REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 46 – ANO 8

JULHO E AGOSTO 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 24
c) Agravos Internos 71
d) Apelações 78
e) Embargos de Declaração 366

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 382
b) Agravos Internos 442
c) Apelações 444
d) Apelações/Remessas Necessárias 551
e) Embargos de Declaração 558
f) Remessas Necessárias 562

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 571
b) Apelações 608
c) Correições Parciais 704
d) Desaforamentos de Julgamento 719
e) Embargos Infringentes e de Nulidade 722
f) *Habeas Corpus* 729
g) Mandados de Segurança 754
h) Recursos em Sentido Estrito 757
i) Remessas Necessárias 769
j) Revisões Criminais 774

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 798
b) Agravos Internos 893
c) Conflitos de Competência 896
d) *Habeas Data* 931
e) Mandados de Segurança 934

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 941
b) Apelações/Remessas Necessárias 972
c) Conflitos de Competência 983

5- Câmara Especial de Presidentes 993
6- Conselho Superior da Magistratura 1021
7- Noticiário 1032

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. 46, jul./ago. 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
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
LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
ELCIO TRUJILLO

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***I
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
Desembargador DURVAL AUGUSTO REZENDE FILHO**
Desembargador ENÉAS COSTA GARCIA**

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

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS***
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
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***

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 MAURÍCIO PESSOA
Desembargador José Carlos COSTA NETTO
Desembargadora ANA MARIA ALONSO BALDY**
Desembargador MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES**
Desembargadora MARIA DO CARMO HONORIO**
Desembargador ADEMIR MODESTO**
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 FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR
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**
Desembargador BENEDITO ANTONIO OKUNO**
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

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

13ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 4ª feira — 9:00 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 LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO**

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

15ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 10:00 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

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 NUNCIO THEOPHILO 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***
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

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 — 13:00 horas — PJ)

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO***
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
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 — 13:00 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 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
Desembargador RODOLFO CESAR MILANO**

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***

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

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

Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT***
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador LUÍS ROBERTO REUTER TORRO
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**
Desembargadora ÂNGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO**

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**
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO*

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
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO*

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

Desembargador RUY COPPOLA
Desembargador KIOITSI CHICUTA***
Desembargador Luís FERNANDO NISHI
Desembargadora MARY GRÜN
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 — 13:30 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 Fernando MELO BUENO Filho***
Desembargador Antonio Carlos MORAIS PUCCI
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
Desembargador Samuel Francisco MOURÃO NETO
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA

36ª Câmara de Direito Privado (sala 601 — 5ª feira — 9:00 horas — PJ)

Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador PEDRO Luiz BACCARAT da Silva
Desembargador WALTER CESAR Incontri EXNER***
Desembargador MILTON Paulo de CARVALHO Filho
Desembargadora LIDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO

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
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

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

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 — 14:00 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

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
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO**

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 — 14:00 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 EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
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 AFONSO CELSO DA SILVA**
Desembargador MARCO AURÉLIO PELEGRINI DE OLIVEIRA**
Desembargador FRANCISCO CARLOS INOUYE SHINTATE**

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 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
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 2047192-94.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor MARCELO EPIFANIO RODRIGUES PASSOS, são réus GBA AGRICULTURA E PECUÁRIA LTDA. e VALDIR FIGUEIREDO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a presente ação rescisória. V.U." de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33557)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente), HERALDO DE OLIVEIRA, FRANCISCO GIAQUINTO, NELSON JORGE JÚNIOR, LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, PENNA MACHADO e CAUDURO PADIN.

São Paulo, 2 de julho de 2021.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - HONORÁRIOS RECURSAIS - VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - Pretensão do autor de rescindir o venerando acórdão, que fixou honorários recursais - Alegada violação do disposto no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil - Procedência - Hipótese em que os honorários advocatícios não foram arbitrados pela respeitável sentença homologatória, de modo que, com o desprovimento do recurso de apelação, não era possível a majoração dos honorários advocatícios (honorários recursais), antes não fixados - AÇÃO RESCISÓRIA QUE DEVE SER JULGADA PROCEDENTE - Acórdão mantido, todavia, sem a fixação dos honorários recursais.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação rescisória proposta contra o v. acórdão proferido pela Colenda 14ª Câmara de Direito Privado, Processo n. 014663-18.2018.8.26.0100 (fls. 231-237), que, ao negar provimento ao recurso de apelação do aqui autor, fixou honorários advocatícios recursais para os recorridos, com fundamento no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil (fls. 237).

Sustenta o autor, em apertada síntese, que não foram arbitrados honorários advocatícios pela respeitável sentença proferida em primeiro grau, de modo que, com o desprovimento do recurso de apelação, não era possível a fixação de honorários recursais, o que viola expressamente o disposto pelo artigo 85, parágrafo 11º, do CPC.

Citado, o réu Valdir Figueiredo da Silva arguiu falta de interesse de agir do autor, pois não houve a alegada violação de norma jurídica; mesmo porque, embora não arbitrados os honorários advocatícios em primeiro grau, teve que contrarrazoar o recurso de apelação, fazendo jus, por isso, a verba honorária (fls. 270-274).

Pediu a condenação do autor como litigante de má-fé.

Após o julgamento pelo v. acórdão de fls. 310-314, foi suscitado pela corré GBA Agricultura e Pecuária Ltda. que não teria havido a sua citação, de modo que o venerando acórdão deveria ser declarado nulo (fls. 323-329).

Conforme decisão de fls. 385-390, o v. acórdão foi anulado, abrindo-se novo prazo de citação para a ré GBA.

