar, ainda que sob regramento normativo pretérito:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração para o fim de obter licença sem remuneração, ou permissão de teletrabalho a partir de domicílio internacional – Inadmissibilidade – Prevalência do juízo de conveniência e oportunidade – Desnecessidade de o ato administrativo descrever minúcias da gestão de pessoal – Carência de efetiva de servidores – Apelação não provida."*
>
> **(TJSP; Apelação Cível 1019571-82.2017.8.26.0053; Relator: Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/02/2018; Data de Registro: 27/02/2018)**

Denego a segurança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2085752-08.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante TÊNIS CLUBE DE MOGI DAS CRUZES, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.209)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS PETRONI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 9 de junho de 2021.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DE DECRETOS ESTADUAIS QUE IMPUSERAM E VÊM PRORROGANDO A QUARENTENA PARA PREVENÇÃO DO CONTÁGIO PELO CORONAVÍRUS – OBSERVÂNCIA – NECESSIDADE. AUTONOMIA FEDERATIVA GARANTIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E REFERENDADA PELA ADI 6.341 DO C. STF – PLANO SÃO PAULO QUE REGREDIU TODAS AS CIDADES DO ESTADO À FASE VERMELHA – DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Tênis Clube de Mogi das Cruzes contra atos administrativos emanados do Governador do Estado de São Paulo, consistentes nos Decretos Estaduais nºs 64.881/2020, 64.920/2020 e 64.946/2020, que veiculam medidas a serem tomadas no combate à pandemia da COVID-19, proibindo o funcionamento de estabelecimentos como o da impetrante.

Acesso ao Sumário

Tais normas decretaram e vêm prorrogando sucessivamente a quarentena para prevenção do contágio pelo Coronavírus à população, impedindo o funcionamento de diversos estabelecimentos comerciais/industriais.

Argumenta a impetrante que houve abuso de autoridade porquanto sua atividade não representa risco ao combate à pandemia uma vez que possui uma área total de 18.000m², sendo um complexo de 5 quadras de tênis (saibro), sendo 3 cobertas, 2 descobertas e ainda conta com mais 4 quadras de beach tennis, todas com tamanho oficial e adequadas a prática de esportes tanto no aspecto de ventilação e higienização. Todo o complexo está situado em meio a Serra do Itapevi, cinturão verde do Estado de São Paulo.

Acrescenta que a dinâmica de sua atividade empresarial não apresenta risco de disseminação da doença nem aos praticantes, nem aos vizinhos ou terceiros, alegando que as próprias dimensões da quadra onde se realizam as atividades são grandes (tamanho oficial) e suficientes para manutenção de distanciamento entre os alunos praticantes e seus professores, considerando o número de jogadores por partida, sem contar, ainda, que se posicionam cada um de um lado da quadra, com quase 24 metros de distância e sequer se tocam ou se aproximam durante o jogo.

Argumenta, ainda, com as dificuldades financeiras enfrentadas e com o risco dos empregos que sustenta, apresentando um plano de ação e contingenciamento para voltar a funcionar, pleito liminar que formula.

Por decisão monocrática, entendi não ser o caso de MS porque o Decreto impugnado se caracterizaria como lei em tese.

Interposto agravo, este restou provido pelo Órgão Colegiado. Promovi então, o processamento do feito.

A autoridade impetrada prestou informações às págs. 84 e ss. E a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (págs. 161/170).

É o relatório.

Pois bem.

A irresignação se deu contra o Decreto Estadual nº 64.881/2020 que veio sendo modificado por sucessivos decretos que também regulam o funcionamento de estabelecimentos durante a pandemia. Atualmente, o Decreto nº 65.545, de 03/03/21, que estendeu o prazo da quarentena de que trata o Decreto Estadual nº 64.881/2020, suspendendo as atividades não essenciais, na fase vermelha, como forma de enfrentamento da pandemia da COVID-19 (Novo Coronavírus), no Estado de São Paulo.

A atividade exercida pela impetrante, em que pese todo o esforço da inicial em demonstrar sua essencialidade, não foi abrangida pelos Decretos estaduais, tudo a indicar que a suspensão temporária seja mais indicada e mais protetiva à saúde da população neste momento do que o seu funcionamento.

Acesso ao Sumário

Diante da situação atualmente crítica da epidemia, há que se observar as exigências contidas no Decreto Estadual combatido, em considerando a autonomia federativa do Estado, consoante decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal.

Não estamos vivendo no estado de normalidade jurídica, em virtude da gravíssima crise sanitária no país e que esta crise atinge de forma desigual os Estados da Federação, de sorte que em razão da autonomia federativa garantida pela Constituição Federal e referendada pela ADI 6.341 do C. STF, não tem aplicação o Decreto Federal na classificação e funcionamento das empresas privadas, associações e das instituições.

Em tempos de crise nacional sanitária, não há que se falar em normalidade jurídica com respeito ao combate desta assassina pandemia, portanto, a jurisprudência também tem de ser uma jurisprudência de crise para assegurar direitos fundamentais legitimamente constituídos.

A impetrante, como empresa sediada no município de São Paulo está sujeita a toda normativa expedida pelo Governador, por meio de Decretos, para regular as medidas de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus à população do Estado.

O C. Supremo Tribunal Federal deixou recentemente assentado que o exercício da competência da União para legislar, em resumo, deve sempre resguardar a autonomia federativa dos estados e municípios para edição de normas sanitárias (cf. ADI 6341/DF – Liminar concedida pelo Rel. Ministro Marco Aurélio e referendada pela maioria do Pleno, DJe – 16/04/2020 e ADPF 672/DF, decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, de 08/04/2020).

O Estado de São Paulo, no exercício dessa competência, editou decretos emergenciais dispondo sobre saúde pública, especialmente em discussão aqui os que estabeleceram e vêm prorrogando a quarentena para prevenção do contágio pelo Novo Coronavírus, e que restringem e regulam o funcionamento de estabelecimentos tais como o da impetrante, por todo o território Paulista.

Assim sendo, reconhecida a autonomia administrativa dos entes federativos, o tema da saúde pública emergencial, pode e deve ser normatizado por decretos de forma autônoma pelo Estado em relação aos decretos federais da União, levando é, certo, como parâmetro a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 que decretou estado nacional de emergência e as formas de enfrentamento da pandemia.

Com efeito, editado aos 22/03/2020 o Decreto nº 64.881, que instituiu a quarentena no Estado de São Paulo, considerou, segundo se depreende de seu preâmbulo, a Portaria MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020; a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; a Portaria MS nº 356, de 11 de março de 2020; o Decreto Federal nº 10.282, de 20 de março de 2020.

Visando à retomada das atividades comerciais e econômicas, o Estado desenvolveu o chamado Plano São Paulo (instituído pelo Decreto Estadual nº 64.994, de 28 de maio de 2020), visando a liberação e retomada das atividades, de forma gradativa, respeitando a vulnerabilidade econômica e empregatícia, bem como considerando a disseminação da doença, a capacidade do sistema de saúde, a capacidade de testagem e a adoção dos protocolos de saúde e higiene de cada região em que foi dividido o Estado.

Considerando a última atualização do plano, todas as cidades do Estado foram regredidas à fase vermelha.

Neste estágio, as academias de esportes tem seu funcionamento proibido. O plano, entretanto, vem sofrendo alterações semanais, estando atualmente autorizado o funcionamento de estabelecimentos como o da impetrante.

Diante de todo o exposto, denego a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2071036-39.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante JOSÉ RONALDO DA SILVA RESTAURANTE ME, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, CAMPOS PETRONI, CHRISTINE SANTINI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 23 de junho de 2021.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DE DECRETO ESTADUAL QUE IMPÔS O RETORNO DE TODAS AS CIDADES DO ESTADO À

Acesso ao Sumário

FASE VERMELHA – AUTONOMIA FEDERATIVA GARANTIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E REFERENDADA PELA ADI 6.341 DO C. STF – PLANO SÃO PAULO QUE REGREDIU TODAS AS CIDADES DO ESTADO À FASE VERMELHA – SERVIÇO ESSENCIAL DE RESTAURANTE SITUADO À MARGEM DE RODOVIA – CONCESSÃO DA SEGURANÇA PARA AUTORIZAR O FUNCIONAMENTO MEDIANTE OBSERVÂNCIA DOS PROTOCOLOS DE HIGIENE E SEGURANÇA.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por José Ronaldo da Silva Restaurante ME "Hamana Sushi" contra ato administrativo – Decreto nº 65.563, de 11/03/2021 – do Governador do Estado de São Paulo que vedou o atendimento presencial ao público, em razão da quarentena para prevenção do contágio pelo Coronavírus, impedindo o exercício de suas atividades.

Sustenta a impetrante que se localiza às margens da Rodovia Régis Bittencourt, Município de Taboão da Serra e atua no ramo de restaurantes, oferecendo local para refeição, descanso e parada para caminhoneiros, motoristas e viajantes em geral.

Argumenta, ainda, que seu estabelecimento encontra-se anexo a um Posto de Combustíveis e é tradicional local de parada de caminhoneiros e demais viajantes, fornecendo local para refeição, descanso e higiene, como mencionado.

Argumenta, ainda, com a importância da rodovia para o transporte de mercadorias que abastecessem as cidades do Estado e com a essencialidade de sua atividade, nos termos do Decreto Federal 10.282/20 e que seu serviço não pode ser oferecido ou realizado pelo sistema de delivery ou drive-thru, como determinam os atuais Decretos do Governador, em especial o art. 2º, inciso I, do Dec. nº 65.563/21.

A liminar foi concedida para autorizar o funcionamento com restrições.

A autoridade impetrada prestou informações às págs. 60/66.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela extinção do processo sem exame do mérito ou, subsidiariamente, pela concessão da segurança (págs. 70/73).

É o relatório.

Com efeito, com relação a restaurante situado à margem de rodovia, não se pode negar que, na qualidade de pessoa jurídica sediada no Estado de São Paulo está sujeita a toda normativa expedida pelo Governador, por meio de De-

Acesso ao Sumário

cretos, para regular as medidas de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus à população do Estado.

O C. Supremo Tribunal Federal deixou recentemente assentado que o exercício da competência da União para legislar, em resumo, deve sempre resguardar a autonomia federativa dos estados e municípios para edição de normas sanitárias (cf. ADI 6341/DF – Liminar concedida pelo Rel. Ministro Marco Aurélio e referendada pela maioria do Pleno, DJe – 16/04/2020 e ADPF 672/DF, decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, de 08/04/2020).

O Estado de São Paulo, no exercício dessa competência, editou decretos emergenciais dispondo sobre saúde pública, especialmente em discussão aqui os que estabeleceram e vêm prorrogando a quarentena para prevenção do contágio pelo Novo Coronavírus, e que restringem e regulam o funcionamento de estabelecimentos tais como o da impetrante, por todo o território Paulista.

Assim sendo, reconhecida a autonomia administrativa dos entes federativos, o tema da saúde pública emergencial, pode e deve ser normatizado por decretos de forma autônoma pelo Estado em relação aos decretos federais da União, levando é, certo, como parâmetro a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 que decretou estado nacional de emergência e as formas de enfrentamento da pandemia.

Com efeito, editado aos 22/03/2020 o Decreto nº 64.881, que instituiu a quarentena no Estado de São Paulo, considerou, segundo se depreende de seu preâmbulo, a Portaria MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020; a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; a Portaria MS nº 356, de 11 de março de 2020; o Decreto Federal nº 10.282, de 20 de março de 2020.

Visando à retomada das atividades comerciais e econômicas, o Estado desenvolveu o chamado Plano São Paulo (instituído pelo Decreto Estadual nº 64.994, de 28 de maio de 2020), visando a liberação e retomada das atividades, de forma gradativa, respeitando a vulnerabilidade econômica e empregatícia, bem como considerando a disseminação da doença, a capacidade do sistema de saúde, a capacidade de testagem e a adoção dos protocolos de saúde e higiene de cada região em que foi dividido o Estado.

Considerando a última atualização do plano, todas as cidades do Estado foram regredidas à fase vermelha.

Neste estágio, o comércio tem seu funcionamento proibido.

Ocorre que diante da natureza essencial do transporte rodoviário, por envolver diretamente o interesse da economia estatal e com reflexos diretos em interesses públicos e sociais, estes serviços privados só podem ser considerados serviços essenciais prestados pelos caminhoneiros, como os são os serviços privados que os assistem como combustível, alimentação e higiene, de tal sorte que, localizando-se a impetrante à beira de rodovia como demonstrado, fica

Acesso ao Sumário

autorizado seu funcionamento.

Assim o faço em razão do ponto máximo alcançado pela crise sanitária do Estado que, com a pandemia, assumiu a infeliz e dramática primazia no mundo com o número trágico de vítimas do vírus assassino e que vem causando extraordinária necessidade de UTIs e de todo o aparelhamento material e pessoal para salvar vidas que, diante dos fatos públicos notórios e sabidos e por isso mesmo não se exige comprovação, nos revelam o extremo espírito de solidariedade dos médicos e enfermeiros que estão na linha de frente e de todo o pessoal que está nas linhas de trás no terrível combate à peste. E como estão angustiados, amargurados, cansados, abatidos diante de tantas de vidas que eles não conseguem salvar, mas estão seguindo em frente.

Cínicos e hipócritas, para dizer o menos, dos que querem subdimensionar esta extrema crise pela qual estamos passando e sobrevivendo.

E no plano do ordenamento jurídico não estamos em estado de normalidade jurídica. Não estamos e precisamos todos, especialmente os juízes de todas as instâncias, mas que, felizmente na sua grande e expressiva maioria, sabem que nós os juízes estamos num estado de Jurisprudência de Crise e, como tal, não podemos, em nome de qualquer outro interesse, ainda que relevante, mas não essencial, permitir uma mínima abertura para que o vírus prolifere.

Em tais condições, no caso, a impetrante é uma pessoa jurídica de direito privado que presta serviços de "restaurante e similares" e, embora à beira de estrada, não está livre do alcance do Decreto baixado pela d. autoridade impetrada que estabeleceu ao que se chama "fase roxa" de extrema natureza emergencial constitucional, se dirige à proteção individual e social na exata compreensão do que sejam garantias constitucionais fundamentais.

De todo modo, a fase emergencial autoriza que os restaurantes funcionem apenas com serviços de entrega, a chique palavra inglesa – aliás, termos ingleses que deram para habitar o nosso Direito Positivo legalista, desculpem a tautologia em acrescentar o adjetivo legalista –, "*delivery*" e "*drive-thru*".

Acesso ao Sumário

Assim, nos termos do Decreto Estadual Positivista baixado pela digna autoridade impetrada, os restaurantes não estão impedidos de funcionar, mas o devem fazer nos termos da referida norma.

Diante dos exatos e atuais termos disciplinatórios (Decreto nº 65.563, de 11/03/2021):

(...)

Artigo 2º – As medidas emergenciais instituídas por este decreto consistem na vedação de:

I – atendimento presencial ao público, inclusive mediante retirada ou "pegue e leve", em bares, restaurantes, "shopping centers", galerias e estabelecimentos congêneres e comércio varejista de materiais de cons-

trução, permitidos tão somente os serviços de entrega ("delivery") e "drive-thru";

(...)

Por conseguinte, o que se quer evitar é o aglomeramento de pessoas dentro do estabelecimento, mas pelos fundamentos acima deduzidos, fica autorizado o funcionamento da segunda impetrante, nos termos constantes da liminar neste feito concedida, com observância rigorosa das medidas sanitárias e higiênicas impostas pelo regime excepcional e extraordinário, pelo qual passa o Estado Social Democrático de Direito Positivo no controle desesperador dessa pandemia.

Isto posto, concedo a segurança para autorizar o funcionamento da impetrante, mediante estrita observância dos protocolos de higiene e segurança.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003943-82.2020.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.V.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA 3 V. E. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.443)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 10 de junho de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional análogo ao crime de roubo impróprio (artigo 157, § 1º, do Código Penal). Aplicação imediata da medida socioeducativa. Recurso **com efeito meramente devolutivo. Materialidade e autoria demonstradas. Medida socioeducativa de internação mantida. Irrelevância de circunstâncias atenuantes. Infração praticada mediante grave ameaça e violência à pessoa (artigo 122, I do Estatuto da Criança e do Adolescente). Gravidade em concreto da infração, necessidades pedagógicas e condições pessoais consideradas. Recurso desprovido.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **M.V.S.** contra a r. sentença de fls. 125/134, que julgou procedente representação oferecida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, reconhecendo que o adoles-

cente praticou ato infracional análogo ao crime de roubo impróprio (artigo 157, § 1º, do Código Penal), e aplicou-lhe medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

O recorrente alegou, preliminarmente, que carece de fundamentação a decisão que o impede de recorrer em liberdade. Alegou que não pode receber tratamento mais gravoso do que um adulto receberia em situação semelhante e argumentou que a decisão viola o princípio da presunção de inocência. Quanto ao mérito, alegou não haver provas suficientes de que praticou o ato infracional. Afirmou que foi ao local dos fatos para recuperar a bicicleta de seu irmão *A.*, e alegou que a vítima não o reconheceu com certeza absoluta. Asseverou que a vítima, em razão do estresse sofrido, fica vulnerável a equivocar-se ao realizar o reconhecimento pessoal, ante a predisposição de responsabilizar alguém. Alegou que o depoimento da testemunha *M.* corrobora sua versão. Invocou a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Invocou, também, os princípios da necessidade, excepcionalidade e brevidade para fins de imposição de medida restritiva de liberdade. Alegou que o artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê rol taxativo de hipóteses que admitem a medida de internação, e que o § 2º do referido artigo exclui a aplicação de tal medida quando houver outra mais adequada, como é o caso. Requereu a concessão de efeitos devolutivo e suspensivo ao recurso e o seu provimento para julgar improcedente a representação ou, subsidiariamente, substituir a medida de internação por outra em meio aberto ou, até mesmo, pela semiliberdade (fls. 183/196).

Apresentadas contrarrazões (fls. 204/210), subiram os autos e a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 204/210).

É o relatório.

De início, há que se observar que o recorrente pretende agregar efeito suspensivo ao recurso de apelação, o que não se admite.

É certo que, ausente regramento expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto aos efeitos do recurso de apelação, por força da revogação do artigo 198, VI, aplicar-se-ia o sistema recursal do Código de Processo Civil, cujo artigo 1.012 dispõe sobre o duplo efeito da apelação. Entretanto, não se pode perder de vista que predomina o entendimento de que o recebimento no efeito suspensivo da apelação interposta pelo adolescente contra a sentença que lhe impôs medida socioeducativa privativa de liberdade discrepa do intuito protetor implementado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o cumprimento da medida socioeducativa somente após o trânsito em julgado da sentença esvaziaria seu caráter preventivo, pedagógico e disciplinador. Assim, condicionar o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolheu a representação significaria, em última análise, estabelecer

Acesso ao Sumário

barreira ao objetivo ressocializador da resposta estatal, já que permitiria a manutenção do adolescente em situação de risco, com a exposição ao mesmo condicionante que o conduziu à prática infracional, o que, por razões óbvias, não se pode admitir. Ademais, o recebimento da apelação em seu duplo efeito ensejaria a efetiva execução da medida socioeducativa algum tempo depois da prática do ato infracional, situação que representaria afronta ao princípio da atualidade que deve reger as medidas socioeducativas. A este respeito já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça: *"A despeito de haver a Lei 12.010/2009 revogado o inciso VI do artigo 198 do referido Estatuto, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos – e inobstante a nova redação conferida ao caput do art. 198 pela Lei n. 12.594/2012 –* é importante ressaltar que continua a viger o disposto no artigo *215 do ECA, o qual prevê que 'o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte'. Ainda que referente a capítulo diverso, não há impedimento a que, supletivamente, se invoque tal dispositivo para entender que os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista"*[1]

No mesmo sentido são os julgados desta E. Câmara Especial: *"Habeas Corpus. Infância e juventude. Ato infracional equiparado ao crime de receptação. Aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida. Pleito de recebimento da apelação também em seu efeito suspensivo. Inadmissibilidade. Hipótese de recebimento do apelo somente no efeito devolutivo, pouco importando que os pacientes tenham respondido ao processo em liberdade, tendo em vista que o princípio da inocência não pode ser interpretado de forma absoluta, sob pena de afronta aos objetivos primordiais da legislação de menores, que tem por norte a proteção integral. Pacientes, ademais, que não correm risco de ter suas liberdades restritas. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada."*[2];

"Habeas Corpus. Ato infracional. Conduta tipificada no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou aos adolescentes a medida socioeducativa de internação – Adolescentes que responderam o processo em liberdade – Apelação recebida no efeito devolutivo – Possibilidade – Cumprimento imediato da sentença que está de acordo com os preceitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Denega-se a ordem"[3].

Acesso ao Sumário

1 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 346.380/SP. 3ª Seção, m.v., Rel. p/ Acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, data de julgamento: 13/4/16, DJe 13/5/16.

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 2196650-98.2014.8.26.0000. Relator: Desembargador Pinheiro Franco. Data de julgamento 9/12/14.

3 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 2173732-03.2014.8.26.0000. Relator: Desem-

Assim, não é o caso de conceder efeito suspensivo ao recurso.

Superada a questão, analiso o mérito.

Consta da representação que, no dia (...), por volta das (...), no Viaduto (...), (...), na Comarca de São Paulo, os adolescentes *A.S.S.*, **M.V.S.** e *J.S.M.*, agindo em concurso e unidade de propósitos, tentaram subtrair para si, mediante superioridade numérica, um aparelho celular pertencente à vítima *L.O.S.*, sendo certo que a subtração apenas não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos adolescentes, e, logo em seguida, a fim de assegurar a fuga do local e a impunidade do ato infracional, os adolescentes, mediante violência física, passaram a desferir socos contra a vítima (fls. 46/48).

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença de procedência, reconhecendo que o recorrente praticou infração análoga ao crime de roubo impróprio (artigo 157, § 1º, do Código Penal) e aplicando-lhe medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

Analisadas as provas existentes nos autos, conclui-se que estão suficientemente demonstradas a materialidade do ato infracional e a autoria do recorrente.

A materialidade está bem demonstrada por meio do boletim de ocorrência (fls. 09/12), das declarações da vítima e depoimentos das testemunhas prestados em juízo.

Da mesma forma, está suficientemente demonstrada a autoria do recorrente, por meio do reconhecimento pessoal e das declarações da vítima e das testemunhas durante a instrução.

Em juízo, o representado *A.S.S.*, irmão do recorrente, confessou a prática do ato infracional, mas asseverou que os adolescentes **M.V.S.** e *J.S.M.* não participaram do roubo do aparelho celular. Narrou que, na data dos fatos, estava na companhia de outros meninos quando quebrou o vidro de um veículo e tentou subtrair o celular do condutor. Afirmou que a vítima conseguiu detê-lo, prendeu sua bicicleta e desferiu dois murros em sua face. Disse que os demais comparsas intervieram e agrediram a vítima. Asseverou que **M.V.S.** e *J.S.M.* sequer estavam no local.

O recorrente **M.V.S.**, em juízo, negou a prática da infração. Relatou que, na data dos fatos, estava com *J.S.M.* em um parque nas imediações da (...) quando foi abordado por amigos de seu irmão, *A.S.S.*, que informaram que um homem o estaria agredindo. Deslocou-se ao local dos fatos, onde avistou um veículo quebrado e seu irmão discutindo com a vítima. Asseverou que o ofendido apreendeu a bicicleta de seu irmão e se recusou a devolvê-la. Negou ter agredido a vítima. Confirmou que estava cumprindo medida de liberdade assistida pela prática anterior de infração análoga a crime de roubo.

Da mesma forma, o adolescente *J.S.M.* negou a prática do ato infracional.

Acesso ao Sumário

bargador Ricardo Anafe. Data de julgamento 1/12/14.

Contou que, na data dos fatos, estava na (...) quando aproximadamente seis meninos aproximaram-se e relataram a **M.V.S.** que o irmão dele estava apanhando na Rua (...). Disse que o apelante pediu que o acompanhasse para averiguar o que estava acontecendo. Afirmou que, no local indicado, observou a discussão entre a vítima e *A.S.S.*, descrevendo que duelavam pela bicicleta. Disse que os guardas municipais orientaram a vítima a apontá-lo como um dos autores do roubo e afirmou que os comparsas de *A.S.S.* fugiram.

A testemunha *K.M.S.*, em juízo, afirmou ser amigo dos representados e disse que, na data dos fatos, presenciou o momento em que *A.S.S.* quebrou o vidro de um veículo, tentou subtrair um aparelho de celular e foi detido pela vítima. Disse que, depois do tumulto, **M.V.S.** aproximou-se para defender o irmão e *J.S.M.* sequer chegou perto da vítima.

A vítima *L.O.S.* declarou, em juízo, que é motorista de aplicativo de transporte de passageiros e estava trabalhando na noite dos fatos. Disse que estava parado no semáforo quando foi abordado por três indivíduos, um dos quais quebrou o vidro de seu veículo e os demais tentaram subtrair seu aparelho celular. Disse que perseguiu o adolescente que quebrou o vidro e aparentava ser o mais novo dos três, referindo-se, portanto, a *A.S.S.* Afirmou que conseguiu deter o adolescente, contudo, instaurou-se um tumulto. Detalhou que foi cercado e agredido pelos outros dois infratores, tendo sofrido dois socos na face. Afirmou que viaturas da guarda municipal aproximaram-se e apreenderam os infratores. Em audiência, reconheceu, sem dúvidas, *A.S.S.* como um dos autores do roubo, indicando que foi quem quebrou o vidro do veículo. Asseverou que não deteve a bicicleta de nenhum deles e confirmou que desferiu um soco em *A.S.S.* Afirmou que os guardas municipais efetuaram a apreensão em poucos minutos.

A testemunha *M.A.A.A.*, guarda municipal, relatou em juízo que, na data dos fatos, percebeu um trânsito atípico pela Avenida (...) e foi abordada por um indivíduo, que comunicou a ocorrência de um roubo. Disse que se deslocou ao local indicado, onde visualizou a vítima discutindo com os três representados. Afirmou que, na ocasião, o ofendido relatou que conseguiu deter o adolescente *A.S.S.* e os demais se aproximaram para recuperar a bicicleta do jovem. Não soube precisar se os três representados participaram do assalto, esclarecendo que, no momento da abordagem, o trio discutia com a vítima. Asseverou que, naquele dia, *A.S.S.* negou a prática da infração. Explicou que estavam no local três motoqueiros e o indivíduo que a abordou, além da vítima e dos representados.