Apresentada a contestação, alegou a ré GBA, em apertada síntese, que "*Ao apresentar Recurso de Apelação nos autos de Cumprimento de Sentença do qual sequer era parte o ora Requerente Marcelo Epifânio Rodrigues Passos, que se quer figurava como parte naqueles autos, fez com que a os patronos da ora Requerida GBA Agricultura tivessem que dar continuidade a demanda, a qual já encontrava-se em vias de ser extinta, devido ao acordo firmado. Diante desse trabalho adicional e inesperado e tendo demonstrado que o Apelante Marcelo Epifânio Rodrigues Passos não logrou êxito em comprovar nenhum tipo de nulidade da sentença ou mesmo que, faria jus ao recebimento de qualquer tipo de honorário, quanto menos àqueles discutidos nos autos do Cumprimento de Sentença nº 0014663-18.2018.8.26.0100 o Tribunal acertadamente negou provimento ao Recurso de Apelação e fixou verba honorária em favor dos patronos dos apelados, o que se deu em total legalidade*" (fls. 395-396).

Verifica-se que não há necessidade da produção de outras provas, pois a discussão é exclusivamente de direito.

Cabível, assim, o julgamento antecipado do mérito (CPC, arts.970 art.355, I), o que se passa a fazer.

A preliminar arguida pelo réu de falta de interesse de agir não é tecnica-

Acesso ao Sumário

mente "questão preliminar", mas matéria atinente ao mérito, a seguir apreciada.

O pedido rescisório, formulado com fundamento no art.966, inciso V, do Código de Processo Civil, deve ser julgado procedente.

De fato, prevê o artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil:

> "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" (destacamos).

No presente caso, a r. sentença homologatória de acordo não fixou honorários advocatícios (fls. 225), de modo que não poderiam ser fixados honorários recursais, como constou do venerando acórdão proferido pela Egrégia 14ª. Câmara de Direito Privado nos autos do Processo de n. 014663-18.2018.8.26.0100 (fls. 237: "*fixando verba honorária recursal aos apelados no valor de R$500,00 para cada um, corrigido a partir desta decisão, nos termos do artigo 85, §11, do CPC*"); não havendo o quê ser majorado.

Em que pesem os esforços argumentativos da ré GBA, não há previsão legal para a fixação de honorários advocatícios recursais para seus patronos, uma vez que, como já ressaltado acima, em grau de recurso somente é possível a *majoração* dos honorários advocatícios fixados anteriormente por sentença.

Dessa forma, o pedido rescisório deve ser julgado procedente, uma vez que, de fato, o venerando acórdão violou manifestamente a norma jurídica contida no parágrafo 11º, do art. 85, do Código de Processo Civil, devendo ser proferido novo julgamento (CPC, art.974).

E, conforme acima exposto, o acórdão rescindendo deve ser mantido integralmente, com o afastamento apenas da condenação ao pagamento de honorários advocatícios recursais.

Diante do exposto, **em juízo rescindente, julga-se procedente** a presente ação rescisória para reconhecer a manifesta violação ao disposto no art.85, §11, do CPC (CPC, art. 966, inciso V); e, **em juízo rescisório**, afasta-se a condenação do autor ao pagamento dos honorários recursais, mantido, no mais, o venerando acórdão de fls. 232-237.

Vencidos, arcarão os réus com o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, ora fixados em R$ 1.000,00 (CPC, art.85, §8º).

Oportunamente, restitua-se o depósito a que se refere o inciso II, do art. 968 do Código de Processo Civil (CPC, art. 974).

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2121096-16.2021.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante TACE IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA., é agravado ZIM INTEGRATED SHIPPING SERVICES LTD (REPRESENTADA POR ZIM DO BRASIL LTDA.).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª 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 42036)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e ANNA PAULA DIAS DA COSTA.

São Paulo, 18 de junho de 2021.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Impugnação sob a alegação de excesso de execução. Desacolhimento e extinção da ação executiva diante da satisfação da obrigação. Interposição de agravo de instrumento. Inadequação. Quando o pronunciamento do juiz na fase de cumprimento de sentença extingue o feito executivo a decisão reveste-se de natureza de sentença. Recurso adequado para impugnação de sentença é a apelação, nos termos do art. 1009 do CPC. Erro grosseiro. Impossibilidade de se adotar a regra da fungibilidade recursal. Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão de fls. 405/408 dos autos principais, que rejeitou a impugnação apresentada, e, como já havia depósito de valor suficiente nos autos à satisfação do crédito, julgou extinto o cumprimento de sentença, nos termos do art. 924, II, do CPC.

Alega a recorrente, em síntese, que como exposto e comprovado na im-

pugnação, há excesso de execução, uma vez que "*o valor apresentado pela Agravada é superior ao valor realmente devido pela Agravante, o qual, consoante demonstra o cálculo em anexo, resta no importe de R$ 6.314,69, ou seja, uma diferença de R$ 695,29, quase 10% do valor, o que significa uma importante diferença.*"

É a síntese do necessário.

O presente agravo de instrumento não comporta conhecimento.

Com efeito, iniciado o cumprimento de sentença, a empresa agravante apresentou impugnação (fls. 196/199 dos autos principais), a qual foi rejeitada pela decisão recorrida, nos seguintes termos:

> "Vistos etc. Patrícia Helena Rodrigues Corrêa ajuizou o cumprimento de sentença, contra Tace Importação, Exportação e Comércio Ltda. Me. Em resposta, esta segunda parte promoveu, contra a primeira, com fundamento no art. 525 do Código de Processo Civil - CPC, impugnação sustentando, em resumo: penhora incorreta ou avaliação errônea (inc. IV). Alegou que a penhora on-line de fls. 186/187 (R$ 10.604,28) foi indevida, em razão da pendência de Agravo em Recurso Especial. Ao fim, informou interesse na perícia contábil para apuração do valor devido (fls. 196/392). A parte impugnada apresentou resposta. Alegou que o Recurso Especial interposto pela executada não foi admitido. A Superior Instância decidiu pela legalidade da aplicação dos juros moratórios a partir do trânsito em julgado da sentença que fixou os honorários. O AREsp pendente não obsta o prosseguimento da execução. O impugnante não alegou a impenhorabilidade dos valores constritos. Aduziu, em suma, que parte impugnante não tem o direito invocado. Requereu, ao fim, a rejeição da impugnação (fls. 393/404). É o relatório do essencial. Decido. A rejeição da impugnação é medida que se impõe. O E. Tribunal de Justiça, definindo que os juros moratório sobre a verba honorária incidem a partir do trânsito em julgado, deu provimento ao recurso interposto pela exequente contra a decisão de fls. 131/134, que acolhera a impugnação (AI nº 2030228-26.2020.8.26.0000 - fls. 357/357). O Recurso Especial do impugnante foi inadmitido (fls. 384/386), e o Agravo interposto na sequência está, até o momento, pendente de recebimento. Como se vê, portanto, não há recurso com efeito suspensivo, nem houve determinação de suspensão emanada pela Superior, de modo que não havia óbice ao prosseguimento do cumprimento de sentença, com a constrição de ativos em nome da parte executada. Aliás, cabe destacar que a legislação processual estabelece mecanismos de contracautela específicos. Por fim, não há como se acolher o pedido de designação de perícia contábil para análise do valor do débito, visto que, se tratando de simples cálculos aritméticos, cabe à parte apresentar a quantia que entende devido. De fato, a alegação de eventual excesso de execução não poderá ser acolhida, porquanto não foi indicado o valor que a parte entendia devido, e o demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo, de

Acesso ao Sumário

modo que se torna imperativa a rejeição da impugnação (art. 525, §§ 3º e 4º do CPC). Nesse contexto, a rejeição da impugnação é medida inafastável. O Colendo Superior Tribunal de Justiça já cristalizou em Súmula o entendimento de que: 'Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios' (Súmula 519 do STJ). Sem a prova inequívoca do dolo, não se aplicam as sanções por litigância de má-fé (RSTJ 17/363). Diante desse quadro, rejeito a impugnação, com a resolução do mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, determinando o prosseguimento do cumprimento de sentença. Por outra parte, como já há depósito de valor suficiente nos autos, à satisfação do crédito, julgo extinto o cumprimento de sentença nos termos do at 924, inc. II, do CPC. Decorridos 15 (quinze) dias da publicação desta sentença, expeça-se MLE em favor da credora. Transitada em julgado, intime-se a parte devedora para o recolhimento das custas finais, sob pena de comunicação à Procuradoria do Estado. A seguir, pagas as custas finais (o que deverá ser certificado), arquivem-se os autos anotando-se movimentação 61615. P. I. C. Santos, 30 de abril de 2021."

Não obstante as decisões interlocutórias proferidas na fase de cumprimento de sentença sejam passíveis de agravo de instrumento, quando há o pronunciamento do juiz extinguindo o feito executivo a decisão reveste-se de natureza de sentença, a atrair a interposição do recurso de apelação.

Nesse sentido o art. 203, §1º, e art. 1.009, *caput*, ambos do CPC:

- Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§1º - Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos *arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.*

- Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

O recurso de agravo de instrumento somente é cabível em face de decisões interlocutórias, conforme preconiza o caput do art. 1.015 do CPC.

No caso dos autos, o eminente Juízo *a quo* desacolheu a impugnação apresentada e julgou extinta a execução, nos termos do artigo 924, inciso II, do Código de Processo Civil, ou seja, pela satisfação da obrigação.

Desta forma, o recurso apropriado relativamente à inconformidade com a decisão proferida é o de apelação.

Nesse sentido, julgado do C. STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS. CPC/2015. DECISÃO QUE ENCERRA FASE PROCESSUAL. SENTENÇA, CONTESTADA POR APELAÇÃO. DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS NA FASE EXECUTIVA, SEM EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

Acesso ao Sumário

AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. Dispõe o parágrafo único do art. 1015 do CPC/2015 que 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. Por sua vez, o art. 1.009, do mesmo diploma, informa que caberá apelação em caso de "sentença".

2. Na sistemática processual atual, dois são os critérios para a definição de "sentença": (I) conteúdo equivalente a uma das situações previstas nos arts. 485 ou 489 do CPC/2015; e (II) determinação do encerramento de uma das fases do processo, conhecimento ou execução.

3. Acerca dos meios de satisfação do direito, sabe-se que o processo de execução será o adequado para as situações em que houver título extrajudicial (art. 771, CPC/2015) e, nos demais casos, ocorrerá numa fase posterior à sentença, denominada cumprimento de sentença (art. 513, CPC/2015), no bojo do qual será processada a impugnação oferecida pelo executado.

4. A impugnação ao cumprimento de sentença se resolverá a partir de pronunciamento judicial, que pode ser sentença ou decisão interlocutória, a depender de seu conteúdo e efeito: se extinguir a execução, será sentença, conforme o citado artigo 203, §1º, parte final; caso contrário, será decisão interlocutória, conforme art. 203, §2º, CPC/2015.

5. A execução será extinta sempre que o executado obtiver, por qualquer meio, a supressão total da dívida (art. 924, CPC/2015), que ocorrerá com o reconhecimento de que não há obrigação a ser exigida, seja porque adimplido o débito, seja pelo reconhecimento de que ele não existe ou se extinguiu.

6. No sistema regido pelo NCPC, o recurso cabível da decisão que acolhe impugnação ao cumprimento de sentença e extingue a execução é a apelação. As decisões que acolherem parcialmente a impugnação ou a ela negarem provimento, por não acarretarem a extinção da fase executiva em andamento, tem natureza jurídica de decisão interlocutória, sendo o agravo de instrumento o recurso adequado ao seu enfrentamento.