Em que pese o adolescente *A.S.S.* tente assumir sozinho a responsabilidade pela infração, isentando os demais representados (**M.V.S.** e *J.S.M.*), sua versão não convence. Há provas suficientes nos autos de que o recorrente **M. V.S.** concorreu com seu irmão para a prática da infração. Ressalte-se que, ao ser ouvido em juízo, o ofendido confirmou ter reconhecido os três representados

na Delegacia de Polícia, sem qualquer dúvida. Além disso, a vítima confirmou que, após alcançar o irmão do representado, foi cercada e agredida pelos outros indivíduos que participaram do roubo, os quais foram de pronto abordados pela guarda civil municipal e encaminhados à Delegacia.

Ainda que a vítima tenha reconhecido, em juízo, tão somente o representado A., ela foi categórica ao confirmar o reconhecimento realizado na fase policial, logo após os fatos, ocasião em que apontou com total certeza o envolvimento dos três adolescentes no ato infracional. O reconhecimento realizado na fase policial se reveste, assim, de indiscutível relevância probatória, mormente porque corroborado, no contexto dos autos, pela dinâmica dos fatos.

Saliente-se que as declarações de vítimas de crime contra o patrimônio têm relevante valor probatório, pois, referindo-se a conduta de pessoas desconhecidas, visam apenas a apontar os culpados e narrar sua atuação. Da mesma forma, na medida em que não exista qualquer interesse pessoal na responsabilização de pessoas inocentes, o reconhecimento pessoal feito pela vítima, tanto na Delegacia de Polícia quanto em juízo, é dotado de força probatória significativa. Ressalte-se que é entendimento pacificado do C. Superior Tribunal de Justiça que *"a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, mas apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova (HC 278.542/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/08/2015)"* [4].

Também, a guarda municipal relatou, em juízo, de forma coerente e clara, que o apelante foi apreendido discutindo com a vítima, poucos minutos após o evento, além de não ter ocorrido aglomeração de outros adolescentes no momento da abordagem. As circunstâncias da apreensão, portanto, corroboram a autoria da infração. E não há razões para não se conferir credibilidade ao depoimento da guarda civil, pois não existem sequer indícios de que esteja imputando falsamente ao recorrente a prática da infração. Ademais, cuida-se de agente pública que goza de presunção de idoneidade no exercício da função. A propósito da relevância probatória dos relatos prestados por policiais e outros agentes públicos, já assentou o C. Superior Tribunal de Justiça: *"Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando prestado ou corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal"*[5]. Este também é o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal delineado no *Habeas Corpus* nº 87.662/PE, 1ª Turma, Relator: Ministro Carlos Britto, julgado em 05/09/2006.

Por outro lado, o relato apresentado pela testemunha de defesa K. em

4 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. AgRG no AREsp nº 763.235/PR. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 01/10/2015.

5 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Habeas Corpus* nº 261.170/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. Data de julgamento: 10/04/2014.

Acesso ao Sumário

nada enfraquece o conjunto probatório. Vale lembrar que a testemunha em questão é pessoa que conhece o representado e, portanto, teria interesse em favorecê-lo com seu depoimento. No cotejo entre tal depoimento e as demais provas colhidas no curso do processo, impõe-se prestigiar a narrativa apresentada pela vítima, porquanto firme e precisa, e, ademais, coerente com o relato apresentado pela guarda municipal responsável pela ocorrência.

Assim, é de rigor a manutenção da r. sentença de procedência, reconhecendo-se a prática pelo recorrente da infração análoga ao crime previsto no artigo 157, § 1º, do Código Penal.

No que tange à medida socioeducativa de internação aplicada, a sentença também não merece reparos.

Conforme os artigos 100, *caput* e parágrafo único, VIII, e 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando da aplicação das medidas, devem ser levadas em conta as necessidades pedagógicas do adolescente, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, bem como os princípios da proporcionalidade e atualidade, de modo que a intervenção seja necessária. E, nos termos do artigo 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *"a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração"*. Quando da aplicação da medida, o Juízo *a quo* levou em consideração as necessidades pedagógicas do adolescente, suas condições pessoais e a gravidade concreta da infração.

O crime de roubo, por si só, é muito grave e contém a violência ou a grave ameaça à pessoa como um de seus elementos constitutivos. Assim, o ato delituoso se amolda à hipótese do artigo 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a permitir a aplicação da medida de internação. E, malgrado o respeito a entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário, não se tem dúvida de que a gravidade da conduta atribuída aos apelantes requer resposta estatal mais severa e deve observar os princípios da proteção integral e da prioridade de atendimento. Nesse sentido há precedente desta E. Câmara Especial: *"Ato infracional – Roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes – Pretendida a improcedência da representação – Impossibilidade – Materialidade e autoria evidenciadas – Imposição de medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado – Admissibilidade – Infração cometida mediante grave ameaça contra a pessoa – Antecedentes infracionais – Apelação não provida"*[6].

Não bastasse isso, no caso, a infração é dotada de gravidade em concreto, visto que foi praticada em concurso de pessoas, no período noturno, e mediante violência física contra a vítima, circunstâncias que aumentam a reprovabilidade da conduta, geram repercussão e intranquilidade sociais e comprometem signi-

Acesso ao Sumário

6 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Apelação nº 0000321-05.2015.8.26.0618. Comarca: Taubaté. Relator: Desembargador Eros Piceli. Data de julgamento: 14/12/2015.

ficativamente a ordem pública.

Além do mais, o recorrente ostenta más condições pessoais. Conforme relatório de diagnóstico polidimensional elaborado pela Fundação CASA a fls. 97/103, embora matriculado na rede de ensino, o adolescente não frequenta a escola, sequer sabe escrever, não trabalha, não demonstra interesse em profissionalizar-se, não apresenta perspectivas para o futuro e não conta com respaldo familiar suficiente. Além disso, já praticou anteriormente infração grave análoga a crime de roubo majorado, em razão da qual lhe foi aplicada medida de semiliberdade (Autos nº (...) – fls. 37/43). Há, pois, reiteração no cometimento de outras infrações graves, tal como previsto no artigo 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Ademais, está evidenciada a ineficácia das medidas mais brandas para fins de ressocialização.

Assim, ante a prática de infração mediante grave ameaça e violência à pessoa (artigo 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente), a gravidade em concreto da infração e as más condições pessoais do recorrente, a medida socioeducativa de internação é a mais adequada, pois medidas em meio aberto não confeririam a proteção integral de que necessita, tampouco seriam suficientes para fins pedagógicos e de ressocialização.

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

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0007597-88.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUÍZO DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO DA COMARCA DE SÃO PAULO, é suscitado MM. JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO DA COMARCA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência e declararam a competência do Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO DA COMARCA DE SÃO PAULO). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.124)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 3 de maio de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de fixação de guarda livremente distribuída – Remessa ao Juízo onde tramita ação de regulamentação de visitas, anteriormente ajuizada – Ações conexas – Extinção, sem exame de mérito, da precedente ação (regulamentação de visitas), que se deu após o início do dissenso entre os Juízes suscitante e suscitado para processar e julgar a ação posterior (fixação de guarda) – Ação de fixação de guarda que deveria **ser, de plano, distribuída, por dependência, à ação de regulamentação de visitas – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante.**

VOTO

VISTOS.

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo *MM. JUÍZO DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES* em face do *MM. JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES*, ambos do Foro Regional de Santo Amaro da Comarca de São Paulo, nos autos da *ação de fixação de guarda* movida por *J.S.A.* em face de *A.S.P.* (Proc. nº 1006783-53.2021.8.26.0002).

Divergem os Juízos sobre a competência para o processamento e julgamento da aludida ação, ante a existência (ou não) de conexão com aquela que tramita no Juízo suscitante, Proc. nº 1054047-03.2020.8.26.0002.

Foi designado o Juízo suscitante (*MM. JUÍZO DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO DA COMARCA DE SÃO PAULO*) para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 3/4).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do conflito, com a declaração da competência do Juízo suscitante (fls. 11/13).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de competência, visto que presente a hipótese prevista no art. 66, II, do Código de Processo Civil.

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado incidentalmente à *Ação de Fixação de Guarda com Pedido de Tutela Antecipada de Urgência* ajuizada por J.S.A. em face de A.S.P. (Proc. nº 1006783-53.2021.8.26.0002), distribuída ao MM. Juízo de Direito da 9ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro, no dia 10 de fevereiro de 2021. Nessa ação, o autor postula a guarda de S.S.A.

A divergência dos juízos, em relação a competência para processar e julgar a aludida demanda, ocorre por força da precedente distribuição da *Ação de Regulamentação de Visitas (com pedido de visitas provisórias)* ao MM. Juízo de Direito da 7ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro, que possui as mesmas partes, onde o requerente buscava a regulamentação do direito de visitas de S.S.A., sem modificação da guarda (Proc. nº 1054047-03.2020.8.26.0002).

A ação do qual tirado este incidente (Proc. nº 1006783-53.2021.8.26.0002) possui inquestionável vínculo com a ação anteriormente distribuída ao juízo suscitante (Proc. nº 1054047-03.2020.8.26.0002), pois nas duas demandas há debate sobre o exercício do poder familiar relativamente à S.S.A.

E quando da distribuição da *Ação de Fixação de Guarda com Pedido de Tutela Antecipada de Urgência* ao MM. Juízo da 9ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro, ocorrida no dia 10 de fevereiro de 2021, ainda tramitava a *Ação de Regulamentação de Visitas (com pedido de visitas provisórias)* pelo MM. Juízo da 7ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro, que foi extinta, sem exame de mérito, por sentença proferida aos 16 de março de 2021.

Ou seja, a distribuição da *Ação de Fixação de Guarda com Pedido de Tutela Antecipada de Urgência* (Proc. nº 1006783-53.2021.8.26.0002) deveria ter ocorrido, de plano, por dependência, ao MM. Juízo da 7ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro, por inegável relação de conexão com a *Ação de Regulamentação de Visitas (com pedido de visitas provisórias)* posteriormente extinta, sem exame de mérito (Proc. nº 1054047-03.2020.8.26.0002).

Veja-se, inclusive, que a divergência entre os Juízos sobre a competência para processar e julgar a *Ação de Fixação de Guarda com Pedido de Tutela Antecipada de Urgência* (Proc. nº 1006783-53.2021.8.26.0002) iniciou-se em fevereiro de 2021, portanto, em momento precedente à extinção do Proc. nº 1054047-03.2020.8.26.0002) (fls. 25 – 29 do Proc. nº 1006783-53.2021.8.26.0002), daí porque inaplicável, ao caso, o disposto no art. 55, § 1º, parte final, do CPC.

Acesso ao Sumário

É o caso, desta feita, de reconhecer a competência do MM. Juízo da 7ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro, suscitante, para processar e julgar a *Ação de Fixação de Guarda com Pedido de Tutela Antecipada de Urgência* ajuizada por J.S.A. em face de A.S.P. (Proc. nº 1006783-53.2021.8.26.0002).

Ante o exposto, *conheço* do conflito negativo de competência e *declaro* a competência do Juízo suscitante *(MM. JUÍZO DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO DA COMARCA DE SÃO PAULO)*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0014067-38.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, declararam competente o MM. Juízo Suscitante (MM. Juiz de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.600)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 11 de maio de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação ordinária movida por aposentados e pensionistas – Recálculo de quinquênio – Incidência sobre vencimentos integrais – Pretensão econômica individual de cada um dos coautores que não supera 60 (sessenta) salários mínimos – Litisconsórcio ativo facultativo IDRD nº 1022511-54.2016.8.26.0053 (Tema 17) – Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública – Inexistência de questão complexa que demande di-

lação probatória – Procedente o conflito – Competência do MM. Juízo Suscitante.

VOTO

Vistos.

I. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital em face da MMª. Juíza de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da mesma Comarca, por recusarem a competência para o julgamento da ação declaratória de obrigação de fazer combinada com pagamento de atrasados ajuizada por aposentados e pensionistas em face da SPPREV – São Paulo Previdência (proc. nº 1015991-10.2018.8.26.0053).

II. A ação foi, originalmente, distribuída ao Juízo Suscitado, que declinou a competência ao argumento de que o proveito econômico individual perseguido é inferior a 60 salários mínimos (fls. 42/46, proc. de origem).

III. Contemplado pela redistribuição e discordando do entendimento, argumentou o MM. Magistrado Suscitante que, para efeito de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, o valor da causa, na cumulação de demandas derivada do litisconsórcio facultativo comum (não unitário), deve ser aferido com base na soma dos pedidos cumulados, e não por autor (fls. 55/75, proc. de origem).

IV. O Suscitante foi designado para apreciar eventuais medidas urgentes (fls. 44).

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de conflito negativo de competência, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil, porquanto ambos os magistrados recusam a competência para julgar a ação.

Assiste razão o MM. Juízo Suscitado.

Da análise dos autos, Apparecida Spadotto de Toledo e outros aposentados e pensionistas ajuizaram ação declaratória de obrigação de fazer combinada com pagamento de atrasados em face da SPPREV – São Paulo Previdência, para fins de condenar a ré ao pagamento do Prêmio de Incentivo Especial – PIE, a que se refere a Resolução SS nº 110/2013, de acordo com os coeficientes nela previstos, a partir de sua entrada em vigor e produção de efeitos, em cumprimento ao artigo 40, § 8º da Constituição Federal e ao artigo 7º da Emenda Constitucional nº 41/2003 (fls. 01/08, proc. de origem).

Registra-se, por oportuno, que a pretensão econômica de nenhum dos coautores ultrapassa a quantia de 60 vezes o salário mínimo federal, consoante detalhamento de fls. 35/37 dos autos originários.

Acesso ao Sumário

E, em que pesem os argumentos expostos pelo MM. Juízo Suscitante, o Juizado Especial é o competente para apreciar e julgar demandas cujo valor não supere 60 salários mínimos. Na hipótese de litisconsórcio ativo facultativo, para aferição do valor de alçada, devem ser considerados os valores individualmente pretendidos e não o valor total atribuído ao feito.

Nesse sentido, o enunciado nº 02 do FONAJE: *"É cabível, nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, o litisconsórcio ativo, ficando definido, para fins de fixação da competência, o valor individualmente considerado de até 60 salários mínimos" (XXIX Encontro – Bonito/MS)*.

Ainda, a respeito da competência dos Juizados Especiais, tratando-se de litisconsórcio ativo facultativo, como é o caso dos autos, a C. Turma Especial de Direito Público fixou, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas IRDR (Tema 17) que: *"Nos casos de litisconsórcio ativo facultativo, o valor atribuído à causa deve ser dividido entre todos os postulantes, para fins de fixação da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública (art. 2º., 'Caput' – Lei Federal nº 12.153/2009)."* (IRDR nº 0037860-45.2017.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 26/04/2019).

Nesse mesmo sentido, segue o entendimento desta C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação ordinária movida por ferroviários aposentados ou pensionistas oriundos das antigas estradas de ferro estaduais convertidas na FEPASA Ferrovia Paulista S/A, na qual buscam a condenação da Fazenda Estadual ao pagamento das diferenças de proventos nas complementações de aposentadorias e pensões. Pretensão econômica individual de cada um dos coautores que não supera a quantia de sessenta salários mínimos. Competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. Inteligência do artigo 2º, caput e § 4º, da lei nº 12.153/2009. Pretensão que dispensa prova pericial complexa, resolvendo-se com simples cálculo aritmético. Precedentes desta Câmara Especial. Conflito procedente. Competência do Juízo da 3ª Vara do Juizado Especial Cível da Fazenda Pública da Comarca da Capital, ora suscitante." (TJSP; Conflito de competência 0010299-41.2020.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 03/07/2020).

"Conflito negativo de competência. Ação condenatória ajuizada por diversos autores, pretendendo o recálculo dos seus vencimentos. Litisconsórcio ativo facultativo entre 30 autores. Para fins de competência, deve ser considerado como valor da causa a pretensão individual de cada litisconsorte. Precedentes do C. STJ e desta C. Câmara Julgadora. Matéria que não necessita de perícia complexa para sua análise. Competência do MM. Juízo suscitante, da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital. Conflito procedente." (TJSP; Conflito de competência 0013370-51.2020.8.26.0000; Relatora: Lídia Conceição; Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 30/04/2020; Data de Publi-

Acesso ao Sumário

cação: 30/04/2020).

Destaca-se, por fim, não existir complexidade no caso em exame, o que dispensa a necessidade de produção de perícia complexa.

Daí o porquê, procedente o conflito, competente o MM. Juízo Suscitante (MM. Juiz de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0011364-37.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DO SAF – SERVIÇO DE ANEXO FISCAL DA COMARCA DE SUMARÉ, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DO SEF – SETOR DE EXECUÇÕES FISCAIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, declararam competente o Juízo Suscitado (MMª. Juíza de Direito do Setor de Execuções Fiscais da Comarca de Campinas). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.321)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 18 de maio de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de execução fiscal – Distribuição perante o Juízo Suscitado, em virtude de ser o foro do lugar do fato gerador do tributo – Redistribuição ao Foro do domicílio do executado – Descabimento – Faculdade da exequente de escolher, dentre os foros concorrentemente competentes, de ajuizar seu pedido perante a sede da executada, no local do fato gerador ou no lugar de situação dos bens a ela sujeitos – Observância aos artigos 781, V, do C.P.C. e 127 do C.T.N. – Competência relativa, a obstar a recusa sem provocação da parte – Incidência da Súmula 33 do C. STJ – Prece-

Acesso ao Sumário

dentes – Procedente o conflito – Competência do MM. Juízo Suscitado.

VOTO

Vistos.

I. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito do Serviço de Anexo Fiscal da Comarca de Sumaré em face da MMª. Juíza de Direito do Setor de Execuções Fiscais da Comarca de Campinas, nos autos da execução fiscal ajuizada pela Prefeitura Municipal de Campinas (processo nº 1050425-36.2018.8.26.0114).

II. A ação foi distribuída, originalmente, ao Juízo Suscitado. Entretanto, por entender ser competente o local do domicílio do executado, nos termos do artigo 46, § 5º, do C.P.C., a MMª. Magistrada determinou a redistribuição do feito (fls. 07, proc. de origem).

III. Contemplado pela redistribuição, o MM. Magistrado Suscitante discordou do entendimento, por se tratar de competência territorial e portanto relativa, que não poderia ser reconhecida de ofício (fls. 10/12, proc. de origem).

IV. Designou-se o Juízo Suscitado para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fls. 05/06).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado. Ambos os Magistrados declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II, do CPC).

Assiste razão ao MM. Juízo Suscitante.

Na hipótese, a ação de execução fiscal que deu causa ao presente conflito está lastreada em certidões de dívida ativa decorrentes do não pagamento de ISSQN, relativamente aos exercícios de 2010 e 2011, por Km Tech Soluções Tecnológicas Ltda., pessoa jurídica com sede na Comarca de Sumaré (fls. 01/06, proc. de origem).

Com efeito, tratando-se de execução de título extrajudicial, a opção conta com previsão nas hipóteses dos incisos I a V, do artigo 781, do C.P.C., calcadas em critério territorial, tal como aquela prevista no artigo 46, § 5º, do C.P.C., portanto, de natureza relativa.

Ainda que não se trate da solução mais acertada, a competência poderá ser fixada perante o MM. Juízo Suscitado, pois o foro do lugar do fato gerador da obrigação é hipótese abarcada pelo inciso V do artigo 781 do C.P.C..

Aliás, tratando-se de competência relativa, a questão apenas poderia ser arguida pela ré, certo que seu conformismo perpetuaria a jurisdição, nos termos dos artigos 64 e 65, ambos do C.P.C..

Ainda, a competência não pode ser declinada de ofício, nos termos da súmula nº 33 do C. STJ, que dispõe: *"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício"*.

Logo, além de relativa à competência, a opção da exequente, igualmente, encontra correspondência na legislação pertinente, o que reforça a impropriedade da primitiva declinação da competência.

Nesse sentido, tem entendido esta C. Câmara Especial, conforme os seguintes arestos:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de execução fiscal. IPTU. Competência territorial, de natureza relativa, indeclinável de ofício. Inteligência da súmula nº 33 do C. STJ. Competência da Juíza suscitada da Vara Única de Jarinu." (TJSP; Conflito de competência cível 0021720-28.2020.8.26.0000; Relator: Dimas Rubens Fonseca (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Santos –* 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/08/2020; Data de Registro: 04/08/2020).

Daí o porquê, procedente o conflito, competente o Juízo Suscitado (MMª. Juíza de Direito do Setor de Execuções Fiscais da Comarca de Campinas).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0033357-73.2020.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DE GUARULHOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o Conflito e designaram o MM. Juízo de Direito da 5ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Guarulhos, ora suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.545)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 21 de maio de 2021.

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência – Ação anulatória de escritura pública de renúncia à herança – Matéria de competência da Vara Especializada da Família e das Sucessões – Inteligência do art. 37, inciso I, letra 'a', do Decreto-Lei Complementar nº 3 de 27.08.1969 – Precedentes – Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juízo da 5ª Vara da Família e Sucessões de Guarulhos, ora suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 5ª Vara da Família e Sucessões em face do Juízo da 10ª Vara Cível, ambos, do Foro de Guarulhos, nos autos de ação anulatória de escritura pública de renúncia à herança e procuração cumulada com indenização por danos morais ajuizada por S.T.S.P. em face de S.P.

A ação foi inicialmente distribuída ao Juízo da 10ª Vara Cível de Guarulhos. Este, contudo, determinou a redistribuição do feito, por entender estar a matéria incluída no rol taxativo do art. 37, do Código Judiciário Paulista, atribuindo a competência da Vara de Família e Sucessões para processar e julgar o feito (fls. 352/354 – autos de origem).

Redistribuídos os autos, o MM. Juiz da 5ª Vara da Família e Sucessões de Guarulhos declinou da competência e suscitou o presente conflito sustentando ser o pedido, que visa anulação de negócio jurídico (renúncia à herança alegando vício de consentimento erro ou dolo) e a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, matéria do Juízo Cível (fls. 357/358).

Foi designado o Juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fl. 4).

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de apresentar manifestação nos termos da Legislação vigente (fl. 9).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os Juízos se declararam incompetentes para processar e julgar a demanda, à luz do artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Não obstante, as razões alegadas pelo nobre Juiz suscitante, compete a ele processar e julgar o feito.

Do que se depreende dos autos, a requerente S.T.S.P., teria renunciado à herança por ter sido convencida pelo réu, que o imóvel ostentava uma dívida de R$ 100.000,00, o que veio a saber não ser verdadeira a informação, motivo da presente ação (fls. 1/13 – autos de origem).

Destarte, constatando-se que a pretensão se vincula a direito sucessório, tal questão versa sobre matéria disposta no art. 37, inciso I, letra "a", do Código Judiciário do Estado de São Paulo, e é competente para seu julgamento a 5ª Vara da Família e Sucessões do Foro de Guarulhos. Considere-se, o fato de que a renúncia tem efeitos pertinentes à transmissão de bens *causa mortis*.

Neste sentido, já se manifestou esta C. Câmara:

Conflito negativo de competência. Ação anulatória de escritura pública de inventário. Juízo da Vara de Família e Sucessões que declina da competência e determina a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis. Alegação de vício no consentimento de pessoa idosa ao renunciar herança. Questão controvertida que acaba por exceder limites meramente patrimoniais, atraindo a competência da Vara Especializada. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado, da Vara de Família e Sucessões. (Conflito de competência nº 0049712-03.2016.8.26.0000; Relatora Des. ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI; j. 7 de agosto de 2017).

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se a competência do Juízo da 5ª Vara da Família e Sucessões do Foro de Guarulhos, ora suscitante, para conhecer e julgar a causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0014538-54.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO TITULAR DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL (ATUALMENTE JUDICANDO NA 1ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE PINHEIROS), é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO AUXILIAR DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por unanimidade, conheceram do conflito e declararam a competência do MERITÍSSIMO JUIZ DE DIREITO AUXILIAR DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL, suscitado, com declaração de voto convergente do 2º Juiz.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.297)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 25 de maio de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – SENTENÇA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REMOÇÃO DO MAGISTRADO QUE PROFERIU A SENTENÇA EMBARGADA – VINCULAÇÃO AUSENTE – INEXISTÊNCIA DE REGRA LEGAL QUE FIXE A COMPETÊNCIA DO JUIZ REMOVIDO PARA EXAME DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA SENTENÇA PROFERIDA NO CARGO DO QUAL REMOVIDO. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO MERITÍSSIMO JUIZ DE DIREITO AUXILIAR, EM EXERCÍCIO NA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL, SUSCITADO.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MERITÍSSIMA JUÍZA DE DIREITO TITULAR DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE PINHEIROS, DOUTORA MÁRCIA TESSITORE, em face do MERITÍSSIMO JUIZ DE DIREITO AUXILIAR DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL, DOUTOR CHRISTOPHER ALEXANDER ROISIN, ambos da Comarca de São Paulo, incidentalmente à *Ação de Cobrança* ajuizada por Soprezz – Serviços de Entrega Ltda. em face de Telefônica Transportes e Logística Ltda. (Proc. nº 1036672-88.2017.8.26.0100).

Divergem os Juízes sobre a competência para conhecimento e julgamento de embargos de declaração opostos em face da r. sentença proferida nos autos do Proc. nº 1036672-88.2017.8.26.0100, pela DOUTORA MÁRCIA TESSITORE, à época, MERITÍSSIMA JUÍZA DE DIREITO TITULAR DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL e, atualmente, MERITÍSSIMA JUÍZA DE DIREITO TITULAR II DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE PINHEIROS.

Acesso ao Sumário

Foi designado o Meritíssimo Juiz de Direito Auxiliar suscitado (DOUTOR CHRISTOPHER ALEXANDER ROISIN) para apreciar e decidir questões urgentes.

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência, nos termos do artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

O presente conflito negativo de competência foi suscitado incidentalmente à *Ação de Cobrança* ajuizada por Soprezz – Serviços de Entrega Ltda. em face de Telefônica Transportes e Logística Ltda. (Proc. nº 1036672-88.2017.8.26.0100).

Os Meritíssimos Magistrados suscitante e suscitado são divergentes em relação à competência para apreciar e julgar embargos de declaração opostos em face da r. sentença proferida na aludida ação, pela Doutora Márcia Tessitore, enquanto Meritíssima Juíza de Direito Titular da 14ª Vara Cível do Foro Central.