7. Não evidenciado o caráter protelatório dos embargos de declaração, impõe-se a inaplicabilidade da multa prevista no § 2º do art. 1.026 do CPC/2015. Incidência da Súmula n. 98/STJ.

8. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1698344/MG, T4, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 22/05/2018, DJe 01/08/2018).

Por fim, a interposição de agravo de instrumento traduz erro grosseiro, inviabilizando a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

Ante o exposto, **não se conhece do recurso**, por absoluta inadequação

Acesso ao Sumário

da via eleita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2271513-15.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SERV MÁQUINAS PAULISTA MANUTENÇÃO E LOCAÇÃO LTDA., é agravado ALCANTARA S/A ADMINISTRADORA DE BENS.

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 16.634)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente) e RUY COPPOLA.

São Paulo, 28 de junho de 2021.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Agravo de instrumento - Insurgência contra decisão que determina a expedição de mandado de notificação e despejo - Pleito para a suspensão da determinação, que tem fundamento na crise financeira e sanitária causada pela pandemia da COVID-19 - Inadmissibilidade - Ausência de previsão legal - Sentença transitada em julgado, proferida antes do início da pandemia - Decisão mantida - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão copiada a fls. 61, mantida pela que rejeitou embargos de declaração (fls. 78), que determinou a expedição de mandado de notificação e despejo.

Recorre a executada, alegando que se trata de cumprimento de sentença proferida em autos de ação de cobrança de aluguel cumulada com pedido de despejo, e que tendo sido intimada para pagamento, com base no valor da planilha apresentada pela exequente, apresentou impugnação, com alegação de excesso de execução. Diz que a exequente, de sua parte, sustentou que transcorreu o prazo para a desocupação voluntária do imóvel, e pediu que fosse determinada a desocupação coercitiva. O juízo, então, determinou a expedição de

mandado de notificação para desocupação e despejo. Argumenta, contudo, que é uma empresa prestadora de serviços na locação de máquinas e equipamentos para construção, que atua no mercado há aproximadamente 25 anos, gerando dezenas de empregos, mas que vem enfrentando dificuldade financeira, agravada em razão das medidas de isolamento social impostas pelo poder público, para o combate à disseminação da pandemia da COVID-19. Aduz que também em função da pandemia, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Recomendação nº 63 de 31/03/2020, endereçada aos juízos, para a adoção de medidas para mitigação do impacto das medidas governamentais de isolamento social, face a propagação do novo coronavírus, dispondo o art. 6º da Recomendação, que como medida de prevenção à crise econômica decorrente das medidas de distanciamento social implementadas em todo o território nacional, os Juízos avaliem com especial cautela o deferimento de medidas de urgência, decretação de despejo por falta de pagamento e realização de atos executivos de natureza patrimonial em desfavor de empresas e demais agentes econômicos em ações judiciais que demandem obrigações inadimplidas durante o período de vigência do Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, que declara a existência de estado de calamidade pública no Brasil em razão da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Sustenta que o cumprimento do mandado de despejo lhe trará sérios impactos econômicos, atingindo, inclusive, seus empregados, com a perda do emprego, contrariando entendimento jurisprudencial no sentido de que os interesses sociais devem prevalecer sobre o individual, devendo ser privilegiada a preservação da atividade da empresa. Enfatiza que com o abrupto despejo, a agravante certamente não terá condições de dar continuidade as suas atividades. Pede a concessão da antecipação da tutela recursal, a fim de se determinar a suspensão da ordem de despejo e, ao final, o provimento do recurso, com a confirmação do antecipado.

Recurso tempestivo, preparado e processado com a concessão de medida liminar para suspender os efeitos da decisão que deferiu a ordem de despejo, até o julgamento do recurso.

Decorrido *in albis* o prazo para contraminuta, nos termos da certidão lavrada a fls. 236.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consta dos autos digitais na origem, que a agravada ajuizou ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança contra a agravante, em 7.11.2019, que foi julgada procedente, em 19.2.2020, nos seguintes termos:

> "*... Ante o exposto, resolvendo o mérito da ação, nos termos do art. 487, I do NCPC, julgo PROCEDENTES as pretensões veiculadas na inicial par o fim de declarar rescindido o contrato de locação firmado entre as*

Acesso ao Sumário

partes (fls. 65/80), condenando a requerida ao pagamento dos aluguéis e encargos da locação vencidos até a data da efetiva desocupação, conforme planilha a fls. 94/96, acrescidos de correção monetária pela Tabela Prática deste Tribunal e juros de mora de 1% ao mês desde os respectivos vencimentos, com a incidência da multa moratória pactuada.

Por consequência, decreto o despejo da requerida, concedendo o prazo de 15 (quinze) dias para a desocupação voluntária do imóvel, nos termos do art. 63, §1º, b, da Lei nº 8.245/91

Sucumbente, deverá a parte requerida arcar com as custas e despesas processuais, bem como com o pagamento de honorários ao patrono da parte autora, que ora fixo em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 85, §2º do CPC..." (fls. 129/130 dos autos de origem)

Interposto recurso de apelação contra a sentença, não foi conhecido, em razão da deserção. (fls. 277/280 dos autos de origem)

O acórdão transitou em julgado em 11.9.2020 e, em 1º.10.2020, teve início o cumprimento de sentença, onde, intimada para o pagamento, a executada, ora agravante, apresentou impugnação ao cumprimento de sentença.

Insurge-se aqui contra decisão proferida no curso do incidente que, a pedido da credora, determinou a expedição de mandado de notificação e despejo, haja vista a devedora não ter desocupado o imóvel voluntariamente.