Pois bem.

Cabem embargos de declaração em face de qualquer decisão judicial, a fim de esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, para corrigir erro material (artigo 1.022 do Código de Processo Civil).

E, nessas condições, seria conveniente que o próprio Juiz que proferiu a decisão ou a sentença embargada apreciasse e julgasse os respectivos embargos de declaração.

Essa, aliás, é a posição adotada pela Colenda Câmara Especial nas hipóteses em que a sentença embargada é proferida por Juiz Auxiliar, cuja competência é definida por designação da e. Presidência do Tribunal de Justiça.

A situação exposta neste caso, porém, é diferente.

Cuida-se de embargos de declaração opostos em face de r. sentença proferida por Magistrada, que se removeu do cargo de Juíza de Direito Titular da 14ª Vara Cível do Foro Central para o de Juíza Titular II da 1ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Pinheiros.

Nessa hipótese, a MM. Juíza removida, que proferiu a sentença embargada, não tem vinculação para apreciar respectivos embargos de declaração, não só porque a novel competência é absolutamente distinta e exercida em foro diferente, mas também porque não há norma que determine a extensão da jurisdição para a análise do aludido recurso.

Conforme anotado pelo e. Desembargador Fernando Torres Garcia, "É que o fim [...] *do exercício do cargo de Juiz Titular, para os casos de permuta, remoção ou promoção, não traduz vinculação pessoal destes Magistrados ao caso concreto, não havendo regra cogente a determinar a extensão de sua jurisdição para fins de conhecimento de eventuais embargos de declaração.*" (TJSP; Conflito de competência cível 0018554-22.2019.8.26.0000; Relator: Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/07/2019; Data de Registro: 26/08/2019)

Finalmente, registre-se que a Colenda Câmara Especial já teve oportunidade para apreciar casos semelhantes, inclusive sob a égide do atual estatuto processual civil, manifestando-se pela inexistência de vinculação do juiz remo-

Acesso ao Sumário

vido do cargo, para exame de embargos de declaração:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Juízes auxiliares da capital – Embargos de declaração opostos contra decisão proferida por um dos juízes – Inexistência de jurisdição por conta da cessação da designação ou fim do exercício do cargo – Ausência de regra legal a determinar a extensão da jurisdição – Princípio da identidade física do juiz não acolhido pelo atual Código de Processo Civil – Embargos a serem conhecidos pelo magistrado que exerça a jurisdição atualmente no juízo competente – Conflito conhecido para declarar a competência da Juíza suscitada. (TJSP; Conflito de competência cível 0018554-22.2019.8.26.0000; Relator: Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/07/2019; Data de Registro: 26/08/2019)

Conflito de Competência – Embargos de Declaração – Remoção por permuta – Desvinculação – Inteligência do artigo 132 do Código de Processo Civil – A identidade física do juiz não foi mantida pelo vigente Código de Processo Civil – Ademais, em caráter normativo, foi revogado o item 632 das Normas de Serviço da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça – Precedentes desta Câmara – Conflito julgado procedente para ser declarada a competência do MM. Juízo da 2ª Vara Judicial de Vinhedo, ora suscitante. (TJSP; Conflito de competência cível 0041411-33.2017.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino (Decano); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Vinhedo – 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/03/2018; Data de Registro: 03/04/2018)

Conflito de competência. Sentença proferida por Magistrada que posteriormente foi removida para outra Comarca. Análise e apreciação de embargos declaratórios. Princípio da identidade física do Juiz não prestigiado pelo Novo Estatuto Processual. Desvinculação do feito. Precedentes desta C. Câmara Especial e do C. STJ. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo Suscitado. (TJSP; Conflito de competência cível 0048576-34.2017.8.26.0000; Relatora: Lidia Conceição; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Vinhedo – Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 19/02/2018; Data de Registro: 22/02/2018)

Pelo exposto, conheço do conflito e declaro a competência do MERITÍSSIMO JUIZ DE DIREITO AUXILIAR DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL, suscitado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0043676-03.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTANA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e competente o MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santana, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.562)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 2 de junho de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Competência – Ação declaratória cumulada com obrigação de fazer e indenização por danos morais e materiais proposta junto ao Foro do domicílio da autora – Declinação pelo Juízo suscitado por entender que se trata de questão envolvendo bem móvel (veículo) que se encontra com o réu, determinando a redistribuição do feito ao seu domicílio – Impossibilidade – Inteligência do disposto no art. 53, inciso V, do Código de Processo Civil, em razão de incidir a regra de utilização do local da vítima – Precedente desta Câmara Especial – Conflito procedente. Competência do Juízo da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santana, ora suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera, nos autos de ação declaratória cumulada com obrigação de fazer e indenização por danos morais e materiais, movida por Marjorye Ferreira Santos e Aparecida Ferreira Barbosa em face de Leandro Oliveira de Mendonça, pela qual pleiteia, em suma, o reconhecimento da pro-

Acesso ao Sumário

priedade e restituição do veículo à autora Aparecida que é a pagadora do financiamento e detém a titularidade sobre o carro; o pagamento das dívidas com multa e IPVA e danos morais (fls. 1/9 dos autos de origem).

O Juízo suscitante, em apertada síntese, alega que a demanda em questão estaria excluída da competência de sua Vara Cível em razão de a regra aplicável ser a do domicílio do autor, nos termos do art. 53, IV, "a" do CPC, que dispõe sobre o lugar do ato ou fato para se promover a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito, pois a finalidade da norma é facilitar a defesa da vítima em juízo (fls. 1/2).

O Juízo suscitado, por sua vez, declinou de sua competência, por entender que a demanda possui como objeto de fundo o bem móvel (veículo) que se encontra com o réu domiciliado na região abrangida pelo Suscitante (fls. 53 – autos de origem).

Designado o Juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fl. 6) deixou a douta Procuradoria-Geral de Justiça de se manifestar nos termos Código de Processo Civil (fl. 11).

É relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os Juízes se declararam incompetentes para processar e julgar o processo, à luz do artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Respeitadas as ponderações do Juízo suscitado, o qual entendeu por bem determinar a redistribuição do feito a 4ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera, tem-se que a questão ora em debate já foi objeto nesta Colenda Câmara Especial com a prolação de decisões no sentido de que havendo ilícito civil imputado ao réu, aplicável o art. 53, IV, "a" e V, do CPC: *"É competente o foro: – do lugar do ato ou fato para a ação: de reparação de dano"*.

No caso em tela, por força da questão em litígio ser referente a reconhecimento da propriedade e restituição do veículo à autora Aparecida que é a pagadora do financiamento e detém a titularidade sobre o carro; bem como o pagamento das dívidas com multa e IPVA e danos morais; aplicável a regra do art. 53, inciso V, do CPC, ou seja, o local do domicílio do autor, ora vítima, para facilitar a sua defesa em juízo e, por ser o local onde a autora sofre os efeitos do delito.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"Conflito de competência. Foros Regionais. Competência funcional. Absoluta. Possibilidade de declinação de ofício. Ação de indenização decorrente de suposta violação de direito autoral, regulamentado pela lei nº 9.610/98. Distribuição no Foro Regional de Pinheiros, local do domicílio do autor. Declinação da competência ao Foro Regional de Santo Amaro, local do domicílio do réu. Descabimento. Incidência da regra elencada pelo artigo 53, inciso V, do CPC.

Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros." (CC nº 0026038-88.2019.8.26.0000, Relª. Desª. Lídia Conceição. j. 31.7.2019).

"Conflito negativo de competência. Ação indenizatória ajuizada em razão do uso indevido da imagem do autor. Conflito de competência entre Foro Central e Foros Regionais da Comarca de São Paulo. Critério Funcional. Inteligência dos art. 53, IV, a e V do CPC. Competência do local de ocorrência do dano. Para fins de fixação da competência, utilizar-se-á o local do domicílio da vítima, em razão da maior repercussão do ato ilícito. Conflito conhecido. Competência do Juízo da 3ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa, ora suscitado.". (Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo – CC nº 0052241-87.2019.8.26.0000. Relª. Desª. Daniela Maria Cilento Morsello. j. 20/03/2020).

Ademais, trata-se de competência relativa, na qual só cabível a declinação quando da incidência das regras modificadoras insculpidas no art. 54 e ss., do CPC.

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito e **declara-se competente o Juízo da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santana, ora suscitado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0018753-73.2021.8.26.0000, da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, em que são interessados DAGMAR PIRES DA SILVA e MUNICÍPIO DE FERRAZ DE VASCONCELOS e suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL DE FERRAZ DE VASCONCELOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DE FERRAZ DE VASCONCELOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 1ª Vara da Comarca de Ferraz de Vasconcelos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.143)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 18 de junho de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação ordinária proposta por servidora pública contra o Município de Ferraz de Vasconcelos para cobrança de adicional de insalubridade. Necessidade de prova pericial para constatação das condições de trabalho da autora que não se confunde com o exame técnico previsto no art. 10 da Lei n 12.153/09. Competência do Juiz suscitado da 1ª Vara de Ferraz de Vasconcelos.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA**, ambos da **COMARCA DE FERRAZ DE VASCONCELOS**, nos autos da ação ordinária nº 1001119-56.2021.8.26.0191 proposta por Dagmar Pires da Silva em face do Município de Ferraz de Vasconcelos.

Argumentou a suscitante que é incompetente para o processamento do feito em razão da necessidade de realização, para a solução da lide, de perícia técnica complexa que não se trata de hipótese da aplicação do artigo 10 da Lei nº 12.153/2009, e que, portanto, é incompatível com o sistema dos Juizados Especiais.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambos os Juízes se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão à Juíza suscitante.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de ação ordinária proposta por Dagmar Pires da Silva em face do Município de Ferraz de Vasconcelos, objetivando o recebimento do adicional de insalubridade em grau máximo, bem como a cobrança das parcelas vencidas decorrentes de seu trabalho de técnica de farmácia.

Embora o valor atribuído à causa seja inferior ao limite de alçada do Juizado Especial da Fazenda Pública, nos termos do art. 2º da Lei nº 12.153/09, o art. 98, inciso I, da Constituição Federal prevê que a competência dos Juizados Especiais se restringe a temas de menor complexidade.

E o presente caso exige a realização de perícia técnica para a análise das condições de trabalho da autora e a aferição de eventual grau de insalubridade.

Com efeito, para que se verifique se a autora está exposta a agentes nocivos e sob o risco de contaminação no ambiente de trabalho, há necessidade de realização de perícia complexa, e não de mero exame técnico previsto no art. 10 da Lei 12.153/09, o que afasta a competência do Juizado Especial Cível de Ferraz de Vasconcelos.

Nesse sentido, precedentes dessa C. Câmara Especial:

"Conflito Negativo de Competência. Ação ajuizada por servidor público contra o Município de Bebedouro para cobrança de adicional de insalubridade. Necessidade de prova pericial para constatar as condições de trabalho do autor que não se confunde com o exame técnico previsto no art. 10 da Lei nº 12.153/09. Competência do Juiz suscitado da 3ª Vara Judicial de Bebedouro"[1].

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação ordinária promovida por servidora pública em face da Fazenda Pública Estadual, objetivando o pagamento do adicional de insalubridade em seu grau máximo. Controvérsia posta na ação que envolve a constatação das condições de trabalho da demandante. Hipótese que exige produção de prova pericial, que não se confunde com o exame técnico admitido nos Juizados Especiais. Inteligência do artigo 10 da lei nº 12.153/2009. Precedentes da Câmara Especial. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, ora suscitado".[2]

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 1ª Vara da Comarca de Ferraz de Vasconcelos.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0014552-38.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO (ATUALMENTE JUDICANDO NA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE PINHEIROS), é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

1 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Conflito de competência cível nº 0005706-03.2019.8.26.0000. Relator: Desembargador Campos Mello. Data de Julgamento: 08 de abril de 2019.

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Conflito de competência cível nº 0038707-13.2018.8.26.0000. Relator: Desembargador Issa Ahmed. Data de Julgamento: 04 de fevereiro de 2019.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, declararam competente o MM. Juízo Suscitado (MM. Juiz de Direito da 14ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.710)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 18 de junho de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação de cobrança securitária – Oposição de embargos de declaração – Vinculação da MM. Magistrada que prolatou a decisão embargada – Remoção anterior – Cessação da jurisdição – Jurisprudência pacífica desta C. Câmara Especial – Conflito acolhido em atenção ao princípio da colegialidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência (CPC, art. 926), ressalvada a posição pessoal do Relator – Procedente o conflito – Competência do MM. Juízo Suscitado.

VOTO

Vistos.

I. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de São Paulo – atualmente na 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Pinheiros, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Giovan Borges da Silva (autos nº 1087720-23.2016.8.26.0100).

II. O incidente foi instaurado pela MMª. Juíza Suscitante, ao argumento de que, muito embora tenha sido ela, quando Titular da 14ª Vara Cível, a prolatora da r. sentença de mérito, sua competência não se estende à apreciação dos embargos de declaração, diante de sua remoção para a 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Pinheiros. Entende que o MM. Magistrado que assumiu a referida Vara é o competente, diante da inaplicabilidade do princípio da identidade física do juiz (fls. 206/209, autos de origem).

III. Designou-se o Juízo Suscitante para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fls. 03/04).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O conflito negativo de competência está configurado. Ambos os Magistrados declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II, do CPC).

Ressalvada minha posição pessoal, em prestígio ao princípio da colegialidade, com razão a suscitante, conforme razões adiante expostas.

Inicialmente, destaco os recentes precedentes desta C. Câmara Especial sobre a matéria em foco, a saber:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação indenizatória. Feito sentenciado por Juíza de Direito então titular da 14ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, atualmente titular de outra unidade, para a qual se removeu. Oposição de aclaratórios pelas partes. Autos remetidos à Magistrada sentenciante para julgamento dos embargos. Inexistência de regra legal que vincule o juiz que proferiu a sentença para a apreciação dos embargos de declaração. Conflito julgado procedente. Competência do MM Juiz de Direito Auxiliar da 14ª Vara Cível do Foro Central, ora suscitado." (TJSP; Conflito de competência cível 0014767-14.2021.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/05/2021; Data de Registro: 26/05/2021).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SENTENÇA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REMOÇÃO DO MAGISTRADO QUE PROFERIU A SENTENÇA EMBARGADA – VINCULAÇÃO AUSENTE – INEXISTÊNCIA DE REGRA LEGAL QUE FIXE A COMPETÊNCIA DO JUIZ REMOVIDO PARA EXAME DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA SENTENÇA PROFERIDA NO CARGO DO QUAL REMOVIDO. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO MERITÍSSIMO JUIZ DE DIREITO AUXILIAR, EM EXERCÍCIO NA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL, SUSCITADO." (TJSP; Conflito de competência cível 0014538-54.2021.8.26.0000; Relator: Guilherme G. Strenger (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/05/2021; Data de Registro: 25/05/2021).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Remoção do magistrado prolator da sentença. Cessação da vinculação. Competência do Juiz de Direito Auxiliar, ora suscitado, em exercício na 14ª Vara Cível do Foro Central da Capital." (TJSP, Conflito de competência cível 0014554-08.2021.8.26.0000; Relator: Dimas Rubens Fonseca (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/05/2021; Data de Registro: 20/05/2021).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Remoção do magistrado prolator da sentença. Cessação da vinculação. Competência do Juiz de Direito Auxiliar, ora suscitado, em exercício na 14ª Vara Cível do Foro Central da Capital." (TJSP; Conflito

Acesso ao Sumário

de competência cível 0014535-02.2021.8.26.0000; Relator: Dimas Rubens Fonseca (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/05/2021; Data de Registro: 20/05/2021).

Importante consignar que, por força do disposto no artigo 926 do Código de Processo Civil ("*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*") e do senso lógico de um sistema judiciário equânime, forçoso concluir pela uniformidade em temas já consolidados a fim de plena observância ao princípio constitucional da isonomia (CF/88, art. 5º, *caput*).

Desse modo, posições pessoais não devem prevalecer em detrimento da higidez normativa do sistema de precedentes a demandas similares, quando não for o caso de aplicação do *overruling* ou *distinguing*[3].

Sobre o tema, expõe com peculiar clareza Eduardo Cambi, a saber:

"A coerência e a integridade são vetores principiológicos que devem ser respeitados nas decisões judiciais. Decisão íntegra e coerente é a que respeita o direito fundamental do cidadão frente ao Poder Público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, o direito fundamental a uma resposta adequada ao ordenamento jurídico. Decidir com coerência e com integridade é um dever do Poder Judiciário, pois sempre que uma decisão for proferida contra ou a favor de determinado indivíduo, idêntica decisão deve ser necessariamente proferida contra todas as demais pessoas que estiverem na mesma situação. Os deveres de coerência e de integridade da decisão judicial são indispensáveis para a produção de uma jurisprudência consistente (art. 926, caput) e para a universalização dos precedentes judiciais, a serem aplicados legitimamente – isto é, de forma racional e não-autoritária – aos casos semelhantes." (Revista de Processo 2016 REPRO VOL. 260 (OUTUBRO 2016) Direito Jurisprudencial. *Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais*, p. 13).

Daí o porquê, julgo procedente o conflito, competente o MM. Juízo Suscitado (MM. Juiz de Direito da 14ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo).

Acesso ao Sumário

3 Ver arts. 489, inciso VI, e 927, § 4º, do CPC ("*Art. 489. (...) VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*") e ("*Art. 927. (...) § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia*").

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0014331-55.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante JUÍZO DA VARA DO SETOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA INFANTE, IDOSO, PESSOA COM DEFICIÊNCIA E TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS, é suscitado JUÍZO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o Conflito de Jurisdição para declarar a competência do Juízo suscitado (Vara do Foro Central Criminal de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.790)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 14 de maio de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO. REPRESENTAÇÃO PARA IMPOSIÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DISTRIBUIÇÃO À VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO CENTRAL CRIMINAL. REDISTRIBUIÇÃO AO SETOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA INFANTE, IDOSO, PESSOA COM DEFICIÊNCIA E TRÁFICO INTERNO DE PESSOA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A dinâmica descrita nos autos aponta para violência fundada no gênero, conforme previsão contida no artigo 5º, da Lei nº 11.340/06. Entendimento que encontra respaldo em decisões desta Câmara Especial e é corroborado pela Súmula nº 114 deste Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça.

2. Ressalte-se constar das exposições de motivos do Provimento nº 2.236/2015 do Conselho Superior da Magistratura que criou o Setor da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoas – SANCTVS, que mencionado Setor serviria para suprir o oferecimento de prestação jurisdicional especializada a menores submetidos à violência não alcançados pela Lei Maria da Penha, o que não é o caso dos autos.

3. No mais, a Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no seu artigo 8º, parágrafo 2º, assinalou que a competência das Varas da Violência Doméstica e do Juizado Especial Criminal Central da Comarca da Capital permanecerá inalterada.

4. Conflito de Jurisdição julgado procedente para determinar o processamento no Juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da Vara do Setor de Violência Doméstica contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Tráfico Interno de Pessoas, sob a alegação de que compete à Vara da Violência Doméstica Familiar contra a Mulher do Foro Central Criminal processar e julgar a representação feita por L.F.O., buscando a aplicação de medidas protetivas em face de C.G.S., nos termos da Lei 11.340/06, pela prática, em tese, do delito do artigo 217-A, caput, do Código Penal, no âmbito da relação doméstica e familiar.

É o relatório.

2. O conflito negativo de jurisdição está configurado, nos termos do artigo 114, I, do Código de Processo Penal, uma vez que nenhum dos Juízos envolvidos reconhece sua competência para processar e julgar a demanda.

Segundo consta, a genitora da menor A.S.G.F., no dia (...), quando estava trocando a roupa da vítima no quarto – à época, com sete meses e meio de idade – o averiguado chegou ao local, momento em que a vítima abriu as pernas e tocou nos seus órgãos genitais. A representante imaginou que a vítima queria que o averiguado mexesse nos órgãos genitais dela.

Em outra situação, quando a vítima tinha um ano de idade, a sua representante estranhou o fato de vê-la colocando o dedo na sua própria vagina e ânus. Questionada a respeito, a representante disse à criança que não era para fazer

Acesso ao Sumário

isso, que ninguém podia mexer ali, e a vítima indagou: "nem papai?", o que a fez imaginar que o averiguado tinha abusado sexualmente dela. Consta, ainda, que essa situação se repetiu em outras ocasiões (fls. 01/04 dos autos de origem).

O feito foi distribuído ao Juízo Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Central Criminal, que declinou da competência e o remeteu ao Juízo suscitante (fls. 51 da origem).

Ocorre que o Juízo do Setor de Violência Doméstica contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoa, divergindo de tal entendimento, houve por bem suscitar o presente conflito ao argumento de que se encontra presente no caso a violência de gênero (fls. 65/66 da origem).

Da análise dos fatos apresentados, conclui-se que razão assiste ao suscitante.

A dinâmica envolvendo a vítima e seu agressor enquadra-se no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme previsão contida no artigo 5º da Lei nº 11.340/06.

Ademais, como se pode verificar, os supostos abusos ocorreram em razão da ascendência que o denunciado exercia sobre a pessoa da vítima por conta da relação de parentesco entre eles, ascendência essa passível de dominação (pai e filha), o que configura evidente a situação de subordinação e vulnerabilidade da criança.

A propósito, tal raciocínio encontra-se em compasso com a Súmula 114 deste Tribunal:

> Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.

Observe-se que, se confirmada a descrição dos fatos contida nos autos, essa aponta para violência fundada no gênero – sexo feminino –, o que determina o trâmite da ação perante a Vara de Violência Doméstica.

Ressalte-se que o Provimento nº 2.236/2015 do Conselho Superior da Magistratura, ao apresentar as exposições de motivos para a criação do Setor da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de tráfico Interno de pessoas – SANCTVS considerou, entre outros, ***"as crianças e adolescentes do sexo masculino vítimas de violência doméstica não são protegidos na esfera criminal pela Lei Maria da Penha"***, tornando-se evidente que mencionado Setor serviria para suprir o oferecimento de prestação jurisdicional especializada aos casos de menores submetidos à violência não alcançados pela

Acesso ao Sumário

Lei Maria da Penha, o que não é o caso dos autos.

Consta expressamente da Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no seu artigo 8º, parágrafo 2º, que:

> A competência das Varas da Violência Doméstica e do Juizado Especial Criminal Central da Comarca da Capital permanecerá inalterada.

Nesse sentido tem se firmado a jurisprudência pátria:

> Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de J J DO N I, em face de decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que denegou a ordem no mandamus impetrado perante a Corte a quo. Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal, em continuidade delitiva, pelo juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Ato seguinte, a defesa impetrou habeas corpus alegando a incompetência do juízo sentenciante, perante a Corte de origem. O Tribunal estadual, contudo, denegou a ordem. No presente mandamus, alega a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o juízo da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher é incompetente para julgar a presente lide. Argumenta que verifica-se que o suposto abuso sexual que teria sido praticado contra a menor, não se deu em razão do gênero, e sim em razão de sua imaturidade, podendo inclusive os atos ter sido praticado em desfavor de criança do sexo masculino. Requer a concessão da ordem constitucional para que seja determinado a anulação do processo, desde a denúncia. Indeferida a liminar, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do mandamus. É o relatório.
>
> DECIDO.
>
> [...]
>
> Dessa forma, nota-se que caracteriza-se a violência doméstica e familiar nos casos em que o delito é cometido com base no gênero, em qualquer relação íntima de afeto, no qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida.
>
> No presente caso, tem-se que as instâncias de origem consignado expressamente que bem caracterizada está a violência de gênero, uma vez que o crime foi supostamente praticado contra criança subjugada pela sua condição específica (sexo feminino) e em âmbito doméstico e familiar. Dessa forma, a alteração de tal entendimento, no sentido de que o delito não foi praticado em razão do gênero da vítima, mas sim de sua imaturidade demandaria a análise de matéria fático-probatória, o que é vedado na via eleita. Nesse norte: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º E 3º, AMBOS DO CP E 7º DA LEI Nº 12.015/2009. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE. SÚMULA 283/STF. OFENSA AOS ARTS. 593, I, E 158, AMBOS DO CPP.

Acesso ao Sumário

RAZÕES DA APELAÇÃO DO MP APRESENTADAS FORA DO PRAZO LEGAL. MERA IRREGULARIDADE. ESTUPRO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. MALFERIMENTO DO ART. 20 DA LEI Nº 11.697/2008. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]. 4. Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, que com base em dados concretos dos autos, entendeu que a conduta criminosa se deu num "contexto de prevalência de relações domésticas (...), atraindo, portanto, a competência de juizado especial de violência doméstica" (fl. 471), seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 743.421/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015). Ante o exposto, denego o habeas corpus. (HC 445.912/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2018, DJe 28/06/2018).

CONFLITO POSITIVO DE JURISDIÇÃO. REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL PELA CONCESSÃO DE MANDADO DE PRISÃO TEMPORÁRIA PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. GENITOR ACUSADO DE, EM TESE, PRATICAR O CRIME DE ESTUPRO CONTRA A FILHA. VIOLÊNCIA MOTIVADA NO GÊNERO FEMININO. RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO OU VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 4º E 5º DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DA JUÍZA SUSCITADA DA VARA REG. SUL 1 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DA VILA PRUDENTE. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0021750-34.2018.8.26.0000; Relator: Campos Mello (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional da Vila Prudente; Data do Julgamento: 10/12/2018).

E mais especificamente a respeito da ausência de competência do SANCTVS, em casos assemelhados ao aqui apresentado, citam-se acórdãos proferidos por esta Câmara Especial:

Conflito Negativo de Jurisdição. Denúncia por suposta prática de delito tipificado nos artigos 217-A, c.c. o artigo 226, inciso II, do Código Penal – Tio acusado de, em tese, praticar o crime de estupro contra sua sobrinha por afinidade – Menoridade da ofendida – Caso concreto que noticia violência motivada no gênero, decorrente de relação de subordinação ou vulnerabilidade da vítima, a recomendar a incidência dos ditames protetivos da Lei Maria da Penha – Competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Conflito procedente. Competência do Juí-

Acesso ao Sumário

zo Suscitado. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0077769-02.2014.8.26.0000; Relator: Ricardo Anafe (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – 13ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 23/03/2015; Data de Registro: 25/03/2015).

Conflito negativo de jurisdição. Ação penal para apuração do crime de estupro de vulnerável. Ação praticada contra criança, enteada do acusado. Elementos que indicam motivação de gênero no cometimento do crime no âmbito de relação familiar e doméstica, e em razão da vulnerabilidade da vítima. Súmulas 114 e 156, ambas do TJSP. Designada a vara especializada suscitada como competente para julgar o feito. Conflito procedente. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0022054-62.2020.8.26.0000; Relatora: Lidia Conceição; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – SANCTVS - Setor de Atend. de Crimes contra Infante, Idoso, Deficiente e Vít. Tráf. Int. Pessoas; Data do Julgamento: 16/10/2020; Data de Registro: 16/10/2020).

CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Apuração de suposta prática de estupro de vulneráveis capitulado no art. 217-A, c.c. arts. 226, II, e 71 do CP – Delito imputado ao padrinho em relação à afilhada menor, praticado no âmbito doméstico e familiar – Vítima mulher – Incidência da Lei 11.340/06 – Competência da Justiça Especializada – Súmulas 114 e 156 desta Corte – Conflito acolhido – Competente o suscitante (Vara Central de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca da Capital). (TJSP; Conflito de Jurisdição 0008797-67.2020.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – Vara Foro Cent. de Viol. Dom. e Fam. Cont. Mulher; Data do Julgamento: 19/05/2020; Data de Registro: 19/05/2020).

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Procedimento para apuração do crime de estupro de vulnerável, cometido, em tese, pelo padrasto contra as enteadas menores de quatorze anos. Ação praticada contra mulher no âmbito familiar, baseada no gênero e na vulnerabilidade da vítima. Incidência do artigo 5º, inciso II, da lei nº 11.340/2006. Aplicação das Súmulas nº 114 e 156 deste E. Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da Vara da Região Norte de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher do Foro Regional de Santana, Comarca da Capital, ora suscitante. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0015212-03.2019.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional I – Santana – Vara Reg. Norte de Viol. Dom. e Fam. Cont. Mulher; Data do Julgamento: 21/10/2019; Data de Registro: 22/10/2019).

Assim, uma vez que eventual violência se deu em face de menor do sexo feminino e envolvendo vínculo de afeto entre o agressor e a vítima, sua filha, aproveitando-se da relação de convívio entre eles, deverá a demanda ser processada perante a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

3. Do exposto, **configurado o conflito de jurisdição, declara-se compe-**

tente o Juízo suscitado (Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Central Criminal).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0018706-02.2021.8.26.0000, da Comarca de Angatuba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE ANGATUBA e interessado NEUCI PEREIRA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE AVARÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o Conflito de Jurisdição para declarar a competência do Juízo suscitante (Vara Única da Comarca de Angatuba). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.004)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 17 de junho de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO DA PENA DE DIAS-MULTA APLICADA. DISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DE AVARÉ. REDISTRIBUIÇÃO À VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SOROCABA, COMARCA EM QUE TRAMITOU O PROCESSO DE CONHECIMENTO. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE ANGATUBA, UMA VEZ QUE O RÉU POSTO EM LIBERDADE TEM ALI SEU DOMICÍLIO. POSSIBILIDADE.

1. O STF, no julgamento da ADIN nº 3.150, houve por bem conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 51 do Código Penal.

2. Seguindo o entendimento exarado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento

Acesso ao Sumário

nº 04/2020 da Corregedoria Geral de Justiça, especificando os procedimentos a serem adotados quando da execução da pena de multa.

3. No caso dos autos, o réu não se encontra mais sob a custódia do Estado e possui domicílio em caráter permanente na jurisdição do juízo suscitante, mostrando-se necessária a continuidade da execução em mencionado juízo.

4. Conflito de jurisdição julgado procedente para determinar o processamento da execução no Juízo suscitante.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da Vara única de Angatuba em face do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Avaré, a fim de se declarar o foro competente para processar a execução da pena de multa imposta na sentença proveniente da ação penal na qual se apurou a prática do delito tipificado no artigo 35, *caput*, c/c o artigo 40, *caput*, VI, da Lei 11.343/06 cometido pelo réu Neuci Pereira.

É o relatório.

2. Diante da jurisprudência sedimentada e da suficiência dos documentos que instruem o incidente passa-se desde logo ao julgamento, modo de garantir prestação jurisdicional em tempo razoável, vetor constitucional introduzido pela EC nº 45.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, nos termos do artigo 114, I, do Código de Processo Penal, uma vez que nenhum dos Juízos envolvidos reconhece sua competência para processar e julgar a demanda.

Segundo consta, o réu Neuci Pereira foi condenado pela prática do delito de associação ao tráfico ilícito de entorpecentes além da pena restritiva de liberdade, também ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, conforme se vê da certidão de fls. 05 dos autos de origem.

Dando cumprimento ao *decisum* o Ministério Público ajuizou a execução dos dias-multa perante o juízo da Vara das Execuções Criminais da comarca de Itapetininga, que, alegando distribuição equivocada, determinou a remessa dos autos à Comarca de Avaré por ser ali o local onde o réu cumpriria a medida restritiva da liberdade (fls. 07 da origem).

Redistribuído o feito, o Juízo da 1ª Vara Criminal de Avaré, declinando da competência, determinou a remessa do feito ao juízo do local onde tramitara a ação de conhecimento (fls. 17/19 da origem).

Acesso ao Sumário

Remetido o feito, o Juízo da Vara das Execuções Criminais de Sorocaba, discordando desse entendimento, determinou o encaminhamento dos autos ao Juízo de Angatuba, por ser naquela Comarca o domicílio do executado (fls. 21 da origem).

Novamente redistribuída a demanda, o Juízo da Vara Única de Angatuba houve por bem suscitar o presente conflito (fls. 29 da origem).

Da análise dos autos verifica-se que a execução deverá ser processada pelo Juízo suscitante.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN nº 3.150, datado de 13.12.2018, houve por bem conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 51 do Código Penal nos termos a seguir transcritos:

> O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão "aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição", não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Edson Fachin, que o julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.12.2018.

Mencionada decisão apresenta-se dotada de efeito *erga omnes*, uma vez que, nos termos do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, possui eficácia contra todos e efeito vinculante.

Certo é que, seguindo o entendimento exarado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 04/2020 da Corregedoria Geral de Justiça, especificando os procedimentos a serem adotados quando da aplicação da pena de dias-multa:

> Art. 480 – Na hipótese de multa cumulativamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão, se houver, caberá ao juiz da vara onde tramitou o processo, sem prejuízo da expedição da guia de recolhimento definitiva ou das peças necessárias para complementar a guia de recolhimento provisória, na forma do artigo 468 destas Normas de Serviço, promover a intimação do réu, preferencialmente por carta com AR, para o pagamento da multa no prazo de 10 dias.
>
> § 1º – No mesmo ato o condenado também será intimado para o pagamento da taxa judiciária, no prazo de 60 dias, procedendo-se na forma prevista no artigo 1.098 destas Normas de Serviço.
>
> § 2º – Recolhida a multa penal o juiz da vara onde tramitou o processo anotará o pagamento, comunicando o cumprimento ao Juízo das Execuções Criminais competente para a execução da pena privativa de liber-

Acesso ao Sumário

dade ou da pena restritiva de direitos.

Art. 480-A – Infrutífera a intimação, ou não efetuado o pagamento da multa cumulativamente aplicada, o juiz da vara onde tramitou o processo determinará a expedição de certidão da sentença.

§ 1º – Expedida a certidão, o ofício de justiça, abrirá vista ao MP e, após, lançará a movimentação "Cód. 62050 – Autos no Prazo – Execução da Multa Penal", a qual atribuirá ao processo a situação "suspenso, e encaminhará o processo com tramitação digital, automaticamente para a fila "Ag. Execução Pena de Multa

§ 2º – Havendo comunicação do ajuizamento da ação de execução da multa penal, o juízo de conhecimento procederá a anotação no histórico de partes inserindo o evento "Cód. 17 – Início da Execução da Pena de Multa", indicando no complemento o número do processo de execução e lançará a movimentação "61619 – Definitivo – Processo Findo com Condenação" remetendo o processo ao arquivo. A extinção da pena de multa incumbirá ao Juízo do processo da Execução da Multa.

§ 3º – Não havendo comunicação do ajuizamento da ação para execução da multa penal, e decorrido o lapso prescricional, o juiz da vara onde tramitou o processo extinguirá a pena, remetendo os autos ao arquivo.

§ 4º – O processo de conhecimento poderá ser remetido ao arquivo definitivo somente após a extinção de todas as penas aplicadas, devendo ser alterada a situação do processo com o lançamento da movimentação "Cód. 22 – Baixa Definitiva"

Ressalte-se que mencionado provimento encontra-se em consonância com o decidido pela Corte Suprema, pois respeita a competência das Varas das Execuções Criminais para a demanda executiva das multas impostas, ressaltando a titularidade do Ministério Público para tal mister.

No caso dos autos, o *Parquet*, após o julgamento do feito pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Sorocaba, procedeu à execução da sentença penal transitada em julgado (fls. 01/04 da origem).

E, remetidos os autos ao Juízo da 1ª Vara Criminal de Avaré por ser ali a jurisdição onde o executado estaria cumprindo a medida restritiva este, alegando estar o réu egresso do sistema prisional, determinou o envio dos autos à Vara de Execuções Criminais de Sorocaba, por ser ali a Comarca onde tramitou a ação de conhecimento, conforme entendimento desta Câmara Especial (fls. 17/19 da origem).

Acesso ao Sumário

Todavia, como verificado pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba, o sentenciado teria passado a cumprir pena em regime aberto e, por ter domicílio na cidade de Angatuba, determinou a remessa dos autos para aquela localidade (fls. 21 da origem).

Cumpre observar que, diante da circunstância acima mencionada, mostra-se necessária a observância ao artigo 530 das Normas Gerais de Serviço da

Corregedoria de Justiça, a seguir transcrito, que dispõe sobre a competência para as execuções penais, inclusive as de réus soltos:

> Art. 530 – Sempre que o condenado passar a cumprir pena ou **fixar residência em localidades diversas daquele onde teve início a execução**, os respectivos autos serão imediatamente remetidos ao juízo competente para o prosseguimento. (grifou-se).

Cabe aqui ressalvar a distinção ao entendimento desta Câmara Especial nos casos em que o réu se encontra preso, situação por certo diversa da presente, na medida em que a execução pecuniária encontra melhor efetividade tramitando no domicílio onde o réu possui moradia e eventuais bens, em detrimento do domicílio provisório decorrente da sua momentânea custódia estatal, ou mesmo do lugar em que a ação penal teve seu processamento.

No mais, sendo a presente execução uma dívida de valor regida pela Lei das Execuções Fiscais – Lei nº 6.830/80, à qual se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil, vale registrar o contido no artigo 46, § 5º, da mencionada legislação processual, conforme segue:

> § 5º. A execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.

Desse modo, considerando-se que o réu progrediu de regime não cumprindo mais medida restritiva de liberdade em estabelecimento prisional e que possui domicílio em caráter permanente na Comarca de Angatuba, por tal juízo deverá tramitar a execução da condenação ao pagamento dos dias-multa a ele imposto.

3. Do exposto, **configurado o conflito de jurisdição, declara-se competente o Juízo suscitante (Vara Única da Comarca de Angatuba).**

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2301205-59.2020.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente P.G.B.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.546)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 28 de abril de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: "*Habeas Corpus* – Internação aplicada em face da prática de ato infracional análogo ao crime tipificado no artigo 157, § 2º, inciso II, e § 2º-A, inciso I do Código Penal – Alegação de constrangimento ilegal decorrente da não concessão do direito de apelar em liberdade – Inocorrência – A Lei nº 8.069/90 não exige o trânsito em julgado da sentença para o início do cumprimento de medida socioeducativa – Observância, 'in casu', ao princípio da proteção integral – Precedentes desta Câmara Especial – Exegese do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Ordem denegada".

VOTO

A Defensora Pública Nayara Rocha Rincon impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de P.G.B.S., por entrever constrangimento ilegal parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Guarujá. Sustenta, em síntese, que o paciente foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo, tipificado no artigo 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal, por fato ocorrido em (...), representação que, ao final, foi julgada procedente, com a imposição de medida socioeducativa de internação, sendo negado o direito de recorrer em liberdade. Ressalta, no entanto, que o representante ministerial requereu a improcedência da representação, tendo argumentado a inexistência de provas da autoria, dada a ausência de reconhecimento judicial pela vítima, que se mostrou insegura quanto a apontar o adolescente como autor do roubo, de modo que o julgado é *extra petita*. Afiança, ainda, que a excepcionalidade e a brevidade são os princípios basilares da restrição da liberdade da criança e do adolescente, sendo certo que o relatório técnico assentou ser mais adequada à situação do paciente a aplicação de medida em meio aberto. Assim, o paciente faz jus à desinternação provisória uma vez que ausentes os requisitos da custódia cautelar. Destaca, por fim, a atual situação de pandemia e o teor da Recomendação nº 62/2020, do CNJ. Requer, em caráter

Acesso ao Sumário

liminar, a imediata desinternação provisória do adolescente, garantindo a ele o direito de apelar em liberdade e, no mérito, a concessão de liberdade assistida.

Indeferida a liminar em plantão judiciário de segunda instância (fls. 119/122), foram prestadas as devidas informações (fls. 133/134) e, nesta instância, opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento do *mandamus* ou, se conhecido, pela denegação (fls. 166/168).

É o relatório.

Insta consignar, desde logo, que a atribuição de efeito suspensivo à apelação, é norma de exceção que deve ser interpretada de forma restritiva e, ademais, a hipótese ora *sub judice* trata de ato infracional.

Igualmente, esta Colenda Câmara Especial já se pronunciou em reiteradas decisões no sentido de que não cabe efeito suspensivo em recursos desta natureza. Assim, também, o Enunciado nº 6 do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP: *'A despeito da mudança legislativa do art. 198, inc. VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, persiste o efeito meramente devolutivo dos recursos interpostos contra sentença de procedência em processo de apuração de atos infracionais, devendo ser definido pelo magistrado na própria sentença a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade'*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente adotou, *mutatis mutandis*, o sistema recursal do Código de Processo Civil. Destarte e, *ex vi legis*, não é previsto o efeito suspensivo para sentenças proferidas em representação por ato infracional.

Ou seja, a conclusão que melhor se amolda à interpretação sistemática da legislação aplicável é a de que quando há aplicação de medida socioeducativa, eventual insurgência deverá ser recebida, em princípio, tão somente no efeito devolutivo.

Destarte, incide a regra geral da Lei nº 8.069/90, ou seja, o recurso é processado no efeito devolutivo, vez que exige a natureza da medida socioeducativa intervenção rápida do Estado a fim de se garantir a necessária proteção integral da menor em vistas de sua socialização.

Em outras palavras e, como é cediço, inexiste determinação legal do trânsito em julgado da sentença para o início do cumprimento de medida socioeducativa.

Nesse sentido, recente entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: *'HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EFEITO SUSPENSIVO. APELAÇÃO. IMEDIATA EXECUÇÃO DA MEDIDA. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. APLICA-*

Acesso ao Sumário

ÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. A partir do julgamento do HC 346.380, relatado pelo Ministro Rogério Schietti (julgado em 13/4/2016), a 3ª Seção deste Superior Tribunal passou a adotar o entendimento de que ***a não concessão de efeito suspensivo à apelação interposta em face de sentença que aplique medida socioeducativa não viola o direito fundamental de presunção de não culpabilidade****. 2. Entendeu a Turma que, diante do caráter ressocializador e protetivo das medidas socioeducativas, condicionar a execução da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação ministerial é medida que contrasta com o princípio da proteção integral e do superior interesse, norteadores da atividade do magistrado no âmbito do direito menorista. 3.* ***Não podendo ser cumprida de imediato a sentença monocrática, as medidas socioeducativas perderiam por completo seu caráter preventivo, pedagógico, disciplinador e protetor, pois somente poderiam ser aplicadas depois de confirmadas pela instância ad quem, alguns ou vários meses depois*** *(HC 188.197/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011). 4. Quanto à aplicação da atenuante da confissão espontânea – art. 65, inciso III, "d" do Código Penal –, de modo a reduzir a sanção imposta ao paciente, incabível o acolhimento da pretensão ante a ausência de previsão legal, pois inexiste "dosimetria em aplicação de medida socioeducativa, tampouco previsão legal para atenuação da medida em face da confissão do adolescente, não há se falar em aplicação de medida mais branda, unicamente, por tal motivo. Ainda mais quando existe farta fundamentação concreta que demonstra a adequação da medida aplicada" (HC n. 301135/SP, 6ª Turma, Min. Relator Rogério Schietti Cruz, DJe 1º/12/2014). 5. Ordem não conhecida.'* (*Habeas Corpus* nº 338.209/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, grifos nossos).

Demais, emerge dos autos situação de perigo para a sadia formação da personalidade da adolescente, que está na peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, justificando-se a executividade da intervenção especializada, em obediência ao princípio da proteção integral – artigo 3º – e da precocidade da atuação socioeducativa – artigo 100, inciso IV –, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, como bem anotado pela nobre Procuradoria Geral de Justiça: *"Importante apontar que a internação agora ocorre em virtude de sentença que julgou procedente a representação, o que é um plus legítimo decorrente da regular instrução criminal que embasou, tal como se verifica, os motivos elencados para aplicar a dosimetria da pena e o juízo de conveniência, oportunidade, necessidade e utilidade da prisão desde já. Assim, em razão do contexto, especialmente com a prolação da r. sentença, há certeza de materialidade delitiva e fortes indícios de autoria, além da inquestionável gravidade dos fatos*

Acesso ao Sumário

indicativa de periculosidade de P." (fls. 167)

Pelo exposto, **denega-se** o *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2061777-20.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente G.S.O. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.615)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de abril de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06. MANUTENÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. PEDIDO DE EXTINÇÃO DA MEDIDA. ORDEM DENEGADA.

1. Medida socioeducativa de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade aplicadas ao paciente.

2. Manutenção da medida de prestação de serviços à comunidade pelo Juízo das execuções.

3. As medidas socioeducativas são aplicadas pelo tempo necessário à ressocialização dos menores infratores, cabendo ao Juiz que as executa, e só a ele, decidir o momento adequado para a extinção, mediante seu livre convencimento.

4. Relatório de equipe técnica que consubstancia ape-

Acesso ao Sumário

nas um dos elementos de convicção do Juiz, sem caráter vinculante.

5. Cumprimento insuficiente da prestação de serviços à comunidade.

6. Argumento da impetrante que não se justifica, tendo em vista a previsão do parágrafo único do artigo 117 do ECA. Processo de ressocialização do jovem ainda em curso.

7. Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Ligia Cintra de Lima Trindade, Defensora Pública, em favor de G.S.O., contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pelo MM. Juiz João Luís Calabrese, do Departamento de Execuções da Infância e Juventude – DEIJ, que indeferiu o pedido de extinção da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade aplicada ao paciente.

Defende, em síntese, que a decisão impugnada afrontaria o art. 1º, § 2º, da Lei n.º 12.594/2012. Aduz que a medida de prestação de serviços à comunidade deve ser extinta, pois teria alcançado o objetivo socioeducativo. Sustenta que o menor passou por profundas transformações em sua vida, está estruturado no mercado de trabalho, matriculado na escola, conta com respaldo familiar e não tem envolvimento com o meio delituoso, traçando projetos lícitos para o futuro. Também afirma que a decisão impugnada viola os princípios específicos da legalidade, excepcionalidade da intervenção judicial, brevidade da medida, individualização e mínima intervenção judicial.

Requer seja concedida liminar para suspender a prestação de serviços à comunidade e, ao final, seja cassada a decisão impugnada, concedendo-se a ordem de *habeas corpus* para determinar sua extinção (fls. 1/14).

Indeferida a liminar (fls. 73/75), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 82/88).

É o relatório.

2. Segundo consta o paciente foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, sendo-lhe aplicada a medida socioeducativa de liberdade assistida c.c. prestação de serviços à comunidade pelo período de três meses, por quatro horas semanais (fls. 18/19).

O relatório encartado às fls. 58/63 sugeriu o encerramento da medida socioeducativa, contudo, optou o Juízo das execuções pela manutenção da presta-

ção de serviços à comunidade, tecendo as seguintes considerações:

> De fato, verifico que o educando sequer iniciou propriamente o cumprimento da medida. Em seu desfavor foram aplicadas apenas 48 horas de serviços comunitários. A medida foi interpretada em 31/10/2019. G. não cumpriu nenhuma hora. Considerando que a pandemia afetou a execução da medida de PSC apenas em março de 2020, é de se concluir que houve tempo suficiente para o educando cumprir até integralmente a carga horária estipulada.
>
> Considerando que o ato infracional é relativamente recente (ressaltando que G. foi condenado duas vezes por ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, havendo a unificação de medidas às fls. 47), e que o educando conta com apenas 17 anos de idade, entendo que a medida goza de atualidade, devendo ser executada após a revogação da suspensão determinada pelo CSM.

E sua decisão não comporta reparo.

As medidas socioeducativas são aplicadas pelo tempo necessário à ressocialização dos menores infratores, cabendo ao juiz que as executa, e só a ele, decidir o momento adequado para a extinção, mediante seu livre convencimento.

Assim, considerando que o paciente sequer iniciou a medida socioeducativa, bem como que o parágrafo único do artigo 117 do ECA permite o cumprimento da jornada aos *"sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho"*, nada justifica o encerramento prematuro do processo ressocializador em comento, mesmo diante do cenário de pandemia ocasionada pela expansão do contágio da Covid-19, o qual poderá ser retomado imediatamente após a regular flexibilização das restrições, pois, atualmente, a medida em tela encontra-se suspensa, conforme estabelecido no Provimento CSM nº 2546/20, prorrogado por diversos Comunicados, sendo o último o Comunicado CSM nº 221/2020.

Frise-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 2.4.2013:

> "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 ma-

Acesso ao Sumário

gistrado ao parecer técnico. (...) *Habeas corpus* não conhecido".

Note-se, ademais, que a medida à qual o paciente é submetido não é privativa de liberdade e possui como objetivo o acompanhamento, a orientação e o auxílio ao jovem com vistas a um processo ressocializador eficaz.

Por fim, vale salientar que a interrupção do acompanhamento técnico até então realizado pode causar prejuízos ao seu processo de reeducação, o que não se coaduna com os princípios preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Do exposto, **denega-se a ordem.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2079108-15.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente E.J.F. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.922)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 7 de maio de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Execução da medida socioeducativa de internação. Decisão que determinou a conversão da internação em liberdade assistida, indeferindo a extinção da execução. Relatório de equipe técnica. Não vinculação. Súmula nº 84 deste Tribunal de Justiça. Não ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela **DEFENSORIA PÚBLICA**

DO ESTADO DE SÃO PAULO em favor de **E.J.F.**, com pedido de medida na forma liminar, sob a alegação de que ele está sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude de São Paulo, que converteu a medida socioeducativa de internação em liberdade assistida.

Sustentou a impetrante, em síntese, que o paciente, de 17 (dezessete) anos, cumpria medida socioeducativa de internação desde dezembro de 2019. Alegou que, em março de 2021, a equipe técnica da Fundação Casa elaborou relatório conclusivo sugerindo a extinção da medida de internação, no entanto, a despeito dos pedidos convergentes nesse sentido formulados pela Defesa e Ministério Público, o magistrado *a quo*, de forma ilegal, indeferiu o pleito e substituiu a internação pela medida de liberdade assistida, com base na gravidade do ato infracional praticado e em falta disciplinar ocorrida há cinco meses. Aduziu que a finalidade socioeducativa foi integralmente alcançada e que a decisão combatida configura excesso de execução, de modo que a continuidade da execução tem caráter punitivo, e não pedagógico. Ressaltou que a execução das medidas socioeducativas deve ser norteada pelos princípios da mínima intervenção judicial, da brevidade e da excepcionalidade e, nesses termos, pleiteou a concessão de medida na forma liminar para suspender a execução da medida de liberdade assistida até o julgamento do *writ*, e a final concessão da ordem para que a medida socioeducativa seja extinta.

Indeferido o pedido de medida na forma liminar (fls. 60/64), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem, extinguindo-se a medida socioeducativa aplicada (fls. 71/75).

É o relatório.

Ao paciente foi aplicada medida socioeducativa de internação, pela prática de infração análoga ao crime de roubo em concurso de pessoas e mediante restrição de liberdade da vítima (artigo 157, § 2º, II, e V, Código Penal), por sentença data de 27 de janeiro de 2020 (fls. 07/11 dos Autos de origem nº (...)). Em 28 de outubro de 2020 noticiou-se que o adolescente praticou falta disciplinar (fls. 72/76 – origem) e, em 29 de março de 2021, a equipe técnica da Fundação CASA apresentou relatório, sugerindo a extinção da internação, sob o argumento de que a medida já atingira suas finalidades (fls. 95/101 – origem). Não obstante, o magistrado *a quo* substituiu a medida de internação por liberdade assistida. Pretende a impetrante a extinção da medida socioeducativa.

Não se verifica qualquer ilegalidade ou abuso de poder na r. decisão de fls. 55/57, que substituiu a medida de internação pela liberdade assistida.

A observância da contemporaneidade das medidas socioeducativas já se encontra sopesada com a admissão da prescrição penal aos atos infracionais, nos termos da Súmula 338/STJ. Portanto, a adoção dos lapsos prescricionais, aqui

Acesso ao Sumário

não extrapolados, encarrega-se de determinar, com a necessária objetividade, quais distanciamentos temporais são capazes de bloquear o interesse de agir estatal, a tornar inócua a imposição ou a execução de medida interventiva de finalidade educativa aos adolescentes em conflito com a lei. Por isso, a alegação de violação ao princípio da atualidade ou contemporaneidade não merece ser acolhida.

Os magistrados **não** estão vinculados às conclusões dos laudos elaborados pela equipe da Fundação CASA, porque são apenas um dos elementos de convicção. Aliás, conforme artigo 41, § 1º, da Lei nº 12.594/12, o juiz da execução poderá determinar, a requerimento do defensor, do Ministério Público e **até de ofício**, a realização de qualquer avaliação que entender necessária para complementação do plano individual. Nesse sentido, aliás, é a Súmula nº 84 deste E. Tribunal de Justiça: *"o juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica"*.