A insurgência tem fundamento na crise econômica e sanitária que se instaurou com a pandemia da COVID-19.

Todavia, não logrou a agravante trazer aos autos alegação capaz de reverter a decisão agravada, ainda que analisada a questão com especial cautela.

Neste sentido, a própria Lei nº 14.010/20, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (COVID-19), contemplou, em seu art. 9º, a vedação à concessão de liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020.

Todavia, na hipótese, trata-se de cumprimento de sentença transitada em julgado.

Não bastasse, colhe-se dos autos que o débito locatício, o ajuizamento da ação, e a própria sentença, antecederam ao período da pandemia.

De fato, o pedido da agravante não encontra amparo legal.

Neste sentido, precedentes desta Corte de Justiça:

"Agravo de instrumento. Locação de imóvel comercial. Ação de despejo por denúncia vazia. Sentença de procedência. Fase de cumprimento provisório. Decurso do prazo para desocupação voluntária. Expedição

Acesso ao Sumário

de mandado de despejo coercitivo. Pedido de suspensão do cumprimento devido à situação excepcional vivenciada em decorrência da pandemia da COVID-19. Ausência de amparo legal para restringir o cumprimento do mandado expedido já em fase executiva de sentença. Recurso não provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2215697-48.2020.8.26.0000; Relator (a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/09/2020; Data de Registro: 25/09/2020)

"Agravo de instrumento. Despejo por falta de pagamento. Pedido de suspensão da ordem de despejo e recolhimento do mandado em virtude da crise sanitária provocada pela doença Covid-19. Locação comercial, cuja natureza não guarda relação com a necessidade de moradia e isolamento social. Débito anterior ao decreto da pandemia. Despejo mantido. Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2070126-46.2020.8.26.0000; Relator (a): Pedro Baccarat; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/06/2020; Data de Registro: 16/06/2020)

E, ainda que por medida de extrema cautela, se pretendesse fazer uso de alguma analogia entre a situação protegida pela Lei 14.010/20, no artigo citado, e a situação em debate nestes autos, isso não seria possível, pois lá se buscou proteger os locatários do despejo abrupto, em meio a uma crise financeira e sanitária, do que não se pode falar nestes autos, notadamente se considerado o prazo decorrido desde a data do trânsito em julgado da sentença, o que, evidentemente, era suficiente para que agravante se organizasse para a desocupação do imóvel.

Consigna-se, por fim, que não se pode cogitar ainda de impor à agravada, também afetada pelos efeitos da crise causada pela pandemia (como toda a sociedade), e sem amparo legal, obstáculos para reaver o imóvel.

Por estas razões, meu voto nega provimento ao recurso, revogando a medida liminar antes concedida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2106315-86.2021.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é agravante BANCO ITAÚ S/A, são agravados EMPRESA AUTO ÔNIBUS MACACARI LTDA. e JOSÉ REINALDO MACACARI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado 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 52171)**

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

São Paulo, 6 de julho de 2021.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Embargos à execução - Recebimento com efeito suspensivo em primeiro grau - Cabimento - Verificada a excepcionalidade a ensejar o benefício processual - Inteligência do art. 919, do CPC - Decisão mantida.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado nos autos de embargos à execução, contra decisão que deferiu o efeito suspensivo aos embargos, sob o fundamento de que estão presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória.

Sustenta o recorrente que não estão preenchidos os requisitos para a concessão da tutela provisória (CPC, art. 919, §1º) e que a execução deve prosseguir em todos os seus termos. Diz que a suspensão da ação com atos constritivos irá lhes causar dano de difícil reparação. Pedem o provimento do recurso, revogando-se o efeito suspensivo aos embargos à execução.

Recurso recebido no efeito devolutivo, com contraminuta apresentada às fls. 13/22.

É o relatório.

De regra os embargos à execução não terão efeito suspensivo (CPC, art. 919, "caput"), sendo que essa previsão é exatamente para dar maior celeridade ao processo executivo, o qual tem por único objetivo satisfazer o direito do credor.

Com o advento da Lei nº 11.382/06, que havia introduzido o artigo 739-A no revogado CPC/1973, a execução de título extrajudicial deixou de ter um caráter protecionista e favorecedor ao inadimplente, para atender ao seu real propósito, qual seja, permitir ao credor ver seu crédito satisfeito de forma rápida e eficiente, sempre respeitando os princípios constitucionais que norteiam o procedimento.

Nesse diapasão, a regra lá posta e agora reproduzida no atual Código de Processo Civil, é o recebimento dos embargos do devedor tão-só no efeito devolutivo.

Acesso ao Sumário

A Lei admite que, em situações excepcionais, o juiz, a requerimento do embargante, conceda efeito suspensivo aos embargos opostos, quando, **"verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes" (Art. 919, § 1º, CPC).**

Assim, nos termos do CPC, a suspensão da execução deve ser deferida em hipóteses de séria dúvida sobre a existência e a composição do crédito, a provocar risco de dano de difícil reparação ao devedor. O que, efetivamente se verifica na hipótese aqui examinada.

Os embargantes ajuizaram anterior revisional dos contratos executados e possuem laudo pericial prévio contestando o crédito executado. Outrossim, o agravante deixou de apresentar documentos essenciais de composição do *quantum debeatur*.

Observe-se, por fim, que os agravados ofertaram bem à penhora, em valor e liquidez suficiente para tanto (fls. 364/365 autos principais).

Nesse sentido, Araken de Assis, em comentário ao Código de Processo Civil de 1973, ensina que:

"***O art. 475-M e o art. 739-A*, caput*, inverteram a regra clássica do efeito suspensivo* ope legis *parcial ou total. Em princípio, a impugnação carece de efeito suspensivo, incumbindo ao órgão judiciário, a requerimento do impugnante ou do embargante, conceder-lhe tal atributo, mediante a obrigatória e rigorosa conjugação de dois requisitos comuns às duas formas de oposição: (a) a relevância dos fundamentos; (b) o prosseguimento da execução, na pendência da impugnação, se mostrar 'manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação'. No caso dos embargos, há um terceiro requisito: a existência de penhora, de depósito (do dinheiro ou da coisa certa) ou de caução (oferecida pelo executado) suficientes.***

(...)

Inversamente, não se caracterizando os pressupostos, ou existindo tão-só um deles, deverá o juiz negar efeito suspensivo à impugnação. A respeito, não há qualquer discrição. A atividade do órgão judiciário não se afigura discricionária, no sentido exato e preciso do termo, mas vinculada à única resolução correta que lhe cabe tomar em razão do seu ofício: ou bem se verificam os elementos de incidência, hipótese em que suspenderá a execução; ou não se verificam tais elementos, caso em que a lei proíbe suspender a marcha da execução." (*Manual da Execução*, 11ª ed. revista, ampliada e atualizada com a Reforma Processual - 2006/2007, p. 454/455).

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, também em comentários ao antigo CPC:

"A outorga do efeito suspensivo aos embargos dependerá da verificação

Acesso ao Sumário

das seguintes condições (art. 739-A, § 1º, do CPC):

i) existência de requerimento do embargante, não podendo ocorrer de ofício.

ii) relevância dos fundamentos apontados nos embargos, ou seja, da aparência de procedência dos argumentos nele apresentados.

iii) perigo manifesto de dano grave, de difícil ou incerta reparação, em decorrência do prosseguimento da execução. Por óbvio, este perigo não se caracteriza tão-só pelo fato de que bens do devedor poderão ser alienados no curso da execução ou porque dinheiro do devedor pode ser entregue ao credor. Fosse suficiente este risco, toda execução deveria ser paralisada pelos embargos, já que a execução que seguisse sempre conduziria à prática destes atos expropriatórios e satisfativos.

O perigo a que alude a lei é outro, distinto das conseqüências 'naturais' da execução, embora possa ter nelas a sua origem. (...).

iv) garantia do juízo, pela penhora, depósito ou caução suficientes. A outorga de efeito suspensivo aos embargos está condicionada - como antes foi sublinhado - a prévia penhora de bens na execução (ou a garantia equivalente). Contudo, como também foi demonstrado no item precedente, esta segurança nem sempre deverá ser exigida como condição sine qua non para a concessão do efeito suspensivo." (Curso de Processo Civil, Volume 3, Execução, editora Revista dos Tribunais, 2007, págs. 450/451).

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2066147-42.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante H.R.V., são agravados H.V.M.V. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e C.R. F.M. (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.276)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente) e FERNANDA GOMES CAMACHO.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento - Decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita ao réu - Agravante aufere rendimentos líquidos mensais no quantum superior a três salários mínimos - Requisito do artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República, não cumprido - Ganhos médios superiores ao parâmetro adotado pela Defensoria Pública para aferição de hipossuficiência econômica - Indeferimento da benesse mantido - Despacho sem cunho decisório, apenas determinando que o exequente se manifeste sobre a justificativa do alimentante - Não cabimento da interposição de recurso de agravo de instrumento, por falta de gravame - ato meramente ordinatório - Inteligência do art. 1.001 do CPC/15 -as matérias alegadas em sede de impugnação à execução ainda não foram apreciadas em primeira instância - razões recursais dissociadas do teor da decisão agravada - impõe-se o não conhecimento das alegações sob pena de supressão de instâncias - Recurso não conhecido em parte e na parte conhecida não provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fls. 260 e 266, que em autos de ação de execução de alimentos, indeferiu a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao réu, por ter rendimentos de R$ 8.500,00 que por si só é incompatível com a hipossuficiência exigida pelo art. 98 e s.s. do CPC, bem como relegou para momento posterior ao contraditório, a análise das matérias arguidas na impugnação, inclusive a alegação de excesso de execução.

Alega o agravante, em breve síntese, que faz jus a concessão dos benefícios da justiça gratuita, posto que apesar de ter salário de R$ 8.500,00, possui inúmeros gastos, que não lhe permitem arcar com o pagamento das custas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Afirma ainda que faz jus ao imediato desbloqueio de 80% dos valores constantes em sua conta bancária, pois são fruto do seu salário e sua família depende desses valores para o próprio sustento. Alega também, que deve haver expedição de ofício ao Banco do Brasil para apresentação do extrato detalhado da genitora do exequente, afinal, restou comprovado que diferentemente do alegado o executado realizou inúmeros depósitos.

Recurso processado, sem efeito suspensivo.

Acesso ao Sumário

Contraminuta às fls. 30/33.

Parecer da D. Procuradoria às fls. 59/62 é pelo não conhecimento do recurso em parte e na parte conhecida negado provimento.

É o relatório.

O agravo não merece ser conhecido em parte e na parte conhecida nega-se provimento.

Primeiramente, conforme o parágrafo único do art. 98 do CPC/2015: *A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.*

Por outro lado, dispõe o § 2º, do art. 99, do CPC/2015, nos seguintes termos: *Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. § 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.*

Como se vê, as provas carreadas para os autos não apontam para a condição de miserabilidade do agravante, que é consultor de gastronomia e aufere rendimentos mensais de R$ 8.500,00.

Em que pese as alegações do agravante, de fato a r. decisão recorrida está correta em lhe indeferir a benesse, haja vista que o deferimento do benefício legal é restrito tão somente àqueles que se enquadrarem dentro do limite utilizado pelo próprio Estado para prestar assistência judiciária gratuita, que é o da renda inferior a 03 (três) salários mínimos mensais.