No caso, o indeferimento da extinção da execução e a decisão de colocação em liberdade assistida estão devidamente fundamentados no fato de não ter havido o desenvolvimento suficiente de trabalho pela equipe técnica a respeito de transgressão de normas e compreensão de figuras de autoridade, de seu comportamento impulsivo e de senso de responsabilidade, visto que, em outubro de 2020, o adolescente praticou **falta disciplinar grave** desrespeitando e agredindo verbalmente técnico da Fundação CASA, a evidenciar que, ao contrário do alegado pela impetrante, ainda não houve a plena ressocialização do jovem.

Saliente-se que o processo socioeducativo envolve várias etapas, de sorte que a extinção prematura é um dos motivos da reincidência, quando não atingidas as finalidades ressocializadora e pedagógica da medida aplicada.

Assim, é mais adequado dar prosseguimento ao seu processo socioeducativo, para solidificar os avanços descritos pela equipe técnica da Fundação CASA e aplicar a medida de liberdade assistida.

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1009722-65.2019.8.26.0005/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BROOKFIELD SÃO PAULO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A., são agravados FABIO CORDEIRO SILVA e LUCIANA MAXIMINO DE OLIVEIRA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.303)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) e MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 27 de abril de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor. Abusividade da cláusula que prevê a restituição de valores somente ao término da obra ou de forma parcelada. Restituição imediata e integral em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcial, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (tema 577). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo Interno interposto por **BROOKFIELD SÃO PAU-**

LO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A. contra decisão que, em demanda de rescisão do contrato cumulado com restituição de quantias pagas, negou seguimento a Recurso Especial, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.300.418/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega distinção em relação ao precedente repetitivo, já que este se restringe à forma e tempo de devolução das parcelas, ao passo que o reclamo questiona a alíquota de retenção. Aduz que o percentual de 20% é insuficiente para suprir os prejuízos com a rescisão contratual imotivada.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.300.418/SC, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Confira-se a fls. 765/768.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 618/634) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela retenção de 20% dos valores pagos, para compensar as despesas operacionais da vendedora.

Destaca-se trecho do V. Acórdão: *"Nesse caso, como bem decidido na*

decisão vergastada, de aplicar-se a retenção de 20% incidente sobre o total das parcelas pagas pelos autores, mostra-se suficiente para fazer as partes retornarem ao status quo ante, servindo como compensação pelos prejuízos suportados pela alienante com o desfazimento do negócio a título de despesas administrativas. Atende ainda, o disposto no artigo 53 do CDC e demais normas e princípios consumeristas. Não se pode olvidar, ainda, que a unidade poderá ser novamente negociada, gerando recursos para a alienante, e que os autores sequer dela se utilizaram" (fls. 630).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, em relação ao percentual de retenção, como bem indicou a decisão recorrida, o E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o alienante pode reter entre 10% e 25% dos valores pagos, de modo que apenas condenações em percentuais diversos permitem a admissão do Recurso Especial, o que não ocorreu na hipótese.

Pelo exposto, nego provimento ao Agravo Interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1022857-42.2017.8.26.0482/50002, da Comarca de Presidente Prudente, sendo agravante Zenaide Fernandes e agravado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram dos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.328)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 4 de maio de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVOS INTERNOS. Decisões monocráticas que inadmitiram os recursos extraordinário e especial.

Acesso ao Sumário

– As decisões que inadmitiram recursos devem ser desafiadas pelo agravo previsto no art. 1.030, § 1º, c.c. o art. 1.042, do CPC.

– Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade.

Recursos não conhecidos.

VOTO

Trata-se de agravos internos (fls. 897/916 (cópia às fls. 943/962) e fls. 918/939 (cópia às fls. 963/984)) interpostos contra decisões que, com fundamento no artigo 1.030, V do Código de Processo Civil, inadmitiram os recursos extraordinário e especial.

Alegou a agravante, em síntese, insurgência contra as decisões que inadmitiram o recurso especial e extraordinário. No que se refere ao recurso especial, aduziu que não se trataria de reanálise de prova, nos ditames da Súmula 7 do STJ. Quanto ao recurso extraordinário, sustentou a reforma da decisão agravada, vez que teria sido comprovado que possui incapacidade permanente decorrente da atividade laborativa.

É o relatório.

Os recursos não merecem conhecimento.

Com efeito, as decisões que inadmitem os recursos para as Instâncias Superiores, como no caso, desafiam o agravo previsto no art. 1.030, § 1º, c.c. o art. 1.042, ambos do Código de Processo Civil, recursos que devem ser dirigidos para conhecimento das Cortes Superiores.

O agravo interno, porém, é dirigido para conhecimento do mesmo órgão que negou seguimento ao recurso extraordinário e recurso especial, o que subtrai a competência das Cortes Superiores para conhecimento da irresignação, não sendo, assim, possível a aplicação do princípio da fungibilidade.

Nesse sentido:

Agravo Interno/Regimento. Recurso Extraordinário não admitido. Recurso manifestamente incabível. Arts. 1.030, § 1º, e 1.042 do CPC. Impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Prazo recursal não interrompido. Certificação do Trânsito em Julgado.

1. Contra a decisão monocrática que não admite o recurso extraordinário, nos termos do art. 1030, V, do CPC, não cabe agravo interno/regimental, mas agravo para o Supremo Tribunal Federal, conforme previsão expressa dos artigos 1030, § 1º, e 1042 do Estatuto Processo Civil.

2. Há, na espécie, erro grosseiro, a impossibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

3. Tratando-se de recurso manifestamente incabível, que não suspende

Acesso ao Sumário

nem interrompe o prazo para a interposição de outro recurso, constata-se a ocorrência do trânsito em julgado da decisão que não admitiu o recurso extraordinário.

4. Agravo interno/regimental não conhecido. (AgRg no RE no AgInt no AgRg no AREsp 1236999/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 7.11.2018, DJe 20.11.2018).

Assim, em razão da sistemática recursal adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, **não conheço** dos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0000089-66.2018.8.26.0592/50001, da Comarca de Tupã, em que é agravante EMERSON DE OLIVEIRA PORTO.

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 49.157)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE), MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 6 de maio de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DE RECURSO DENOMINADO "AGRAVO NOS AUTOS PRÓPRIOS CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO ESPECIAL". RECURSO ENDEREÇADO AO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IRRESIGNAÇÃO INTERPOSTA EM DISSONÂNCIA DO ART. 1.030, § 2º, DO CPC. HIPÓTESE DE AGRAVO INTERNO NÃO OBSERVADA. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 544/545 desta Presidência da Seção de Direito Criminal que, em razão de erro grosseiro cometido pela Defesa, não conheceu de recurso nominado de "*Agravo nos Autos Próprios contra Decisão Denegatória de Recurso Especial*" interposto em face de *decisum* que negou seguimento a recurso especial, na forma do art. 1030, I, "a", 2ª figura, do CPC.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 618/619.

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 2º, e incisos, do Regimento Interno deste Tribunal.

A Defesa do agravante aludiu (fls. 477/511) que:

[...]

EMERSON DE OLIVEIRA PORTO, já devidamente qualificado no auto acima referido, vem respeitosamente a Vossa Excelência, por seu advogado que subscreve a presente, com fundamento no artigo 1.042 do Novo Cordez Instrumentallis e artigo 28 da Lei 8.038/90, interpor o presente AGRAVO NOS AUTOS PRÓPRIOS CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO ESPECIAL, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, em razões da decisão de fls. 1142/1143, do recurso em espécie, o qual não admitiu o Recurso Especial aforado pelos Agravantes, conforme se nos próprios autos.

Requer, derradeiramente, o recebimento do presente recurso e suas anexas Razões, sendo o mesmo regularmente processado para posterior remessa dos autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça, antes instando o Agravado para que, no prazo de 15 (quinze) dias, querendo, venha oferecer resposta (art. 1.003, § 5º do NCPC), para em seguida subir o agravo à Superior Instância onde será processado na forma regimental.

[...]

SÍNTESE DOS AUTOS

I – Da exposição dos fatos e do direito

[...]

A Egrégia 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de v. acórdão "Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão."

A decisão ora guerreada, deixou de aplicar o redutor máximo descrito no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, sendo o recorrente, primário, portador de bons antecedentes, além de exercer atividade lícita. Portanto é possuidor de todos os requisitos necessários para aplicação do tráfico

Acesso ao Sumário

privilegiado no presente caso, reduzindo a pena no patamar máximo de 2/3, fixando 1 ano e 8 meses de reclusão em regime inicialmente aberto, substituído por duas penas restritivas de direitos.

Em face do r. acórdão, havia-se o presente recurso especial com fulcro nas alíneas "a" e "c", do inciso III, do artigo 105, do permissivo constitucional.

[...]

DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, a defesa requer que seja dado provimento ao presente recurso especial para reformar o v. acórdão recorrido e, consequentemente, recepcionada as preliminares de cerceamento de defesa, seja pelo uso indiscriminado de algemas, mesmo o Recorrente estar em regime semiaberto e realizada a saída temporária. Em segundo o cerceamento de defesa pelo indeferimento da realização do exame de dependência toxicológica, e finalmente seja aumentada a fração da incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, aplicando em 2/3 e reduzindo a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses, posteriormente substituindo por duas restritivas de direitos, subsidiariamente requer seja reformada a decisão quanto ao regime inicial de cumprimento de pena modificando para o regime inicial semiaberto.

[...]

Já o *decisum* de fls. 544/545 registrou que:

[...]

Vistos.

Fls. 477/511: trata-se de agravo nos próprios autos interposto pela Defesa contra a decisão de fls. 474 que, aplicando entendimento firmado pelas Cortes Superiores, negou seguimento ao recurso especial.

Cumpre registrar que, para tal hipótese, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo interno, nos termos do artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, a ser apreciado pela E. Câmara Especial de Presidentes desta Casa (artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal).

Dessa forma, observado o posicionamento adotado nas instâncias superiores ao enfrentarem a questão, inaplicável o princípio da fungibilidade recursal quando ocorrer erro grosseiro no recurso manejado. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE INADMITE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM REGIME

Acesso ao Sumário

DE JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO. ERRO GROSSEIRO. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. PREVISÃO CLARA E EXPRESSA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Nos termos do § 2º do art. 1.030 do CPC, contra a decisão monocrática do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido que nega seguimento a recurso especial manejado face a acórdão sintonizado com entendimento fixado por esta Corte Superior em regime de julgamento de recursos repetitivos, cabe a interposição de agravo interno. 2. No caso, a interposição de agravo em recurso especial, no lugar do agravo interno, configura hipótese de erro crasso, grosseiro e indesculpável, que inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.3. Agravo regimental não provido."1 e "(...) a norma do art. 1.042 do Código de Processo Civil é expressa ao dispor sobre o não cabimento do agravo dirigido ao STF contra decisão em que, em exame de admissibilidade de recurso extraordinário, se aplica entendimento firmado em regime de repercussão geral, sendo essa decisão passível de impugnação somente por agravo interno (art. 1.030, § 2º, do CPC/2015) (...)"2.

Ante o exposto, não conheço do reclamo apresentado. Certifique-se o trânsito em julgado e, após, remetam-se os autos à Vara de origem com as cautelas de praxe.

[...]

Assim sendo, havendo previsão expressa de recurso cabível para postular a reforma da decisão originalmente impugnada, a saber, o agravo interno (art. 1.030, § 2º, do CPC), e diante de indesculpável erro técnico da defesa, ratifico o *decisum* ora objurgado, mantendo o não conhecimento do reclamo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2284350-39.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO DO TURVO e interessado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PEDRO DO TURVO, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 n. 38.265)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE), MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 10 de maio de 2021.

PINHEIRO FRANCO, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão que negou seguimento ao agravo contra despacho denegatório de recurso extraordinário ligado a matéria já decidida pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral – Artigo 1.042, § 2º, do Código de Processo Civil – Hipótese atinente ao Tema nº 1.010 do Supremo Tribunal Federal – Agravo interno não provido.

VOTO

Irresignado com a decisão que negou seguimento ao agravo contra despacho denegatório de 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. 1.042, § 2º, do Código de Processo Civil, o Município de São Pedro do Turvo interpôs agravo interno, sob a alegação de que o caso não se amolda ao Tema nº 1.010 do STF.

Contraminuta está a fls. 19/26.

Requer o agravante a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário (fls. 35/37).

É o relatório.

O agravo interno, previsto no artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, não merece provimento. Em realidade, correta a negativa de seguimento ao agravo contra despacho denegatório de recurso extraordinário em tela.

Nessa direção, verifica-se que o acórdão atacado no mencionado recurso declarou a inconstitucionalidade, de diversas expressões constantes dos Anexos II e III da Lei Complementar nº 2.317, de 7 de junho de 2017, do Município de São Pedro do Turvo, pelo reconhecimento de que tais cargos não atendem aos requisitos dos cargos de livre nomeação, por dotados de atribuições de natureza técnica e burocrática, cujo desempenho não pressupõe relação de confiança e,

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

por isso mesmo, devem ser preenchidos por servidores públicos investidos em cargo de provimento efetivo, recrutados mediante aprovação em concurso público.

Com relação ao cargo de "Procurador Geral", a declaração de inconstitucionalidade ocorreu pela correspondência à atividades de advocacia pública que devem ser reservadas a profissionais investidos em cargos públicos, mediante concurso público.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.041.210, a reconhecer a repercussão geral que ensejou a edição do tema de nº 1.010, fixou a seguinte tese: [a] *a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; [b] tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; [c] o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; [d] as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.*

Assim, o caso apreciado neste processo está em harmonia com tal tema, nada a autorizar conclusão contrária, uma vez que o acórdão recorrido converge ao tratamento jurídico aplicado ao caso-paradigma, ausentes argumentos efetivamente novos neste agravo, que apenas repisa alegações já afastadas pelo Órgão Especial desta Corte.

Daí, plenamente cabível a incidência artigo 1.042, § 2º, do Código de Processo Civil, com a negativa de seguimento ao referido agravo contra despacho denegatório de recurso extraordinário.

Com relação ao pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, o pedido está prejudicado, pela análise do presente recurso.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 8000668-70.2012.8.26.0014/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante ALD AUTOMOTIVE LTDA. e agravados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e OUTRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejei-

tada 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 52.645)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 10 de junho de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário. Preliminar de nulidade rejeitada. IPVA. Veículo com circulação no Estado de São Paulo. Tema 708.

Alegação de nulidade por insuficiência de fundamentação. Enquadramento ao Tema 708 reconhecido em decisão não objeto de recurso. Fundamentos suficientes para o contraditório. Rejeição.

IPVA. O STF, no julgamento da ADI nº 4612, declarou a constitucionalidade da sujeição passiva de proprietário de veículo cuja circulação seja no Estado que lançou o tributo.

Direito de escolha do licenciamento limitado pelo local de circulação preponderante do veículo.

Contribuinte com sede no local de circulação do veículo a atrair a aplicação do Tema 708.

Agravo desprovido.

VOTO

(fls. 10/17 – 50000) Trata-se de agravo interno contra decisão que, com base no inc. I, do art. 1.040, do CPC, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade da matéria com tese firmada pela Suprema Corte nos autos do RE nº 1.016.605/MG, Tema nº 708.

A mesma decisão também inadmitiu o recurso extraordinário na parte em que trouxe matéria não submetida à sistemática de recursos repetitivos, decisão essa impugnada por recurso próprio.

Alegou a agravante, neste agravo interno, a nulidade da decisão por au-

Acesso ao Sumário

sência de fundamentação quanto aos motivos da negativa de seguimento ao recurso.

No mérito, com vista a demonstrar o equívoco da decisão, sustentou a inaplicabilidade do paradigma, porque, no caso, a ora Agravante é locadora de veículos, com domicílio tributário em diversos Estados, razão pela qual pode licenciar os veículos de sua propriedade em qualquer unidade da Federação.

É o relatório.

1. Não há que se falar em nulidade da decisão que negou seguimento ao recurso, ao argumento de ausência de fundamento quanto à adequação do caso vertente à tese firmada no Tema 708/STF.

Convém lembrar, de pronto, que o enquadramento da presente matéria ao Tema 708 já havia sido reconhecido pela decisão que determinou o sobrestamento dos autos, há muito proferida, sem que a parte tenha se insurgido a tempo e modo.

E, uma vez publicado o acórdão pertinente ao Tema, impõe-se a observância do disposto no art. 1.030, inc. I, do Código de Processo Civil.

Ademais, os fundamentos apresentados na decisão foram suficientes para que a parte pudesse exercer o contraditório, a considerar a firmeza de argumentos trazidos no presente agravo interno.

2. O Tema 708, aplicado ao caso, tem a seguinte tese firmada: *A Constituição autoriza a cobrança do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) somente pelo Estado em que o contribuinte mantém sua sede ou domicílio tributário.*

No caso debatido no Supremo Tribunal Federal, discutia-se a possibilidade de ser cobrado o IPVA no Estado em que domiciliado o proprietário, a despeito de o veículo estar licenciado em outro Estado, ou seja, discutiu-se apenas a capacidade ativa para cobrança do tributo.

A Agravante entende que o Tema não teria pertinência a hipótese dos autos ou não teria sido adequadamente aplicado.

Acesso ao Sumário

3. Para o exame do mérito do recurso, de rigor lembrar que, pela fundamentação exteriorizada pela Turma Julgadora, não teria sido afastada a presunção de que o veículo de propriedade da Autora tem circulação preponderante no território do Estado de São Paulo.

E não haveria como, em sede de recurso extraordinário, qualquer exame sobre o contexto fático-probatório, a teor das Súmulas 279 e 280, do Supremo Tribunal Federal.

Parte-se, consequentemente, da premissa de que o veículo tem circulação neste Estado, nada obstante o alegado direito de o proprietário poder proceder ao licenciamento em qualquer unidade da Federação.

4. Para o exame da pertinência da matéria tratada nos autos ao Tema 708, não se pode apartar do exame do teor do vencedor proferido pelo Ministro Dias Toffoli, em conjunção ao voto, também de redação do Ministro Toffoli, quando do julgamento da ADI nº 4612.

A origem da atribuição da competência ativa ao Estado em que o veículo tem preponderância de circulação está na seguinte passagem:

> *... as características dos tributos predecessores do imposto induzem a tal raciocínio: as taxas rodoviárias instituídas pelos estados visavam custear, por exemplo, despesas com manutenção e conservação de suas rodovias; a Taxa Rodoviária Federal ia no mesmo sentido, embora relativamente a gastos em âmbito federal; os recursos advindos da TRU – a qual, mais tarde, foi substituída pelo IPVA – tinham destinação parecida. Os debates travados durante a constituinte de 1987-88 também levam ao mesmo entendimento: as emendas anteriormente citadas, especialmente as que visavam ao aumento da participação das municipalidades no produto da arrecadação do IPVA pelos estados,* ***tinham por pressuposto a compreensão de que a intensa circulação dos automóveis nos municípios provocava a realização de medidas dispendiosas pelos poderes públicos municipais****, mormente na área do trânsito.*
>
> *Compete ressaltar que não afirmo (até porque o art. 167, IV, da Constituição*[16] não permite isso) que a receita decorrente do imposto está vinculada ao custeio dos gastos com manutenção de rodovias, construção de novas estradas de rodagem, fiscalização de trânsito etc. Tampouco abono a ideia de que existe, na hipótese, imposto com fato gerador vinculado a determinada atividade estatal. Quero dizer apenas que o IPVA foi previsto para contrabalançar, em boa medida, aqueles ônus. Destaquei.

Digo que a interpretação da extensão do Tema 708 não pode se apartar do exame do julgamento da ADI nº 4612 porque, na verdade, eles se completam; ao cuidarem de situações díspares, ajudam na aplicação em diversas hipóteses fáticas.

Explicou o Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI nº 4612:

> *De início, cabe destacar... que a presente ação direta,* ***embora tenha alguns pontos em comum*** *com o RE nº 1.016.605/MG,* ***tem também algumas diferenças sensíveis*** *em relação ao que está em discussão nesse apelo extremo.*
>
> *No paradigma do Tema nº 708, tem-se uma empresa, sediada no Estado de Minas Gerais, que efetuou licenciamento do veículo no Estado de Goiás, abrindo-se discussão a respeito de qual dessas unidades federadas teria direito à cobrança do IPVA.*
>
> *Já* ***na presente ação direta, não há, propriamente, essa dicotomia entre domicílio e licenciamento****, pois, de ordinário, as empresas*

Acesso ao Sumário

de locação efetuam o licenciamento de seus veículos em suas sedes. Note-se que, aqui, se questionam normas que possibilitam a cobrança do IPVA pelo Estado de Santa Catarina relativamente a veículos pertencentes a empresas locadoras e de arrendamento de veículos com filiais em tal unidade federal licenciados em outra, em razão do domicílio tributário por elas eleito (ordinariamente suas sedes). Destaquei.

5. A conclusão a que chegaram os Ministros da Suprema Corte, no julgamento da ADI nº 4612, enfrentando os argumentos da necessidade de lei complementar, competência legislativa plena dos Estados, possibilidade de o fato gerador incidir sobre a propriedade plena ou não, responsabilidade solidária (locadora/locatária), territorialidade, bitributação, domicílio tributário foi da constitucionalidade da exigência tributária.

Registro algumas passagens, a título ilustrativo, na medida em que essa matéria é de competência de reexame do STF quando do conhecimento de eventual agravo interposto contra a parte da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário:

> Antes de prosseguir na análise da questão de fundo, é apropriado relembrar que não existe, ainda hoje, lei complementar de normas gerais de direito tributário tratando especificamente do IPVA (art. 146, III, a, do texto constitucional).
>
> Também é conveniente recordar que, segundo o entendimento da Corte, na ausência dessas normas gerais, têm os estados e o Distrito Federal competência legislativa plena para disciplinar o imposto, em conformidade com o art. 24, § 3º, da Constituição Federal...
>
> Muito por conta da ausência de tais normas é que surgem discussões como a presente. Some-se a isso o fato de igualmente ainda inexistir norma do Senado Federal (art. 155, § 6º, I, da Constituição) fixando as alíquotas mínimas do imposto. Todo esse quadro força o intérprete a encontrar uma solução adequada para essas demandas.
>
> ... não vislumbro inconstitucionalidade em relação à parte remanescente desse inciso I, **relativa à responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado locatária de veículo**.
>
> A lei, nesse caso, criou hipótese de responsabilidade, com base no art. 121, II, do CTN. Sendo assim, para verificar a constitucionalidade do dispositivo, merece destaque o que diz o art. 128 do mesmo código: *para que a lei ordinária atribua a terceira pessoa a responsabilidade pelo crédito tributário, é necessário que ela esteja vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação*.
>
> Na espécie, pode-se entender que a pessoa jurídica de direito privado locatária de veículo tem vínculo com o fato gerador do IPVA.
>
> Afinal, é ela quem realiza o contrato com a locadora de veículos, que é a contribuinte do imposto...

Acesso ao Sumário

> ... a Constituição também admite que o legislador eleja como fato gerador do IPVA não só a propriedade, mas também o domínio útil e a posse a qualquer título de veículo automotor. E ela permite serem nomeados como contribuintes de direito do tributo, além do proprietário, o titular do domínio útil e o possuidor, a qualquer título, do bem.
>
> Tendo em vista as considerações acima, conclui-se que (i) é constitucional a lei estadual que prevê ser fato gerador do imposto a propriedade, plena ou não, de veículo automotor, e (ii) insustentável a alegação de que o imposto não pode alcançar os que exercitem a posse ou o domínio da coisa.
>
> ...
>
> Considero já ter sido afastada, nas passagens anteriores, a alegada inconstitucionalidade. Note-se, assim, que não pode o contribuinte abusar do direito de eleger domicílio tributário de modo a contrariar o núcleo da materialidade do IPVA, o télos do tributo e, ao cabo, o pacto federativo, preceitos de envergadura constitucional.

No exame da ADI nº 4612, foi firmada a constitucionalidade inclusive da responsabilidade tributária da locadora, com sede em outro Estado, que venha a locar seus veículos em outra unidade da Federação, atribuindo competência ativa ao Estado em que esteja a trafegar o veículo locado.

Note-se que a lei estadual analisada, do Estado de Santa Catarina, tem redação similar da lei do Estado de São Paulo:

> A lei analisada na ADI tinha a seguinte redação:
>
> Art. 2º O imposto sobre a propriedade de veículos automotores tem como fato gerador a propriedade, plena ou não, de veículos automotores de qualquer espécie.
>
> § 1º Considera-se ocorrido o fato gerador:
>
> (...)
>
> IV – Relativamente a veículo de **propriedade de empresa locadora na data em que vier a ser locado ou colocado à disposição para locação no território deste Estado**, em se tratando de veículo registrado anteriormente em outro Estado.

A redação do Acórdão deixa claro o não reconhecimento de inconstitucionalidade:

> Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), tendo por objeto a expressão "plena ou não", contida no art. 2º da Lei nº 7.543, de 30 de dezembro de 1988, bem como os arts. **2º, § 1º, inciso IV**, e §§ 2º e 3º; 3º, § 3º, inciso I e II; 5º, inciso IV; 6º, § 3º; 7º, § 1º, incisos I, II e III, e §§ 2º e 3º; 8-A, caput e parágrafo único; 9º, § 1º; e 18-B, todos acrescidos à Lei nº 7.543/88 pelo art. 4º da Lei nº 15.242, de 27 de julho de 2010, ambas do Estado de

Acesso ao Sumário

Santa Catarina, os quais estabelecem novo tratamento tributário para o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)...

Ação direta julgada parcialmente procedente, tão somente para se declarar a inconstitucionalidade formal da expressão "bem como o sócio, diretor, gerente ou administrador", constante do inciso I do § 3º do art. 3º da Lei nº 7.543/88, incluído pela Lei nº 15.242/10, ambas do Estado de Santa Catarina.

Não se desconhece o início do julgamento da ADI 4376 pertinente justamente à legislação paulista. Porém, não existe no ordenamento jurídico a possibilidade de sobrestamento para se aguardar a finalização do julgamento de ADI.

De toda sorte, como já abordado acima, quando do julgamento da ADI 4612, a possibilidade da tributação, na forma prevista na legislação paulista, foi analisada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e considerada constitucional.

6. Nada obstante esses fundamentos jurídicos tenham mais pertinência com a parcela da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário, a digressão convém para trazer a seguinte premissa: é constitucional a responsabilização de locadora/proprietária que, embora possa ter sede em outro Estado e lá tenha licenciado o veículo, disponibilize seu veículo para circulação no território paulista.

No caso específico da Agravante, ela também tem sede no território paulista, daí porque se justifica a competência ativa do Estado de São Paulo, a atrair a compatibilidade com o disposto no Tema 708: *A Constituição autoriza a cobrança do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) somente pelo Estado em que o contribuinte mantém sua sede ou domicílio tributário.*

Sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de aplicar a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Com esses fundamentos**, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao agravo interno**.

Anoto a existência de recurso contra decisão que inadmitiu o recurso especial, cuja competência para apreciação é do Eg. Superior Tribunal de Justiça (fls. 1/9 – 50000).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1010477-86.2018.8.26.0664/50000, da Comarca de Votuporanga, em que é agravante CCG EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são agravados NIVALDO FERNANDES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e TA-

TIANE PEREIRA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 e deram por prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.982)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) e MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 11 de junho de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor. Abusividade da cláusula que prevê a restituição de valores somente ao término da obra ou de forma parcelada. Restituição imediata e parcial, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento do negócio (tema 577). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado no E. STJ em julgamento repetitivo. Percentual fixado dentro dos limites jurisprudenciais. Ausência de sucumbência. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravo Interno interposto por **CCG EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.** contra decisão que, em ação de rescisão contratual cumulada com devolução de quantias pagas, negou seguimento a Recurso Especial, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.300.418/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a inaplicabilidade do tema 0577, porque o reclamo busca a majoração do percentual de retenção dos valores pagos. Pretende a retenção de 25% dos valores, em consonância com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme precedente apontado nas razões recursais. Assinala que a decisão monocrática, ao denegar seguimento ao Recurso

Acesso ao Sumário

Especial, teria ingressado no mérito da tese recursal, de competência exclusiva da E. Corte Superior. Pugna pela agregação de efeito suspensivo ao recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.300.418/SC, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Confira-se a fls. 254/256.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 187/193) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela retenção de 20% dos valores pagos, para compensar as despesas operacionais da vendedora.

Destaca-se trecho do V. Acórdão: *"Assim, seguindo-se a jurisprudência consolidada deste E. Tribunal e do colendo STJ, no sentido de admitir a resilição do compromisso de compra e venda, assim como a retenção pela promitente vendedora de despesas operacionais, mostra-se razoável a retenção em favor da apelante no percentual de 20% sobre o valor desembolsado pelos adquirentes, tal qual fixado na sentença, que é compatível com o montante até então quitado, com o preço de aquisição do imóvel e com a condição econômica das partes, não implicando, ademais, em enriquecimento sem causa de nenhuma*

destas e não encorajando o inadimplemento e distrato das avenças pelos adquirentes" (fls. 191).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, sem qualquer usurpação de competência do E. Superior Tribunal de Justiça.

De resto, em relação ao percentual de retenção, como bem indicou a decisão recorrida, o E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o alienante pode reter entre 10% e 25% dos valores pagos, de modo que apenas condenações em percentuais diversos permitem a admissão do Recurso Especial, o que não ocorreu na hipótese.

Pelo exposto, nego provimento ao Agravo Interno e dou por prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000378-32.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSÉ LUIZ LUSVARDI GURGEL e NÁDIA REGINA RAVANI GURGEL, é apelado PRIMEIRO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.481)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 4 de maio de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Dúvida – Usucapião na via extrajudicial – Impugnação apresentada em nome de titular de direito e de um terceiro e que, mesmo intempestiva, pode ser conhecida – Prazo para impugnar que não é preclusivo – Exposição, ainda que sumária, das razões de discordância – Litigiosidade – Óbice registral mantido e sentença confirmada, remetendo-se os requerentes para a via contenciosa – Apelação a que se nega provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação (fl. 244/250) interposta por José Luiz Lusvardi Gurgel e Nádia Regina Ravani Gurgel contra a r. sentença (fl. 234/238) proferida pela MM. Juíza Corregedora Permanente do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, que julgou procedente a dúvida (fl. 01/06) e manteve óbice (fl. 207/208) que levou à extinção de processo extrajudicial de

usucapião (imóvel da matrícula nº 12.784, copiada a fl. 103/104).

Segundo a r. sentença, o pedido de usucapião foi impugnado por José Normando Tavares de Lima e Allan Carlos Lustosa Tavares, e essa impugnação pode ser conhecida, porque somente depois do prazo de editais, e não havendo mais diligências (Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 216-A, § 6º), é que o oficial pode deferir ou não o pedido de usucapião, de modo que, até lá, os titulares de direitos sobre o bem e terceiros interessados podem opor-se eficazmente à declaração da prescrição aquisitiva; não bastasse isso, ainda foi certificado que um dos interessados deduzira justa causa para a demora em manifestar-se. A impugnação, além disso, não só pode ser conhecida, como de fato impede o prosseguimento do processo, pois traz indício verossímil de conflito de interesses e não pode considerar-se infundada. A objeção contém exposição sumária dos motivos de discordância, e traz a alegação de que o imóvel é objeto de inventário judicial, o que é oposição expressa por José Normando, herdeiro do titular do domínio. Por outro lado, a oposição, no que diz respeito a Allan, não pode ser atendida, visto que ele não demonstrou que tivesse a condição de herdeiro. De qualquer modo, a solução correta está em encerrar-se o processo extrajudicial, e remeter o caso à via contenciosa.

Os apelantes alegam que os §§ 2º, 4º e 6º do art. 216-A da Lei de Registros Públicos preveem prazos preclusivos e, portanto, José Normando apresentou impugnação extemporânea. Allan, por sua vez, veio impugnar, em nome próprio e no de José Normando, mas sem demonstrar legitimidade para tanto, sem provar justo motivo (= doença) pelo qual este último não tivesse podido impugnar em bom tempo, e sem ter direito de falar nos autos, porque a inexistência de impugnação das Fazendas e de José Normando fazia desnecessária a publicação de edital para ciência de terceiros interessados (Lei n. 6.013/1976, art. 216-A, § 4º). Por conseguinte, não houve nenhuma impugnação eficaz, e deve-se concluir pela anuência ao pedido de usucapião. Ademais, a impugnação foi deduzida em forma genérica e não veio acompanhada de provas, e a sua mera apresentação não é causa bastante para causar o fim do processo extrajudicial. Finalmente, há de notar-se que o oficial intercedeu em favor dos impugnantes, mas, ao revés, sempre deu prazos exíguos para os apelantes, o que indica tratamento parcial. Por tudo isso, pedem os recorrentes que se reforme a r. sentença e se julgue improcedente a dúvida.

A ilustre Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo não provimento do recurso (fl. 276/279).

É o relatório.

2. A r. sentença tem de ser mantida como lançada, em que pese aos fundamentos do recurso.

Não existe nenhum traço de parcialidade do oficial de registro de imóveis

Acesso ao Sumário

a favor de qualquer interessado ou interveniente: está nos autos, claramente, que o processo foi conduzido com cuidado, não apenas para que ficasse bem clara a pretensão dos requerentes, como também para que fossem respeitadas as posições jurídicas de quem pudesse ser atingido pela declaração da pretensão aquisitiva.

Está correta a interpretação dada pelo Oficial (fl. 208) e, depois dele, pelo r. *decisum* (fl. 235/236), segundo a qual não é preclusivo o prazo para impugnar, tal como previsto no § 2º do art. 216-A da Lei nº 6.015/1973, de forma que os titulares de direitos sobre o imóvel podem opor-se à usucapião, eficazmente, até o término do prazo assinado para manifestação de terceiros eventualmente interessados (art. 216-A, § 4º). Desse modo, ainda que esgotada *in albis* a dilação dada pelo § 2º, nem por isso desaparece o direito à impugnação, e eventual discordância tem de ser examinada, ainda que apresentada a destempo. Nessa ordem de ideias, aliás, ensina Ricardo Dip ("Reflexões sobre a Lei nº 13.465/2017 – Usucapião – Parte 40", (endereço eletrônico constante do texto original)):

> *"(...) não está o juiz adstrito, de maneira absoluta, aos efeitos materiais da revelia, tal se lê no art. 345 do Código de processo civil, não se produzindo esses efeitos (a que se refere o art. 344), entre outras hipóteses, se "a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato" ou se "as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos" (incs. III e IV do art. 345).*
>
> *Também o registrador poderá recusar a eficácia material da concordância tácita emergente do silêncio do notificado, seja à falta de instrumento que a normativa repute indispensável (p.ex., a ata notarial, se é que, antes, não a tenha exigido como condição do pedido), seja quando "as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos".*
>
> *Assinale-se, a propósito, não só o paralelismo da revelia do processo jurisdicional com a da revelia do processo extrajudicial da usucapião, a recomendar neste a adoção das regras dos incisos III e IV do art. 345 do Código de processo civil – cuja incidência, de resto, pode apoiá-la o registrador na previsão do art. 15 do mesmo Código –, mas também para evadir o uso da via extrajudicial para fraudar a verdade; a este propósito, lê-se no art. 142 do Código de processo civil: 'Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé' – e esta regra pode, ou melhor, deve aplicar-se pelo registrador."*

Acesso ao Sumário

Isso não significa, evidentemente, que não tenha nenhum significado o prazo assinado pelo § 2º do art. 216-A, antes pelo contrário. Como ficou bem salientado na r. sentença (fl. 235), a superação desse termo não apenas estabelece a já referida presunção de anuência (a qual, entretanto, poderá ser afastada antes do término do procedimento), como ainda faz certo que o processo pode avançar para seus estágios posteriores, em forma regular.

Postas essas premissas, a questão da tempestividade da impugnação perde muito de sua relevância, porque, tenha ou não sido apresentada a destempo, há de ser examinada substancialmente – e, *in casu*, realmente tem de ser acolhida.

Conquanto não haja nada que demonstre que Allan, o emitente da primeira impugnação (fl. 200), tivesse poderes para falar em nome de José Normando, fato é que este último voltou aos autos, com manifestação própria (fl. 225), o que basta para ratificar o ato. Assim, se a impugnação em verdade não pode ser conhecida em nome e em favor de Allan, deve, entretanto, ser examinada quanto a José Normando, que é sucessor do falecido em nome de cujo espólio figura o imóvel usucapiendo (fl. 103/104, 110 e 137).

Ora, pelo que consta dos autos, é necessário dar-se por fundamentada a objeção lançada por José Normando (fl. 200 e 225), pois nela ficaram veiculados, sumariamente, os motivos da discordância manifestada (NSCGJ, Capítulo XX, item 420.2), e esses motivos indicam litigiosidade. Os requerentes afirmam que tomaram posse do imóvel usucapiendo por "ocupação natural" (fl. 135), sem contestação nem oposição de pessoa já falecida (fl. 138), o que, entretanto, é agora controverso diante da informação de que existe inventário em Recife, no Estado de Pernambuco (fl. 133/134), e da alegação do próprio José Normando, segundo o qual o bem não foi abandonado (fl. 200 e 225; cf., no mais, fl. 14, 84, 89, 105, 110 e 133, onde se mostra que é obscura a origem da posse afirmada pelos requerentes). Logo, como está no r. *decisum* apelado (fl. 234/238) – e, antes, na devolutiva do oficial de registro de imóveis (fl. 207/208) –, não há como prosseguir-se na usucapião extrajudicial, e os recorrentes têm de valer-se de ação contenciosa (Lei n. 6.015/1973, art. 216-A, § 10).

3. À vista do exposto, pelo meu voto, **nego provimento à apelação**, mantida a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024936-84.2020.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante LUCILANE PINA DE CAMPOS FERREIRA, é apelado PRIMEIRO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE GUARULHOS.

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, alterando o dispositivo da r. sentença para julgar a dúvida procedente, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.493)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 4 de maio de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada prejudicada pelo MM. Juiz Corregedor Permanente – Escritura pública de dação em pagamento abrangendo dois imóveis gravados com averbações de indisponibilidade dos bens do alienante – Cancelamento de parte das ordens de indisponibilidade antes da suscitação da dúvida – Permanência, contudo, de ordem de indisponibilidade decretada em ação judicial cujas partes somente celebraram transação, visando a solução do litígio, depois do decurso do prazo de trinta dias da prenotação e quando já suscitada a dúvida – Indisponibilidade que impedia os registros – Recurso não provido, alterado o dispositivo da sentença para julgar a dúvida procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou prejudicada a dúvida e manteve a recusa dos registros de escritura pública de dação em pagamento nas matrículas nºs 139.198 e 139.199, ambas do 1º Registro de Imóveis da Comarca de Guarulhos, porque ao tempo da prenotação pendiam ordens de indisponibilidade dos bens do proprietário dos imóveis, fato reconhecido pela apresentante do título que somente demonstrou o levantamento de parte dessas ordens depois da suscitação da dúvida.

A apelante alegou, em suma, que a escritura pública de dação em pagamento foi lavrada em 04 de maio de 2017 e teve o registro recusado em razão de quatorze ordens de indisponibilidades que incidiam sobre os bens do alienante

em 24 de julho de 2020, data da qualificação indicada na nota devolutiva. Porém, na referida data as ordens de indisponibilidade já estavam revogadas, existindo ordens para o cancelamento de treze averbações. Por sua vez, a indisponibilidade decretada na Ação Trabalhista nº 1001025-08.2018.05.02.0038 foi revogada em razão de transação celebrada em 07 de julho de 2020 e homologada em 12 de agosto de 2020. Asseverou que a sentença homologatória da transação tem natureza declaratória e produz efeito "ex tunc", razão pela qual essa indisponibilidade deixou de vigorar em data anterior à da recusa do registro. Aduziu que as revogações das ordens de indisponibilidades podiam ser verificadas mediante consulta direta aos processos, pelo Oficial de Registro de Imóveis, como permitido pelo item 8 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça. Esclareceu que não é responsável pela demora nas comunicações de levantamento das indisponibilidades e que a manutenção da recusa do registro terá como efeito a averbação de novas ordens dessa natureza que foram decretadas depois do protocolo da escritura pública. Requereu a reforma da r. sentença para que a dação em pagamento seja registrada (fl. 153/161).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fl. 181/183).

É o relatório.

2. A escritura pública de dação em pagamento foi prenotada em 03 de julho de 2020 (fl. 14), data em que incidiam sobre os imóveis das matrículas nºs 139.198 e 139.199 as ordens de indisponibilidades indicadas nas averbações de nºs 13 a 16, sendo essas averbações e as ordens que as originaram idênticas nas duas matrículas (fl. 18/33).

No requerimento de suscitação da dúvida, formulado em 31 de julho de 2020, a apelante informou a existência de ordens para os levantamentos das averbações de indisponibilidade, com exceção das averbações feitas nas duas matrículas sob nº 15, decretada na Reclamação Trabalhista nº 1001025-08.2018.5.02.0038 da 38ª Vara do Trabalho de São Paulo, em que a transação que foi celebrada entre as partes em 07 de julho de 2020 ainda dependia de homologação judicial (fl. 36).

Essa transação somente foi homologada em 11 de agosto, com determinação de cancelamento da indisponibilidade em 14 de agosto de 2020 (fl. 101/102), quando já decorrido o prazo de 30 dias de validade de prenotação que se venceu em 03 de agosto de 2020 (fl. 06).

Desse modo, as averbações de indisponibilidade promovidas, em cada matrícula, sob nº 15, permaneceram vigentes durante todo o prazo de validade da prenotação, do que decorre a procedência da dúvida.

Essa solução não é alterada pela natureza declaratória da sentença que homologou a transação, pois não prejudica os efeitos da averbação da indispo-

Acesso ao Sumário

nibilidade que permaneceram até o lançamento da ordem de cancelamento na Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados, modo que foi utilizado para a comunicação da revogação dessa restrição.

Cabe anotar, ademais, que a admissão de efeitos retroativos para a ordem de cancelamento da indisponibilidade ainda vigente quando do vencimento do prazo de validade da prenotação implicaria em indevida prorrogação do prazo do protocolo, o que não é admitido conforme os precedentes deste Colendo Conselho Superior da Magistratura que, por igual razão, também não autorizam a realização de instrução probatória visando à comprovação de fato destinado a afastar exigência formulada pelo Oficial de Registro de Imóveis. Nesse sentido:

> *"Dúvida registrária é só para dirimir o dissenso, entre o registrador e o apresentante, sobre a prática de ato de registro, referente a título determinado que, para esse fim (registro) foi protocolado e prenotado.*
>
> *Logo, não se admite, no seu curso, diligências ou dilação de provas destinadas à complementação de título desqualificado, à apuração de fatos extratabulares demonstrativos de situação jurídica de loteamento ou à promoção de medidas de saneamento de vício que macula o parcelamento do solo.*
>
> *A razão dessa restrição cognitiva, ademais, é evitar a indevida prorrogação do prazo da prenotação, consoante firme orientação deste Conselho Superior da Magistratura:*
>
> *'A dilação probatória em procedimento desta natureza prorrogaria indevidamente o prazo da prenotação, potencializando prejuízo para o direito de prioridade de terceiros, que também tivessem prenotado outros títulos que refletissem direitos contraditórios'* (Apelação Cível nº 027583-0/7, Santa Rosa do Viterbo, j. 30.10.1995, rel. Des. Alves Braga, in Revista de Direito Imobiliário 39/297-298). Confira, ainda, Apelação Cível nº 97.090-0/4, São José do Rio Preto, j. 12.12.2002, Rel. Des. Luiz Tâmbara; Apelação Cível nº 000.176.6/4-00, Socorro, j. 16.09.2004, Rel. Des. José Mário Antonio Cardinale". (CSM, Apelação Cível nº 482-6/0, da Comarca de Santa Isabel, Relator Desembargador Gilberto Passos de Freitas).

Por fim, a informação do cancelamento de parte das averbações e a notícia da celebração de transação para extinguir a Reclamação Trabalhista em que determinada a indisponibilidade ainda remanescente não equivaleram, neste caso concreto, à anuência da apelante com as exigências formuladas pelo Oficial de Registro de Imóveis, razão pela qual a dúvida não pode ser considerada prejudicada.

3. Ante o exposto, pelo meu voto nego provimento ao recurso, ficando, porém, alterado o dispositivo da r. sentença para julgar a dúvida procedente.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1093685-40.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSÉ DE GOUVEIA e JORDÃO DE GOUVEIA, é apelado OFICIAL DO 8º REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.499)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 8 de junho de 2021.

RICARDO ANAFE. Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Ação de extinção de condomínio – Carta de arrematação – Título judicial que se sujeita à qualificação registral – Modo derivado de aquisição da propriedade – Desqualificação por inobservância ao princípio da continuidade – Dúvida julgada procedente – Precedentes do Conselho Superior da Magistratura – Nega-se provimento à apelação.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta por *Jordão de Gouveia* e *José de Gouveia* contra a sentença proferida pela MM.ª Juíza Corregedora Permanente do 8º Oficial de Registro de Imóveis da Capital (fl. 185/188), que confirmou a negativa de registro da carta de arrematação expedida nos autos do processo nº 1015933-37.2016.8.26.0001, que tramitou perante a 3ª Vara Cível do Foro Regional de Santana, tendo por objeto o imóvel matriculado sob nº 176.501.

Alegam os apelantes, em síntese, que ajuizaram ação de extinção de condomínio contra Frederico de Gouveia, viúvo, e seus filhos Arnaldo de Gouveia e Reginaldo de Gouveia, sucessores hereditários de Noemi de Aguiar Gouveia. Aduzem ter arrematado a parte ideal correspondente a 33,33% do imóvel matri-

Acesso ao Sumário

culado sob nº 176.501 junto ao 8º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, pertencente aos condôminos. Sustentam que, expedida a carta de arrematação, o ato está perfeito e acabado, razão pela qual não há necessidade de dar seguimento ao inventário da falecida Noemi de Aguiar Gouveia, com a consequente partilha de bens, pois a arrematação é modo originário de aquisição de propriedade. Por fim, afirmam que inexiste ofensa ao princípio da continuidade porque os arrematantes já figuram na matrícula do imóvel como coproprietários (fl. 191/211).

A Douta Procuradoria de Justiça, em seu parecer, opinou pelo não provimento da apelação (fl. 232/235).

É o relatório.

2. A Carta de Arrematação expedida nos autos do Processo nº 1015933-37.2016.8.26.0001 (Alienação Judicial de Bens – Condomínio), que tramitou perante a 3ª Vara Cível do Foro Regional I – Santana, foi apresentada a registro e qualificada negativamente pelo 8º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, que expediu nota de devolução assim redigida:

> *"(...) Diante do princípio da continuidade de que tratam os artigos 195 e 237 da já referida Lei de Registros Públicos, o registro da arrematação pelos autores, de 1/3 pertencente aos réus, está condicionado ao prévio registro da partilha por sucessão de NOEMI DE AGUIAR GOUVEIA, devendo ser apresentado o competente formal de partilha".*

Desde logo, importa lembrar que a origem judicial do título não o torna imune à qualificação registral, ainda que limitada a seus requisitos formais e sua adequação aos princípios registrais, conforme o disposto no item 117, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça:

> *"Item 117 – Incumbe ao oficial impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela lei, quer sejam consubstanciados em instrumento público ou particular, quer em atos judiciais".*

Este Conselho Superior da Magistratura tem decidido, inclusive, que a qualificação negativa não caracteriza desobediência ou descumprimento de decisão judicial (TJSP; Apelação Cível 0003968-52.2014.8.26.0453; Relator: Pereira Calças; Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Pirajuí – 1ª Vara; Data do Julgamento: 25/02/2016; Data de Registro: 13/04/2016).

Da análise da documentação trazida aos autos, é possível constatar que o imóvel objeto da matrícula nº 176.501 do 8º Oficial de Registro de Imóveis da Capital está registrado na proporção de 1/3 para Jordão de Gouveia, casado pelo regime da comunhão parcial de bens com Sidneia Nunes de Gouveia; 1/3 para José de Gouveia, casado pelo regime da comunhão parcial de bens com Maria Luisa Sampaio de Jesus e 1/3 para Frederico de Gouveia, casado pelo regime da comunhão universal de bens com Noemi de Aguiar Gouveia, conforme partes ideais havidas nas sucessões de seus pais (R.1/176.501 e R.3/176.501 – fl.

121/124).

A ação de alienação judicial de bem comum e extinção de condomínio, que ensejou a expedição da Carta de Arrematação apresentada a registro, foi proposta por Jordão de Gouveia e José de Gouveia contra Frederico de Gouveia, viúvo, e seus filhos, Arnaldo de Gouveia e Reginaldo de Gouveia, estes na qualidade de sucessores hereditários de Noemi de Aguiar Gouveia, falecida (fl. 05/120).

Considerando, pois, que a parte ideal do imóvel arrematada na ação proposta pelos apelantes contra o viúvo e os filhos da *de cujus* ainda se encontra registrada em nome da falecida, faz-se necessária a apresentação e registro do formal de partilha dos bens por ela deixados, sob pena de ofensa ao princípio da continuidade.

Destarte, não há como se afastar o óbice apresentado pelo registrador, sob pena de se configurar injustificado rompimento na cadeia de sucessão dos titulares do bem. Trata-se de obedecer ao princípio da continuidade registrária, previsto no art. 195 da Lei de Registros Públicos:

> *"Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro."*

De seu turno, dispõe o art. 237 do mesmo diploma legal:

> *"Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro."*

Sobre o tema, merecem destaque a lição de Afrânio de Carvalho transcrita na sentença recorrida, sendo também importante lembrar que a arrematação judicial constitui forma de alienação forçada, que, segundo Araken de Assis, revela negócio jurídico entre o Estado, que detém o poder de dispor e aceitar a declaração de vontade do adquirente ("Manual da Execução". Editora Revista dos Tribunais; 14ª edição; São Paulo. 2012. p. 819).

Não se desconhece que, em data relativamente recente, este C. Conselho Superior da Magistratura chegou a reconhecer que a arrematação constituía modo originário de aquisição da propriedade. Contudo, tal entendimento acabou não prevalecendo, pois o fato de inexistir relação jurídica ou negocial entre o antigo proprietário e o adquirente (arrematante ou adjudicante) não é o quanto basta para afastar o reconhecimento de que há aquisição derivada da propriedade.

E se assim é, tratando-se a arrematação judicial de modo derivado de aquisição de propriedade, mantido o vínculo com a situação pretérita do bem, há que ser respeitado o princípio da continuidade.

São diversos os precedentes deste Conselho Superior da Magistratura,

Acesso ao Sumário

sempre no sentido de impossibilidade de registro de carta de arrematação ou de adjudicação quando o imóvel não se encontra em nome daqueles que figuraram no polo passivo da lide:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – Carta de arrematação – Modo derivado de aquisição da propriedade – Observância do princípio da continuidade – Indispensável recolhimento do ITBI – Entendimento do Conselho Superior da Magistratura – Recurso não provido.* (TJSP; Apelação Cível 1020648-60.2019.8.26.0602; Relator: Ricardo Anafe (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 28/04/2020; Data de Registro: 14/05/2020).
>
> *REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Carta de arrematação – Qualificação obrigatória dos títulos judiciais – Propriedade do imóvel registrada em nome do executado e de terceira, em regime de condomínio – Ausência de participação do condômino na ação executiva ou decisão judicial determinando a eficácia da arrematação em relação à sua parcela da propriedade – Ofensa ao princípio da continuidade – Origem do débito em obrigação propter rem que não afasta a incidência do princípio e, consequentemente, o impedimento ao registro – Dúvida procedente – Recurso não provido.* (TJSP; Apelação Cível 1007324-58.2017.8.26.0477; Relator: Ricardo Anafe (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 03/03/2020; Data de Registro: 10/03/2020)."

Na mesma linha: TJSP; Apelação Cível 0005176-34.2019.8.26.0344; Relator: Pinheiro Franco (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 10/12/2019; Data de Registro: 12/12/2019. TJSP; Apelação Cível 1001015-36.2019.8.26.0223; Relator: Pinheiro Franco (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 19/09/2019; Data de Registro: 26/09/2019. TJSP; Apelação Cível 1000506-84.2016.8.26.0361; Relator: Pereira Calças; Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 19/12/2017; Data de Registro: 19/01/2018.

Nesse cenário, justifica-se a confirmação do juízo negativo de qualificação, em atenção ao princípio da continuidade registral.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2054280-52.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é

agravante JOÃO ALBERTO MELLO, é agravado OFICIALA DO 2º REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram e negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.519)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 8 de junho de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Pedido de reconsideração (autuado como ação rescisória) de acórdão proferido em ação de dúvida – Indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem julgamento de mérito – Inexistência de erro ou de nulidade na decisão agravada – Recurso a que se nega provimento.