Neste sentido, as Resoluções da Defensoria Pública da União (Resolução do CSDPU nº 85 de 11/02/2014 art. 1º) e da Defensoria Pública Estadual (Deliberação do CSDP nº 137 de 25/09/2009 art. 1º), que estabelecem como requisito para atendimento pela Defensoria e para o benefício da assistência judiciária gratuita, tal parâmetro de renda.

Logo, observando os parâmetros postos pelo próprio Estado, é de se reconhecer como necessitados, independente de prova de suas despesas, aqueles que têm renda inferior a três salários mínimos, o que efetivamente não ocorre com o agravante já que em cópia de seu holerite constam rendimentos brutos de R$ 8.500,00, o que por si só supera o teto previsto em lei para a concessão da benesse.

Neste mesmo sentido tem se posicionado este E. Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL C/C DEVOLUÇÃO DE QUANTIA PAGA - GRATUIDADE DA JUSTIÇA - PESSOA FÍSICA - Interposição

Acesso ao Sumário

contra decisão que indeferiu pedido de benefício da assistência judiciária gratuita - Afirmação do autor, que é policial militar, de que não está em condições de arcar com as custas e despesas processuais - Renda auferida pelo agravante superior a 3 (três) salários mínimos - Adoção do critério da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - Insuficiência financeira não evidenciada - Existência, nos autos, de elementos que evidenciam a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade - Artigo 99, § 2º, do novo CPC - Decisão de indeferimento da gratuidade mantida - RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2078533-75.2019.8.26.0000; Relator (a): Plinio Novaes de Andrade Júnior; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/05/2019; Data de Registro: 30/05/2019)

JUSTIÇA GRATUITA - Benefício que pode ser concedido mediante simples afirmação de que não está aquele que o requer em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família - Art. 99, § 3º, do CPC/2015 - Possibilidade de indeferimento, no entanto, diante de fundadas razões (art. 99, § 6º) - Elementos constantes dos autos que não confirmam a alegada condição de hipossuficiência econômica - Inexistência de dados relativos aos rendimentos advindos do desempenho de atividade empresarial - Ganhos médios advindos da prática de odontologia superiores ao parâmetro adotado pela Defensoria Pública para aferição de hipossuficiência econômica - Indeferimento da benesse mantido - Recurso não provido (TJSP; Agravo de Instrumento 2226414-27.2017.8.26.0000; Relator (a): Rui Cascaldi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Americana - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/04/2018; Data de Registro: 12/04/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de extinção de condomínio c/c reparação de danos - Decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita ao réu - Agravante aufere rendimentos líquidos mensais no quantum superior a três salários mínimos - Requisito do artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República, não cumprido - Agravados trouxeram documentação mais recente do total líquido auferido pelo agravante - Adoção do critério empregado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Deliberação CSPD nº 89, artigo 2º, inciso I) - Decisão mantida. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2099674-87.2018.8.26.0000; Relator (a): Egidio Giacoia; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/09/2018; Data de Registro: 12/09/2018)

Neste diapasão conclui-se que a r. decisão recorrida que indeferiu os benefícios da justiça gratuita ao réu está correta e deve ser integralmente mantida por seus próprios fundamentos além dos aqui acrescidos.

Por fim, as demais alegações do agravante, atinente ao desbloqueio de

Acesso ao Sumário

valores, expedição de ofício ao Banco do Brasil e obtenção da sentença do Processo nº (...), não podem ser apreciados, em primeiro lugar, porque a decisão recorrida de fls. 266, dos autos principais, não tem qualquer cunho decisório, sendo somente um despacho de mero expediente, não impondo qualquer gravame à parte, como se pode depreender de seu teor:

"*Fls. 264/265: As matérias arguidas na impugnação, inclusive alegação de excesso de execução, serão apreciadas oportunamente, após a manifestação da parte contrária. Aguarde-se, portanto, o cumprimento da decisão de fls. 260.*"

Enfim, o agravante não pode pleitear a este E. Tribunal a imediata apreciação das matérias alegadas em impugnação, que sequer ainda foram apreciadas pelo MM. Juiz *a quo*, sob pena de supressão de instâncias.

Ademais, a decisão recorrida não é passível de qualquer recurso, nos termos do disposto no art. 1.001 do CPC. Afinal, o Tribunal está impedido de exercer sua função revisional se o juízo de 1º grau não declina seu entendimento acerca da matéria.

Esse é o posicionamento adotado pelo STJ:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESPACHO QUE POSTERGOU A ANÁLISE DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO DECISÓRIO RESSALTADA NO DESPACHO. INCABÍVEL A INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. "O despacho que fundamentou decidir a liminar após a manifestação do ora agravado, devidamente citado, não possui qualquer conteúdo decisório, não causando gravame" (AgRg no Ag 725.466/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.06.2006, DJ 01.08.2006). 2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1357542/ES Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima Órgão Julgador: Primeira Turma Data do Julgamento: 16/6/2014 Data da Publicação/Fonte: DJe 06/8/2014).

Depreende-se que, na verdade, a pretensão do agravante é suprimir um grau de jurisdição, já que por enquanto o MM juiz *a quo* não apreciou o alegado excesso no bloqueio de valores, bem como a necessidade de expedição de ofício ao Banco do Brasil e para a obtenção da sentença proferida na ação revisional de alimentos, o que não se pode admitir.

Outrossim, diante da apresentação de impugnação, faz necessário e imprescindível a abertura de contraditório, razão pela qual a r. decisão recorrida está correta em determinar que o exequente se manifeste sobre a justificativa apresentada pelo alimentante.

Pelo exposto, não conheço de parte do recurso e na parte conhecida nega-se provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2024700-11.2020.8.26.0000, da Comarca de Nhandeara, em que é agravante PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A, são agravados MANOEL NATAL RODRIGUES EPP e MANOEL NATAL RODRIGUES.