VOTO

1. Cuida-se de agravo interno (Cód. de Proc. Civil, art. 1.021) interposto por João Alberto Mello contra a decisão monocrática (fl. 474/478) pela qual foi indeferido *in limine* o pedido de reconsideração (autuado como ação rescisória) que o ora agravante deduziu contra v. acórdão deste Conselho Superior da Magistratura.

Segundo o agravante, o v. acórdão impugnado, justamente por sua natureza administrativa, não faz trânsito em julgado e pode ser revisto em qualquer tempo e a qualquer modo, por força de autotutela. Acrescenta que seu pedido de reconsideração está fundado na expropriação que sofreu, da qual surgiu lide que deveria ser solucionada mediante a remessa dos autos à esfera contenciosa. Reitera, portanto, que tem interesse de agir, e que o agravo há de ser provido para que, afastado o indeferimento liminar, seja atendido o seu requerimento de reconsideração.

É o relatório.

2. Conheço do agravo interno, porque cabível e interposto a bom tempo,

mas nego-lhe provimento.

Cuidando-se de decisão monocrática (fl. 474/478) e aplicando-se o Cód. de Proc. Civil aos procedimentos ligados à dúvida registral, na posterior à decisão de primeiro grau (cf. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 202), o agravo interno é cabível, na forma do *caput* do art. 1.021, da mencionada Lei Adjetiva. Além disso, o recurso, como dito, foi apresentado dentro do prazo legal (Cód. de Proc. Civil, art. 1.070).

Em que pesem aos esforços do recorrente, porém, o agravo não pode ser provido.

É fato que no processo da dúvida não existe trânsito em julgado, no sentido de coisa julgada material. Isso não significa, entretanto, que a relativa decisão não preclua, e que possa ser revista por mera petição. Não: a preclusão (= a coisa julgada formal) existe e, encerrada via administrativa (em primeiro ou em segundo grau que seja), ao interessado irresignado resta a via jurisdicional (Lei n. 6.015/1973, art. 204), sem que, entretanto, se possa conceber o desfazimento do *decisum* por mero pedido de reconsideração, que não tem previsão na lei de regência (cf. Lei de Registros Públicos, arts. 198-204).

Tampouco há, como se assinalou na decisão agravada, possibilidade de ação rescisória, já que, como relembrado, não existe senão coisa julgada formal.

Ademais, encerrado o processo da dúvida, não cabia ao Poder Judiciário, fazendo as vezes do interessado, fazer redistribuir ("remeter") os autos ao juízo contencioso (pedir o remédio jurisdicional cabível é, naturalmente, providência que toca exclusivamente à parte).

Por fim, tendo-se respeitado o rito da lei para a solução da controvérsia registral, não se há de pensar em nenhum exercício de tutela administrativa: não existe, para tanto, nenhuma nulidade procedimental ou erro de decisão, suposto (mas não afirmado) que pudesse este Conselho Superior da Magistratura desrespeitar o *iter* procedimental previsto na Lei de Registros Públicos e infringir o que já tinha decidido.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, **conheço do agravo interno, mas nego-lhe provimento.**

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de Abertura da Solenidade de Posse Administrativa da Desembargadora Mônica Salles Penna Machado (Sessão realizada em 29.04.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Boa tarde a todos. Bem-vindos à sessão de posse administrativa da eminente Juíza Mônica Salles Penna Machado. Eu quero, inicialmente, cumprimentar os eminentes membros do Conselho Superior da Magistratura, Desembargadores Luís Soares de Mello, Vice-Presidente; Ricardo Mair Anafe, Corregedor-Geral da Justiça; Guilherme Gonçalves Strenger, Presidente da Seção de Direito Criminal; Paulo Magalhães da Costa Coelho, Presidente da Seção de Direito Público; e Dimas Rubens Fonseca, Presidente da Seção de Direito Privado. Cumprimento o eminente Diretor da Escola Paulista da Magistratura, Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez, e todos os eminentes Desembargadores e Desembargadoras que estão presentes. E, quero cumprimentar, especialmente, a Magistrada Mônica Salles Penna Machado.

A Mônica é natural de São Paulo, Bacharel pela Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, da turma de 86. Iniciou sua carreira na Magistratura na 3ª Circunscrição Judiciária de Santo André, em março de 1990. Juíza de Direito Substituta em 2° Grau por merecimento, em ato de 28 de abril de 2021 foi nomeada Desembargadora na vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador Everaldo de Melo Colombi, um dos mais notáveis Desembargadores do nosso Tribunal.

Cumprimento, ainda, o seu esposo, Daniel Carvalho Machado - é uma alegria tê-lo entre nós - e os filhos, Daniela e Paulo, é uma satisfação ter toda a família presente. Ressalto que os Magistrados de carreira passaram por inúmeros momentos de importância: a posse na carreira, o vitaliciamento, a primeira Comarca como titular, a promoção à última entrância e, agora, a posse no cargo máximo da Magistratura Bandeirante. É motivo de júbilo e comemoração, daí a importância ímpar desta solenidade que é realizada de longe, é verdade, mas que permite nos aproximarmos um dos outros com o coração. E ela deixará a marca indelével no coração de todos nós...

Mais uma vez, sejam todos bem-vindos a esta solenidade tão expressiva, marcante e feliz.

Acesso ao Sumário

MÔNICA SALLES PENNA MACHADO (Desembargadora)

Discurso por ocasião de sua Posse Administrativa como Desembargadora do Tribunal de Justiça (Sessão realizada em 29.04.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

É com imensa alegria e gratidão a Deus, à minha querida família, especialmente ao meu esposo Daniel, aos meus filhos, como já foi mencionado, Daniela e Paulo, aos colegas desta árdua, porém maravilhosa profissão, e aos funcionários, notadamente os integrantes da minha equipe de trabalho neste Tribunal: Jesualdo, Alexandre, Fernanda, Marinei, Pietro e Reinaldo, sem os quais também não seria possível eu estar aqui. Também agradeço aos amigos. Sou imensamente grata por, nesta data, ser formalmente empossada no honroso cargo de Desembargadora deste Tribunal.

Como já foi mencionado pelo Presidente, recordo-me do início da carreira, há cerca de 31 anos, quando ingressei na Magistratura do Estado de São Paulo, iniciando como Juíza Substituta em Santo André. Ali passei por Ribeirão Pires, Mauá, São Caetano do Sul, tendo como a minha primeira entrância a saudosa cidade inesquecível de Ipuã. Ali fiz muitos amigos e companheiros de trabalho. Depois, a segunda entrância na cidade de Santa Bárbara D'Oeste, onde a Vara, sendo cumulativa, implicava em "clínica geral" no tocante aos inúmeros processos.

Dali vieram a Comarca de Suzana, a remoção para Juíza de Direito Auxiliar da Capital, fase inicial difícil, porém muito gratificante por todos os lugares nos quais eu passei, vindo a seguir para a 18ª Vara de Direito Criminal. Após dar à luz minha primeira filha Daniela, fiquei um período itinerante - aquele período que não sabia para onde iria no dia seguinte, mas do qual tenho muita saudade - até migrar para a Vara do Júri da Penha. Depois o Júri na Barra Funda, o Juizado Especial de Pequenas Causas na Lapa, Itaquera, Guaianazes e, por fim, quase oito anos ali como titular da 3ª Vara Criminal. Como já mencionado pelo nosso querido Presidente, em 2013 a remoção para Juíza Substituta em 2° Grau.

No Tribunal aprendi muito com meus pares, a equipe de trabalho, funcionários, serventuários, enfim, eu angariei muitos amigos e colegas durante esta longa trajetória profissional de vida.

Recordo-me da alegria do início, do chamado "Burrinho do Sidnei Beneti" (que muito me ajudou nas dificuldades), dos desafios vencidos com ajuda de Deus, dos colegas, funcionários, enfim, tempos inesquecíveis.

Lembro-me com muitas saudades do discurso feito na festividade de ingresso na carreira, onde enfatizei - e hoje novamente enfatizo - que ser Juiz, mais do que ocupar um cargo, é sem dúvida alguma cumprir uma missão sublime

Acesso ao Sumário

conferida por Deus a nós, seres humanos falhas, mas sempre buscando o melhor em defesa dos interesses da sociedade, aflitos que diuturnamente batem às portas do nosso Judiciário.

Agradeço de coração a confiança em mim depositada, aos colegas, a equipe de trabalho, a família e os amigos que tanto contribuíram para que este dia chegasse.

Agradeço sobretudo *" in memoriam"* aos meus queridos pais, lembrando que meu maior incentivador foi aquele que me gerou.

Grata ainda pela família, pelo incentivo de todos, comprometendo-me, nesta nova etapa de vida profissional, a dar o melhor de mim a favor da verdade e da Justiça.

Lembro, por fim, que o mais importante não é o cargo ou mesmo as honras humanas, sempre muito bem-vindas nesta oportunidade. A maior realização, contudo, em todas as áreas de nossas vidas, reside em sempre conservarmos a simplicidade, a transparência e a humildade.

Que Deus me conserve assim, até que a minha missão nesta Terra e nesta Corte de Justiça esteja plenamente cumprida. Muito obrigada a todos os presentes.

DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente da Seção de Direito Privado)

Discurso de Abertura da Solenidade de Posse Administrativa da Desembargadora Mônica Salles Penna Machado (Sessão realizada em 29.04.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Senhor Presidente, Geraldo Francisco Pinheiro Franco, na pessoa de quem eu cumprimento todos os que participam dessa solenidade. Cumprimento também, com ênfase, a Desembargadora Mônica Salles Penna Machado, companheira de prédio durante longo período, no número 38 da Sarzedas, que nos traz tantas saudades. Nós não sabemos ainda quando teremos novamente esse convívio, mas torcemos e sabemos que Deus, na sua infinita bondade, isso nos propiciará, espero, com a maior brevidade.

É um prazer, como Presidente da Seção de Direito Privado, receber a Desembargadora Mônica. Ela está preparada para ocupar qualquer cadeira desse nosso Tribunal, tendo trabalhado, até esta data, no Direito Privado 1, onde nós sabemos das dificuldades, particularmente no que diz respeito aos agravos, que, infelizmente, têm aumentado de forma tal que tornam o serviço muito difícil.

Acesso ao Sumário

Podemos com segurança dizer que a Desembargadora Mônica está muito preparada.

É uma alegria tê-la aqui, no cargo de Desembargadora, que é o ponto máximo da carreira, como foi enfatizado pelo nosso Presidente Pinheiro Franco. Esse momento não nos permite estarmos todos juntos, todos conversando, como era antigamente, mas, ainda assim, nos permite a emoção, ainda nos permite a beleza deste ato, essa abertura de uma nova fase. A Desembargadora Mônica, tenho certeza, continuará seu trabalho da melhor maneira e nos orgulhará sempre.

Digo e repito: na qualidade de Presidente da Seção coloco-me - e tenho feito isso aos demais colegas - à disposição para o que precisar. Fique sempre à vontade para, em qualquer hora, em qualquer dia, entrar em contato se precisar de alguma coisa. Seja bem-vinda, não ao nosso convívio, que nós já trabalhávamos juntos, mas a uma nova fase da carreira. Parabéns! Fico feliz que tenha achado um lugar, tenho certeza de que vai ser muito feliz, não tenho nenhuma dúvida disso. Desejo boa sorte e agradeço a escolha de ter ficado no Direito Privado.

Muito obrigado.

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Encerramento da Solenidade de Posse Administrativa da Desembargadora Mônica Salles Penna Machado (Sessão realizada em 29.04.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Acesso ao Sumário

A Magistrada Mônica Salles Penna Machado, que ora recebe a insígnia de Desembargadora, engrandece o Tribunal de Justiça de São Paulo. O Tribunal de Justiça de São Paulo está sempre se renovando. Os valores novos vêm preencher as lacunas existentes. Essa renovação não é apenas uma exigência natural, mas absolutamente necessária e desejada porque representa a mensagem dos novos tempos, da vida em contínua transformação, o rejuvenescimento imprescindível à renovação do Direito.

Em nome do Tribunal de Justiça, saúdo a Desembargadora Mônica Salles Penna Machado, nome já consagrado como Magistrada de fina estirpe intelectual e moral e de quem tudo esperam as tradições desta Corte, que são o sacrifício, o trabalho, o estudo das causas, o compromisso, o amor à causa pública, o respeito ao próximo e inteira dedicação aos que buscam para os seus

direitos doentes a cura da Justiça. Esteja certa Vossa Excelência que tem por seus méritos a admiração e a consideração dos seus pares. É uma alegria recebê-la como companheira de jornada. Vossa Excelência representa mais um motivo de orgulho para os Juízes de São Paulo e representa aqueles Magistrados que bem sabem que a investidura em cargo de tamanha elevação é para que, através dele, o bem comum seja semeado na sociedade.

Desejo muito sucesso e muita felicidade nesses novos tempos e nessa nova trajetória. Sinta-se abraçada por todos os presentes. E, lembrando uma expressão que a senhora referiu na sua fala, "a simplicidade", para Leonardo da Vinci, "é o último grau da sofisticação". Que seja muito feliz!

Declaro encerrada a sessão.

LUÍS SOARES DE MELLO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso por ocasião do Lançamento do Portal Memória do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 10.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Memória...

Me permito saudar todas as autoridades já anteriormente declinadas, com destaque especial

Sr. Presidente, Des Geraldo Francisco Pinheiro Franco.

Desª. Luciana Bresciani não só Coordenadora de nosso Museu, como grande incentivadora desse Portal que hoje lançamos oficialmente.

Sr. Prefeito Municipal Ricardo Nunes.

É uma alegria, por primeiro, fazer o registro de tantas e tamanhas autoridades presentes ao evento, o que dá conta certa da importância dele.

A mim me toca, no âmbito desta Colenda Corte e como Vice-Presidente do Tribunal, a feliz Presidência da Comissão Gestora de Arquivo, Memória e Gestão Documental, papel que tenho exercido com muita alegria, desde que assumi o cargo, porque particularmente sempre fui muito entusiasta das lembranças que fazem história, especialmente no âmbito institucional.

Pois estive a passear por este novo Portal digital durante todo este fim de semana, tão bem montado, deliciando-me com tudo o que lá encontrei, um verdadeiro arcabouço e registro magnífico da nossa honrada história do Poder Judiciário Bandeirante.

Acesso ao Sumário

É impressionante como cativa, como envolve o interessado e como o remete com tanta maestria e delicadeza a tantos momentos que esta Corte registrou, em muitíssimos deles dos quais participei, já que estou indo para longevos 42 anos de carreira.

Convido a todos, da área ou fora dela, a fazer esta visitação, e não tenho dúvida alguma que quaisquer que exerçam esse passeio, como antes referi, sejam ou não de nossa área, irão saborear cada clique que acionem em seus mouses, para conhecer nossas entranhas de história feliz e bem vivida.

Pois então hoje é dia de festa, para o lançamento desse Portal, exatamente no dia de comemoração do "Dia da Memória".

Que alegria.

Já disse anteriormente pela via escrita algumas palavras que saíram de minha alma, quando da instituição do Dia da Memória.

Oportuno que se evoquem algumas delas, especialmente para o dia de hoje.

Memória é o que se registra hoje em face daquilo que plantamos ontem, e hoje semeamos aquilo que será memória amanhã.

E a necessidade da lembrança remete exatamente ao quanto a conservação das ideias e ideais são necessárias à preservação da história.

Memória é história, que faz o passado, que faz o presente e que faz o futuro.

Com ela, cria-se uma verdadeira imortalidade, porque deixa vivos os padrões e referências de um passado que marcou e se transmite ao futuro, e estabelece vínculos com gerações que vem a frente, fazendo o elo entre o que foi e aquilo que será.

Com ela, alcançamos e podemos viver o ontem, o hoje e o amanhã. Sem lembranças do passado, há o vazio, a opacidade, não há vida.

Com elas, as memórias, alcançamos e podemos viver o ontem, o hoje e o amanhã.

Sem elas, perdemos a referência e não podemos divisar os caminhos que buscamos para uma vida futura.

A memória, portanto, é a origem de tudo, aquilo que cria a ordem da sequência, da visão antepassada, para se divisar a atual e a que virá.

A faculdade de lembrar, enfim, é a ação da vida, a raiz de tudo, a luz do antes, que se reflete para o depois.

Fazem-na viva os seres humanos e suas criações que se perpetuam, alcançando a tal imortalidade.

A importância da vida não teria tamanha dimensão, não fossem as memórias das experiências passadas.

Não há vida sem memória, e as recordações representam a origem da vida que se vive.

É uma estrada que tem começo e meio, mas não tem fim, porque com a memória a vida sempre continuará.

No campo institucional de nossa amada Corte, não haveria esse presente, não fossem os dados guardados, memorizados.

Enxerga-se-os aos quatro cantos, em todos os momentos e em todas as ações que praticamos, quer no interior materializado de nosso prédio, em seus portais, em seus corredores, janelas e adornos, quer nas emoções das pessoas que por aqui passaram, trabalharam e deixaram suas marcas, quer nos registros históricos dos julgados e decisões que aqui se proferiram.

Enfim, a memória é o arcabouço de tudo, da edificação da história que se vive, viveu e viverá.

E é por ela que cultuamos um passado que nos toca e molda nossas ações em busca de um bem comum e de ações que resguardem o futuro.

A importância de nossa existência, enfim, para as gerações futuras, reside exatamente nas ações que praticamos, porque elas serão a memória do amanhã.

Somos todos, enfim, os formadores da memória, como foram nossos antepassados. Hoje somos ação, amanhã seremos memória.

Que esta e todas as gerações futuras reverenciem o Poder Judiciário a partir do que nossos antepassados eternizaram nessa Corte, contribuindo para nela inscrever a história viva.

Uma linha final de homenagem ao Presidente José Renato Nalini, presente aqui hoje, para nossa alegria, que lá atrás, enquanto presidente da Corte, como lembrou o eminente Des.Ricardo Dip, agora há pouco, incentivou a Agenda 150 anos, nas homenagens aos grandes homens que fizeram nossa história, em nossa querida Corte.

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso por ocasião do Lançamento do Portal Memória do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 10.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

PORTAL MEMÓRIA TJSP

Há exato um ano estávamos a comemorar a publicação da Resolução 316/20, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu, no território nacional, em 10 de maio, o Dia da Memória do Poder Judiciário.

A data escolhida partiu de votação entre os profissionais e os especialistas das áreas relacionadas à Memória de Tribunais dos vários ramos da Justiça de quase todo o país e coincide com a criação, em 1808, da Casa da Suplicação do Brasil, que representa a independência judiciária do Brasil em relação a Portugal.

E - muito nos enche de orgulho - São Paulo, em muito, contribuiu para esse deslinde já que apresentou o projeto que deu início à Resolução 316/20. O Judiciário é formado de pessoas e ações e a imagem da Justiça é o reflexo das figuras humanas que a cultuam e refletem o amor ao à Justiça paulista.

Com os olhos voltados para o passado, mas com o olhar fixo no futuro, lançamos hoje o **Portal Memória - Tribunal de Justiça de São Paulo**, com informações, links e materiais relevantes para a preservação e consulta da história de quase 150 anos da Corte Bandeirante. É o retrato de um Judiciário que deu provas que funciona extraordinariamente bem, seja no trabalho presencial como de forma remota.

Nosso portal está à altura da história do Tribunal de Justiça paulista. Consolidarmos, em um só lugar, informações, fatos e dados sobre a trajetória do nosso Tribunal quase sesquicentenário, é trabalho difícil, mas que nos dá uma alegria e um orgulho imensos.

São muitos motivos para celebrar: esse novo portal, a exposição **Luiz Gama e o Judiciário paulista no século XIX** e a primeira fase do Projeto Memória da Magistratura. A exposição, elaborada pela Coordenadoria de Gestão Documental e Arquivos do Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Museu do Tribunal de Justiça, fala do jornalista, poeta, escritor e abolicionista brasileiro Luiz Gonzaga Pinto da Gama, que atuou de forma marcante no Judiciário paulista, no século XIX, em favor de pessoas escravizadas.

Acesso ao Sumário

Já o **Portal Memória** está dividido em 13 seções, cada uma repleta de ricos conteúdos. Vou deixar aos senhores o sabor de navegar em cada uma dessas seções. Com o novo Portal, o Tribunal de Justiça de São Paulo mostra a importância da preservação da Memória e da difusão do seu rico patrimônio cultural, que pertence a todos os cidadãos brasileiros, inclusive àqueles que, nos últimos dias, dedicaram se horas a fio à conclusão desse projeto. Foi do trabalho da Comissão Gestora de Arquivo, Memória e Gestão, presidida pelo Vice-Presidente da Corte, Desembargador Luís Soares de Mello; da equipe do Museu, coordenada pela Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani; do trabalho incansável do juiz Carlos Alexandre Böttcher; e da dedicação e empenho dos servidores de todas as Secretarias deste Tribunal, em especial os

da Secretaria da Presidência (SPr) e Secretaria de Tecnologia da Informação (STI).

Nosso Portal da Memória não é estático. A cada momento, com as nossas ações cotidianas, acrescentamos novas imagens ao Poder Judiciário de São Paulo. E extrapola, inclusive, o âmbito da Corte estadual, levando a história de São Paulo ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Aliás, tanto não é estático que o eminente ministro Sidnei Beneti irá apresentar a compilação de todos os textos de Aberturas dos Anos Judiciários da Corte desde os idos de 1960, preciosidade que nos trará particularidades de cada época e que encantará a todos.

Esse nosso Portal se confunde com a história da Corte Bandeirante. Vamos explorá-lo!

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de Abertura da Solenidade de Posse Administrativa da Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição (Sessão realizada em 20.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Boa tarde a todos. É uma alegria muito grande poder participar dessa solenidade. Bem-vindos à Sessão de Posse Administrativa da Juíza Lídia Maria Andrade Conceição. Eu inicialmente cumprimento os eminentes membros do Conselho Superior da Magistratura, Desembargadores Luís Soares de Mello, Vice-Presidente; Ricardo Mair Anafe, Corregedor-Geral da Justiça; Guilherme Gonçalves Strenger, Paulo Magalhães da Costa Coelho e Dimas Rubens Fonseca, Presidentes das Seções de Direito Criminal, Público e Privado. Cumprimento o eminente Diretor da Escola Paulista da Magistratura, Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez e, em especial, o eminente Presidente Sergio Augusto Nigro Conceição, que foi um dos paradigmas do Tribunal de Justiça e ascendeu à Presidência da Corte para honra de todos nós; e o Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro, que é um dos mais notáveis Colegas e Ministros dos Tribunais Superiores e que honrou o Tribunal de Justiça por longos e longos anos, é um prazer reencontrá-lo aqui.

Eu cumprimento a Juíza Lídia Conceição, natural de São Paulo. Sua Excelência foi Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Turma de 1986. Sua Excelência era ultimamente Juíza de Direito

Substituta em Segundo Grau e foi promovida por ato de maio de 2021 na vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador Nilo Cardoso Perpétuo, um dos grandes Juízes do Tribunal de São Paulo.

Eu cumprimento seus venerandos pais, Sergio Augusto Nigro Conceição, ex-Presidente da Corte, e senhora Maria Helena Tereza Andrade Conceição, um prazer e uma honra recebê-los; seus irmãos Fernando Augusto Andrade Conceição, que é Colega, Juiz de Direito da Comarca de Suzano.

Os Magistrados de carreira passam por inúmeros momentos de importância: a posse na carreira, o vitaliciamento, a primeira comarca como titular, a promoção à última entrância e, agora, o cargo máximo da Magistratura Bandeirante. É motivo de júbilo e comemoração, daí a importância da solenidade, que é realizada de longe, mas que permite nos aproximarmos uns dos outros pelo coração. E ela deixará marca indelével no coração de todos nós. Mais uma vez sejam todos bem-vindos a essa solenidade tão expressiva, marcante e feliz.

LÍDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO (Desembargadora)

Discurso por ocasião de sua Posse Administrativa como Desembargadora do Tribunal de Justiça (Sessão realizada em 20.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos às autoridades, familiares e amigos).

Essa é uma solenidade muito simples, mas, como começamos a ver agora, muito acolhedora. É maravilhoso ter a presença dos amigos. Em um momento como esse, gratidão é a única palavra na minha mente. Gratidão à Magistratura, a ser Juiz. Jamais imaginei que pudesse chegar até aqui, ao cargo de Desembargadora.

Acesso ao Sumário

Apesar de na minha família existirem outros Magistrados, não é regra que se chegasse ao final da carreira: meu avô Pompilio Conceição se aposentou como Juiz de Vara Cível e meu próprio pai, Sergio Augusto Nigro Conceição, que foi Presidente da Corte. Chegou a Desembargador, mas ele costumava dizer que foi um golpe de sorte que havia aumentado o número de assentos no Tribunal. Então, há 31 anos, quando tomei posse como Juíza Substituta da Circunscrição Judiciária de Sorocaba, a única coisa que realmente queria era ser Juíza - e, realmente, foi uma longa e bela viagem.

A Magistratura é algo que nos satisfaz e nos faz feliz. Ao longo desses anos todos, nos lugares por onde passei, trabalhei, convivi, entrei, penetrei na

casa das pessoas, na vida pessoas por meio de inúmeros processos que julguei. Aprendi a empatia, a lidar, a me colocar no lugar do outro para poder manter a minha imparcialidade. E assim amadureci na condição de Juíza, a partir das experiências que essa carreira maravilhosa me proporcionou. Aplicar a lei, análise de cada caso, é a sensibilidade que se adquire ao longo de todos esses anos - porque não medir, ao longo dessas décadas em que exerci a Magistratura em tantas Comarcas. De Sorocaba, onde fui substituta; Miracatu, que foi minha primeira entrância; Franco da Rocha, de onde ainda tenho saudade; e Auxiliar da Capital, onde trabalhei no Criminal, no Palácio Mauá, fiz tantos amigos que ainda guardo no coração cada um deles. E acabei judicando na 5ª Vara da Família e Sucessões de Santo Amaro, como Juíza Titular, onde aprendi a vivenciar os dramas das pessoas, a compreender e me tornar uma Juíza melhor, com maior sensibilidade para lidar com os desafios.

E quantos desafios tivemos nesse ano e meio que estamos aqui em plena pandemia, trabalho 100% remoto e que o Judiciário pôde se reinventar, assim como nós Juízes nos reinventamos ao longo dos 30 anos, desde que começamos na máquina de escrever - que acho que nem existe mais -, e acompanhamos cada mudança dos computadores, até entrarmos nessa tecnologia tão pujante que nos assusta. Mas, nós tivermos a humildade de aprender a lidar com tudo isso.

E é com essa mesma humildade que agora me coloco à disposição de um novo trabalho como Desembargadora do Tribunal de Justiça para colaborar naquilo que for possível, para derrubar pilhas e para trabalho, um trabalho de qualidade, com velocidade - como se exige cada vez mais de nós do Judiciário, que estamos sempre sendo cobrados para realizar o possível e o impossível, além das nossas forças.

Mas, ao contrário do que se acha, não é uma carreira de tristeza ou de isolamento, é uma carreira de muita felicidade, porque compartilhamos alegrias, compartilhamos realizações, compartilhamos as boas soluções que muitas vezes encontramos nos nossos processos e trazemos para nossa vida e somos capazes de dividir.

Sou muito grata a cada uma das pessoas que me ajudou pelo caminho. Amigos tive dentro da carreira e por eles tenho gratidão. Alguns amigos não tiveram a oportunidade de estar aqui nesse momento e gostaria de aplaudir meu querido amigo José Henrique Fortes Muniz Júnior, que eu não consigo deixar de lembrar nesse momento.

Gratidão imensa às pessoas que passaram pela minha vida. João Carlos Calmon Ribeiro, com quem dividi a Vara da Família; querida Rose, minha Diretora, eficiente cartório na época, reconhecidamente exemplar. As minhas amigas queridas que me acompanham na Magistratura Maria Cristina Cotrofe Biasi, irmã de alma; Maria Olívia Alves, minha amiga, estamos cada vez mais

Acesso ao Sumário

próximas; o Paulo Moura, querido e há tantas outras amigas, a Flora que me acompanha desde a faculdade, só tenho gratidão a todas. Gostaria de agradecer a todas e endereçar um abraço muito especial àquela amiga que não é da Magistratura, que é da vida. Fui madrinha de casamento, estudamos juntas desde o colégio, sentávamos no cursinho juntas, na faculdade, e nos reencontramos para trabalhar juntas no Direito Privado, a Desembargadora Ana Lucia Romanhole Martucci, que, para mim, é um modelo de trabalho, de dedicação e de esforço. Te quero muito bem, querida Ana Lúcia.

Não poderia encerrar antes de falar e agradecer aos meus funcionários tão queridos, ao Jefferson Berigo, Rafael, Maria Luiza - que passou até por um problema de saúde gravíssimo na pandemia, se recuperou e voltou, guerreira, para trabalhar conosco -, a Aline, a Ana Paula e a Daniela. Sem eles hoje eu não estaria aqui. Muito obrigada.

Gostaria de agradecer, ainda, àqueles que me acolheram quando cheguei à 12ª Câmara na pessoa do José Jacob Valente, Desembargador que me acolheu, que me conhecia. A todos eles a minha gratidão.

Especialmente gostaria de expressar minha gratidão aos meus pais. Pelas orientações que eles me deram nos primeiros momentos da minha vida, pela paciência e pelo amor que dedicaram para vencer as minhas dificuldades. Toda a dedicação deles eu retribuo com meu imenso amor. Aos meus irmãos Sílvia, Sérgio e Fernando, minhas cunhadas Ana e Daniela e meu sobrinhos Beatriz, Henrique, Sofia e Laura, minha gratidão por fazerem parte da minha jornada existencial. Sou muito, muito grata a todos vocês.

Por fim, esse trabalho é desafiador, mas é um trabalho que vale muito, muito, muito a pena e que me faz muito feliz. E eu lembro das palavras do poeta alemão Rainer Maria Rilke que diz: "se seu dia a dia lhe parecer pobre, não acuse a pobreza, acuse-se a si mesmo". Gratidão pela riqueza de trabalho, aprendizado e crescimento que a Magistratura, nesses 31 anos, me proporcionou e que sei ainda me proporcionará.

Acesso ao Sumário

DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente da Seção de Direito Privado)

Discurso por ocasião da Posse Administrativa da Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição (Sessão realizada em 20.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Boa tarde, Senhor Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco, na

pessoa de quem cumprimento os demais participantes dessa solenidade.

É sempre uma alegria ver uma colega que chega como Desembargadora. A alegria, a emoção, a força da Lídia ao falar sobre a profissão e sobre a carreira... Isso nos garante uma certeza, Desembargadora Lídia, que o sucesso vai continuar além da Câmara Especial na qual trabalhamos juntos, na qual pude ver, ao aferir os seus votos brilhantes, a sua força, a sua firmeza. Então é com muito orgulho que a recebemos no Direito Privado e qualquer que fosse a Seção que Vossa Excelência tivesse escolhido, estaria muito bem.

Tenho certeza de que será feliz na Seção de Direito Privado e pode sempre contar com o que for necessário, o que estiver ao alcance da Seção de Direito Privado. Fico muito feliz com isso, fico muito feliz em vê-la assim emocionada e forte. É uma grandeza, é uma coisa que nos alegra. E sabendo da sua qualidade profissional, da sua capacidade, fico duplamente feliz, Lídia, pela sua ida para o Privado e pela sua alegria, falando e se comportando de forma natural, de forma espontânea.

Desejo que continue a brilhar no nosso Tribunal de Justiça. Espero realmente que dê tudo certo - e vai dar. Fique sempre à vontade para o que for necessário. E muito obrigado por essa escolha. Fico muito feliz com isso.

Muito obrigado.

PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO (Presidente da Seção de Direito Público)

Discurso por ocasião da Posse Administrativa da Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição (Sessão realizada em 20.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Desembargadora Lídia, vou falar algumas palavras muito rapidamente, mas não poderia deixar de fazê-lo. Conheci a agora Desembargadora Lídia tardiamente, quando tomei assento na Câmara Especial, por força da Presidência da Seção de Direito Público. Fizemos pouquíssimas sessões presenciais, acho que duas ou três, e desde então só nós vimos virtualmente. Mas, sempre me impressionei muito com a sua pessoa. A sua maneira afável, a maneira simples com que tratou a todos, essa humildade, essa maneira de se relacionar com seus colegas de Câmara. Também os seus votos de extrema clareza e, ao mesmo tempo, com uma preocupação de explicitar as razões pelas quais decidia de uma maneira ou de outra maneira. Tudo isso que estou dizendo, essa personalidade

a que me referi, transpareceu agora, quando você - permita-me falar assim de maneira mais informal, que é também o meu estilo de ser - falou um pouco da carreira, falou um pouco da vida e falou dos amigos.

E eu me emociono com isso porque, basicamente, a vida é isso: aquilo que vale a pena realmente na vida é aquilo que você abordou de maneira tão singela, tão simples, tão afável. Então, essas palavras eu deixo para você, e tenho que frustrar o meu amigo Dimas, porque as tentativas não cessarão, pelo contrário, elas vão continuar. Acho que valeria a pena. Você nunca passou pelo Direito Público, não iria se arrepender.

Seja feliz. Obrigado.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER (Presidente da Seção de Direito Criminal)

Discurso por ocasião da Posse Administrativa da Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição (Sessão realizada em 20.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Senhor Presidente, meu amigo Geraldo Francisco Pinheiro Franco, na pessoa de quem cumprimento todos os demais presentes, membros do Conselho Superior da Magistratura, queridas Desembargadoras, Desembargadores, Juízas, Juízes, funcionárias e funcionários.

Presidente, tenho certeza de que o Tribunal hoje está em festa, porque só o fato desse comparecimento maciço de colegas já demonstra a importância da Desembargadora Lídia no contexto do nosso Tribunal. Eu, da mesma forma que o Desembargador Paulo Magalhães, nunca havia trabalhado com a Desembargadora Lídia e foi para mim, realmente, um imenso prazer porque a seriedade, a qualidade dos seus votos e, como disse Paulo Magalhães, a simplicidade com que ela cuida das coisas me impressionou profundamente.

Acesso ao Sumário

Fico feliz porque o Tribunal vai continuar a contar com o seu talento e saber jurídico incomparáveis. Tenho certeza de que nessa nova etapa da vida a Desembargadora Lídia está mais forte, muito mais madura, experiente e mais resiliente.

Ela é extremamente respeitada e vejo isso principalmente pelos Colegas de Câmaras que estavam com vaga e que me disseram: “Olha, se a Lídia vier para a nossa Câmara será algo excepcional”. Fiquei realmente impressionado, porque todos querem a Lídia nas suas Seções, seja de Privado, Público ou

Criminal. Obviamente, a escolha dela foi muito bem pensada, madura e, mesmo sendo da Seção Criminal, nós temos que respeitar. Infelizmente, não pude ter o privilégio de tê-la como integrante da Seção Criminal, mas como já disse a ela, as portas estarão sempre abertas.

De coração, quero desejar a você, Lídia, que seja muito feliz, porque realmente é um ser humano especial e, embora nós tenhamos tido uma convivência presencial curta, mesmo assim, pela sua comunicação, pela sua forma de enfrentar os casos, sempre estudando, sempre sabendo aquilo que estava sendo julgado com muita meticulosidade, eu realmente virei um admirador. Já sabia das suas qualidades, mas não havia ainda convivido com você. Então desejo que seja muito feliz. Cumprimento especialmente o Desembargador Nigro Conceição, evidentemente, porque se os filhos são assim, também é pela educação que recebem em casa e por esse motivo é que os pais merecem cumprimentos efusivos. É o que eu tinha a dizer.

Muito obrigado.

PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO (Ministro do Superior Tribunal de Justiça)

Discurso por ocasião da Posse Administrativa da Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição (Sessão realizada em 20.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos magistrados).

Hoje é um dia de alegria, um dia de festa, um dia de emoção. Vim aqui, ao lado de minha esposa Maria Olívia Alves, para dizer: "Seja muito bem-vinda ao Tribunal. O Tribunal de Justiça de São Paulo está feliz em poder abraçá-la e recebê-la". Eu me formei aí e sei o quanto é importante ter passado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. As pessoas e os Desembargadores que ocupam essa Casa maravilhosa de saber e, mais que isso, de saber e de alegria, de julgar com felicidade, de saber que está cumprindo seu dever.

E você, Lídia, não poderia tomar posse em um mês mais bonito, mês de maio, mês das mães, mês em que se comemora o Dia de Nossa Senhora de Fátima. É, portanto, uma data que vai ficar no coração de todos nós e principalmente no seu.

Mas também vim aqui, com o coração muito aberto, para fazer uma saudação muito especial ao Presidente Nigro Conceição, com quem tive a honra

de trabalhar na Câmara Especial. Seus ensinamentos foram inesquecíveis. E, não só na Câmara, mas no dia a dia. O jeito com que tratava as pessoas, o jeito feliz, alegre, o jeito cordial, o jeito solidário, mais que isso, fraterno, com que ele tratava as pessoas.

Então, seja mais uma vez extremamente bem-vinda, em meu nome e em nome de minha esposa. Nós a aplaudimos de pé e de coração muito largo.

Parabéns, Lídia.

RICARDO MAIR ANAFE (Corregedor Geral da Justiça)

Discurso por ocasião da Posse Administrativa da Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição (Sessão realizada em 20.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos presentes).

Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição, é um prazer imenso ter a oportunidade de apresentar-lhe minhas homenagens, porque tive a honra de trabalhar com a Senhora na Colenda Câmara Especial, quando eu era, à época, Presidente da Seção de Direito Público e o nosso atual Presidente era o Presidente da Seção de Direito Criminal. Aliás, essa era a Turma Julgadora. A Senhora era a Relatora, o Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco era o revisor e eu era o terceiro Juiz. Era exatamente essa a Turma Julgadora. E era uma Turma Julgadora que não tinha grandes problemas, era uma Turma Julgadora muito tranquila, era uma Relatora que dava tranquilidade e tinha humildade de se colocar, de se fazer ouvi. Ou seja, é tudo uma arte que a Lídia bem conhece. Ela sabe ouvir e sabe se colocar muitíssimo bem. Ela transmite a ideia e ela convence em relação à ideia.

Acesso ao Sumário

O número de magistrados presentes demonstra o quanto você, Lídia, é respeitada e o quanto você é querida. São duas coisas muito importantes. Uma do lado profissional e a outra do lado pessoal. Uma massageia o ego profissional e a outra, mais importante, massageia a alma. A alma é muito mais importante do que o nosso ego como Juiz. Você tem essas qualidades e eu a convidei na época, antes de o Presidente Dimas falar da Seção de Direito Privado, de o Presidente Guilherme falar da Seção de Direito Criminal, ou de o Presidente Paulo Magalhães falar da Seção de Direito Público Eu a havia convidado para ir para a Seção de Direito Público, quando era Presidente, porque a senhora é uma profissional fantástica. Então, como profissional, rendo as minhas

homenagens à Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição. Como amigo, seja muitíssimo feliz nessa nova jornada. Nós, que fomos pinguins e chegamos a Desembargador parece que não muda muito. Mas, realmente muda, é uma nova jornada e é uma jornada que a cada dia vale mais a pena.

LUÍS SOARES DE MELLO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso por ocasião da Posse Administrativa da Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição (Sessão realizada em 20.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos presentes).

Hoje falarei de improviso e também de coração. Hoje eis que eu abro a minha tela do computador, na plataforma Teams, e sou surpreendido por muitas mulheres na tela, todas com a característica própria do protagonismo que assumem hoje. Eu sempre digo que sou do último concurso, afortunadamente, em que nenhuma mulher foi admitida. A partir do concurso seguinte, e que aqui estão dois representantes, o próprio Presidente do Tribunal e o Presidente da Seção Criminal, começaram afortunadamente a trazer as mulheres e elas estão fazendo história na carreira. História para a qual todos os homens tiram o chapéu, se ainda o usássemos, para fazer reverência a essas mulheres.

No caso específico do dia de hoje, da posse da querida Lídia, e falo não só como Vice-Presidente, mas como integrante da Câmara Especial, é um misto de um pouco de tristeza e muita alegria. Evidentemente, a alegria supera a tristeza. Mas, tristeza na medida em que perderemos a Lídia nestes últimos oito meses de mandato. A Lídia é uma pessoa de convivência fácil, muito doce, é uma Juíza de qualidade invulgar, atenta, dedicada e delicada; sensível em tudo, especialmente competente e firme em todos os seus votos. É uma Magistrada de excelente berço. Por aí se vê que é uma família de juristas, uma família que só traz alegria para nós. Então, Lídia, quero dizer que nós sentiremos muita a sua falta na Câmara Especial.

É claro que continuaremos colegas e você, Lídia, irá brilhar em qualquer lugar que passe. Você será competente e mostrará o seu viés de Juíza, o seu viés de Magistrada independente e competente em qualquer lugar onde trabalhe - seja no Privado, seja no Público ou seja no Criminal.

Então, bem-vinda ao quadro maior do Tribunal de Justiça, ao qual todos nós temos o orgulho de pertencer. Muita alegria em seu sucesso, e seu sucesso

Acesso ao Sumário

será enxergado por nós sempre. É uma tristeza perdê-la a partir da próxima sessão da Câmara Especial, mas, ao mesmo tempo, é uma alegria sabê-la conosco sempre. Parabéns! E eu aplaudo todas as mulheres da Magistratura, que encantam e dão a nós a segurança de que a Magistratura sem as mulheres não funciona. Parabéns a todos.

Muito obrigado Lídia, muito obrigado a todos.

SÉRGIO AUGUSTO NIGRO CONCEIÇÃO (Ex-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso por ocasião da Posse Administrativa da Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição (Sessão realizada em 20.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Eminente Presidente, Membros lustres do Conselho, Senhores Desembargadores e, evidentemente, Senhoras Desembargadoras.

Eu fiquei muito feliz em poder assistir à posse de minha filha nesse Tribunal. Deus me deu essa graça imensa de poder assistir a essa posse. Quando eu assumi no Tribunal meu pai assistiu à posse - e hoje é meu dia de assistir à posse da minha filha.

Fico muito grato por esse momento e agradeço a todos os senhores pela gentileza e pelas palavras que eu ouvi a respeito de minha filha. Muito agradecido.

Acesso ao Sumário

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento da Posse Administrativa da Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição (Sessão realizada em 20.05.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Boa tarde, mais uma vez. Obrigado pela delicadeza da presença de cada um. Inicialmente, eu queria dizer da oração linda que nós ouvimos da Desembargadora Lídia Conceição. Uma oração da alma, uma oração do coração,

que nos mostra a sensibilidade que um Juiz deve ter. Que nos mostra o talento, que nos mostra o bom senso e o compromisso de uma notável Magistrada, sempre com os olhos no cidadão, sempre com os olhos naquele que necessita da nossa atividade. Meus parabéns! Fiquei emocionado com a sua profissão de fé ao tomar posse no cargo de Desembargadora.

A Magistrada Lídia Maria Andrade Conceição, que ora recebe as insígnias de Desembargadora, insere-se na mais alta linhagem familiar de Magistrados paulistas. Seu pai engrandeceu de tal maneira o Tribunal de Justiça de São Paulo que foi consagrado Presidente desta quase sesquicentenária Corte de Justiça. Um homem bom e compromissado, seus exemplos estão presentes para toda uma geração de Juízes; e é uma alegria poder revê-lo, ainda que a distância. E sei bem, porque ouvi do meu pai o sentimento de felicidade que é poder assistir à posse de um filho. Meu pai pôde assistir à minha posse no extinto Tribunal de Alçada Criminal e foi um momento, para ele e para mim, de inesquecível alegria, de um inesquecível sentimento de amor.

O Tribunal de Justiça de São Paulo está sempre se renovando: os valores novos vêm preencher as lacunas existentes. Essa renovação não é apenas uma exigência natural, como tenho sempre dito, mas absolutamente necessária e desejada, porque representa a mensagem dos novos tempos, da vida em contínua transformação, o rejuvenescimento imprescindível à renovação do direito.

Em nome do Tribunal de Justiça saúdo a Desembargadora Lídia Maria Andrade Conceição, nome já consagrado como Juíza de fina estirpe, intelectual e moral, e de quem tudo esperam as tradições da Corte, que são o sacrifício, o trabalho, o amor, o compromisso, o olhar à causa pública e a inteira dedicação aos que buscam para os seus direitos doentes a cura da Justiça.

Esteja certa Vossa Excelência que tem, por seus méritos, a admiração e o respeito de seus pares. É uma alegria recebê-la como companheira de jornada. Vossa Excelência é um dos motivos de orgulho para os juízes de São Paulo. Desejo sucesso e muita felicidade nesses novos tempos e nessa nova trajetória. Sinta-se abraçada por todos os presentes e por todos os seus jurisdicionados.

Muito obrigado, agradeço de coração a delicadeza de me ouvirem e declaro encerrada a solenidade.

WALTER ROCHA BARONE (Desembargador e Presidente da Comissão Preparatória da Páscoa da Família Forense)

Discurso proferido em nome do TJSP durante a celebração da 68ª Páscoa da Família Forense (Missa realizada na Catedral da Sé, em 23.05.2021).

Acesso ao Sumário

Bom dia a todos e a todas.

Com muita honra e gratidão, recebi a designação de S. Exa. o Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, D. Presidente do Tribunal de Justiça, para representá-lo nesta data e, em seu nome, transmito a D. Odilo Scherer, Cardeal Arcebispo de São Paulo, os mais respeitosos cumprimentos da Corte Bandeirante, bem como nossos agradecimentos pelo apoio e atenção que S. Eminência Reverendíssima sempre concede à celebração da Páscoa da Família Forense.

Quero saudar também os todos os membros do Poder Judiciário de São Paulo na pessoa de seu Presidente, o Des. Pinheiro Franco, bem como nossos funcionários e funcionárias, os representantes do Ministério Público, membros da classe da Advocacia, da Procuradoria e da Defensoria Pública, e demais autoridades que nos seguem nesta transmissão.

Por fim, gostaria de cumprimentar os membros da Comissão Preparatória da 68ª Páscoa da Família Forense, bem como nossa equipe de funcionários, agradecendo-lhes pelo empenho e colaboração dedicados a esta celebração especial, e o faço na pessoa do Des. Munhoz Soares, que se constitui em uma referência e um norte para todos nós da Comissão.

A celebração da Páscoa Forense teve início em 1952 e nunca havia sido interrompida até que no ano passado, em virtude do início da pandemia da Covid-19, a sua realização restou inviabilizada.

Neste ano, porém, com a graça de Deus, pudemos retomar nossa tradicional celebração e é com muita alegria que o fazemos hoje.

A pandemia nos impôs grandes desafios e incertezas. O Poder Judiciário teve que se reinventar para que pudesse continuar cumprindo sua missão de distribuir Justiça mesmo durante os períodos de *lockdown* e tivemos êxito nessa empreitada em virtude da colaboração de todos, mas, especialmente, pelo comando firme, destemido e, ao mesmo tempo sereno, de nosso Presidente Des. Pinheiro Franco, bem como dos demais membros do Conselho Superior da Magistratura, que em tempo recorde aparelharam o Judiciário de São Paulo para que pudéssemos realizar nosso trabalho 100% on-line, permitindo que a Justiça de nosso Estado não interrompesse suas atividades nem um só dia e, assim, não deixasse ao desabrigo aqueles que mais precisam.

Acesso ao Sumário

Tem sido um período de provação para toda a população e não é diferente no seio da Família Forense. Vários colegas e funcionários adoeceram pela Covid. Muitos se recuperaram pela misericórdia de Deus, mas outros partiram, deixando-nos a saudade do convívio.

É justamente nestes tempos de tantas dificuldades que se mostra ainda mais significativa esta celebração da Páscoa, que representa a comunhão profunda com o Senhor.

Neste domingo em que se celebra Pentecostes, invoquemos, pois, o

Espírito Santo, o Espírito da Verdade, para que seja sempre fonte de luz em nossos caminhos.

Antes de terminar, gostaria de fazer uma singela homenagem à memória do Desembargador Carlos Nunes, um permanente colaborador da Páscoa da Família Forense, que partiu para a morada eterna. Nas últimas conversas que tivemos, já durante sua enfermidade, havíamos programado que ele estaria conosco na próxima celebração da nossa Páscoa. Os desígnios de Deus não permitiram que esse plano se concretizasse, mas tenho certeza de que neste momento nosso amigo está nos contemplando lá do alto com seu sorriso largo de sempre. Fique em paz, Carlos!

Muito obrigado.

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da entrega do novo prédio da Comarca de Rio Claro (Cerimônia realizada em 18.06.2021).

Boa tarde a todos.

Para ser-me breve, seja para não os cansar, seja por conta de passarmos por este momento tão delicado da pandemia, que nos leva a mantermos o máximo possível de isolamento social, peço licença para cumprimentar a todas e a todos presentes e todas as autoridades, na pessoa de Sua Excelência o Senhor Vice-Governador Rodrigo Garcia, pessoa para com a qual mantenho forte estima, por tudo que faz por nós e pelo nosso Tribunal de Justiça de São Paulo.

É com grande alegria e satisfação que nesta tarde recebemos o tão sonhado prédio do Fórum da Comarca de Rio Claro.

Quero publicamente enaltecer e louvar os esforços e a dedicação empreendidos por todas as autoridades que contribuíram para esta realidade, antecessoras e atuais, e que possibilitaram a celebração desta obra do novo prédio do Fórum.

A inauguração deste espaço dignifica e consolida a importância do Poder Judiciário para a sociedade, em especial da cidade de Rio Claro, e representa mais um exemplo concreto da preocupação do Tribunal de Justiça em viabilizar melhorias na sua estrutura administrativa, operacional e pessoal, propiciando as melhores condições possíveis para o pleno e satisfatório exercício da função jurisdicional estatal.

Acesso ao Sumário

Era patente, não obstante os esforços do Poder Municipal, do Poder Estadual e do Tribunal de Justiça de São Paulo, que a estrutura física então existente, inclusive já várias vezes ampliada, com locações e adaptações para acolher o Judiciário local, já se mostrava acanhada e com o passar do tempo tornou-se insuficiente, inclusive como decorrência do próprio desenvolvimento econômico desta pujante Comarca.

Era urgente, portanto, uma nova sede do Poder Judiciário.

E o Executivo Municipal, assim como o Executivo Estadual, ambos apoiados por suas respectivas Casas de Lei, assim como as Presidências do Tribunal de Justiça que a esta antecederam, foram sensíveis a essa questão e o novo prédio é agora uma realidade merecedora dos mais sinceros elogios.

Vale destacar que o 1º Convênio para tal foi firmado entre a Prefeitura Municipal de Rio Claro e a Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, em Julho de 2008, tendo a obra se iniciado em Junho de 2010, vindo a ser paralisada em 2013, mas retomada em 2017, cujo custo total da obra resultou no dispêndio de R$ 11.361.975,79, sendo 80% de recursos do Estado e 20% de recurso do Município.

Este magnífico prédio agora poderá abrigar 5 Varas, mais o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Banco e outros, tendo um total de área construída de 4.600,00 m2.

Que nesta inauguração, portanto, essa obra possa simbolizar um marco de renovação em nossos ânimos.

Instalações dignas, modernas e adequadas, proporcionará a todos, em especial aos Juízes, Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Advogados, Procuradores, Servidores e a todos os jurisdicionados plenas condições para que possa se realizar a melhor Justiça.

Este edifício servirá como verdadeira casa de abrigo para os cidadãos desta tão bonita cidade, às suas legítimas pretensões e, certamente, representará na prática uma melhoria significativa da prestação jurisdicional.

Acesso ao Sumário

E nesse momento de felicidade e de comemoração pela inauguração deste prédio, abre- se oportunidade para prestar uma justa, sincera e necessária homenagem à memória do Ilustre Juiz Luiz Gonzaga de Arruda Campos, Magistrado que aqui militou por muitos anos, que sempre glorificou a Magistratura Bandeirante.

E que deixou legados importantes, dentre eles, seu filho o Magistrado Pedro Ivo de Arruda Campos, hoje aposentado, mas que assim como seu pai, sempre exerceu a Judicatura com muita honra e louvor.

Desse modo, muitíssima oportuna essa homenagem.

Sua lembrança, seu exemplo de amor ao próximo, nos traz significativos

ensinamentos.

Assim é a vida, cuja lógica nunca nos é exposta integralmente, mas que reside sobremaneira na efemeridade e na necessária inconstância.

Por isso sempre transitamos entre ganhos e perdas, felicidades e lágrimas, sucessos e crises.

Não há dor eterna e nem felicidade absoluta, mas constante aprendizado e fé.

Assim sendo, que Deus ilumine nossos caminhos e abençoe os caminhos daqueles que aqui pisarão a partir de hoje.

A todas e a todos, minhas sinceras congratulações e meu muito obrigado.

Acesso ao Sumário