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 09498)**

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

São Paulo, 7 de julho de 2021.

MARCOS GOZZO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de título extrajudicial. Decisão que determinou a suspensão da execução até o trânsito em julgado dos recursos pendentes. Recursos aos quais não foram atribuídos de efeito suspensivo. Eventual Recurso Especial que não possui, em regra, efeito suspensivo e que a suspensão da execução em decorrência de sua apreciação deve ser requerida naquele E. Tribunal Superior. Reforma da decisão objurgada que se impõe, para a continuidade dos atos constritivos. Recurso provido, para determinar o prosseguimento da execução.

VOTO

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto por **Petrobrás Distribuidora S/A**, nos autos da execução de título extrajudicial ajuizada contra **Manoel Natal Rodrigues - Epp** e **Manoel Natal Rodrigues**, contra a r. decisão que determinou efeito suspensivo nos autos de origem até o julgamento dos recursos pendentes.

Recorre o agravante, requerendo que se retome a eficácia das decisões dos autos em primeiro grau, uma vez que não atribuído efeito suspensivo pelo juízo *ad quem* (fls. 01/08).

Recurso processado com efeito ativo, para determinar o prosseguimento da execução (fls. 12).

Acesso ao Sumário

Sem contraminuta (fls. 32).

É o relatório.

Passo ao voto.

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

"*Vistos. Fls.613: Por cautela e a fim de se evitar tumulto processual e eventual cerceamento de defesa, aguarde-se a comunicação de trânsito em julgado do V. Acórdão proferido no AI. Prazo: 30 (trinta) dias. Int.*" (fls. 619 dos autos em primeiro grau).

Nos autos originários, que dizem respeito a execução de título extrajudicial, houve a penhora sobre imóvel pertencente ao requerido, qual seja, local de seu estabelecimento comercial. Houve avaliação do bem. Interposto agravo de instrumento contra a penhora do bem e opostos embargos de terceiro.

Pendente os recursos de julgamento, ainda que não tenha sido concedido efeito suspensivo, o juízo *a quo* houve por bem suspender a execução até o trânsito em julgado daqueles.

Conforme já relatado, esta Relatoria determinou o processamento do presente agravo com efeito ativo, para que se prosseguisse a execução, nos seguintes termos: "*Acrescento, porquanto relevante, que o Recurso Especial não possui, em regra, efeito suspensivo e que eventual suspensão da execução em decorrência de sua apreciação deve ser requerida naquele E. Tribunal Superior*" (fls. 12).

O recurso de agravo de instrumento não possui feito suspensivo automático, devendo este ser determinado pela instancia *ad quem*. Além de não ter sido determinado, negou-se provimento aos recursos, mantendo a decisão combatida. Ainda que interposto Recurso Especial, também não possui este o condão de suspender os autos em primeiro grau.

Não noticiado pelos recorrentes a atribuição de efeito suspensivo, não há qualquer motivo para que se obste o prosseguimento da demanda executiva.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** para determinar o prosseguimento da execução de título extrajudicial.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2043716-14.2021.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante A.B.M., são agravados R.M.S. e M.C.L.L. - R.R.M.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada

de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50586)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente) e ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE - Liquidação de sentença - Empresa que atua no ramo de imobiliária - Decisão que estabeleceu que, no caso, o "site" não é um ativo, sendo desnecessária a nomeação de perito em TI para sua avaliação - Hipótese em que o "site" em si é apenas uma fonte de divulgação, como se fosse um anúncio em jornal - Nenhum negócio é concretizado pelo "site", mas sim, pela empresa - Manutenção da decisão agravada - Recurso improvido.

VOTO

1) Insurge-se a agravante contra r. decisão proferida nos autos do incidente de liquidação de sentença que moveu contra os agravados, na qual o MM. Juiz "a quo" estabeleceu que o "site" não é um ativo, sendo desnecessária a nomeação de perito em TI para sua avaliação. Alega, em síntese, que: a decisão inovou a sentença e o acórdão transitados em julgado, em desrespeito ao devido processo legal e ao duplo grau de jurisdição; comprovou, por meio de assistente técnico, que o "site" da sociedade empresária liquidanda tem expressivo valor patrimonial; negar o valor patrimonial de um "site" de "internet" nos dias de hoje é negar a própria realidade; requer a reforma da r. decisão para que se avalie o "site" da "internet" da sociedade empresária M.C.L.L., na data de sua liquidação.

Não houve pedido de efeito suspensivo.

Os agravados apresentaram resposta aduzindo que as citações jurisprudenciais realizadas no acórdão foram retiradas de contexto pela agravante e transcritas como se esta questão do "site" já tivesse sido decidida no julgamento da apelação; a agravante é litigante de má-fé; no caso vertente, o "site" não constitui em si mesmo um ativo intangível passível de avaliação; nenhum negócio é concretizado pelo site; todos os negócios originados a partir de interesse proveniente do "site" são materializados, concretizados e concluídos pela empresa em si; a empresa usa o "site" apenas para divulgar os imóveis dos clientes

Acesso ao Sumário

que são deixados para venda e locação.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o breve relatório.

2) Não merece acolhimento o recurso.

Trata-se de incidente de liquidação de sentença em ação de dissolução parcial de sociedade c.c. apuração de haveres no qual o MM. Juiz "a quo" entendeu que neste caso em particular o "site" da empresa M.C.L.L., objeto da dissolução, não constitui um ativo por si só e que, portanto, não há a necessidade de avaliação deste.

Alega a agravante que a decisão inovou a sentença e o v. acórdão transitados em julgado, em desrespeito ao devido processo legal e ao duplo grau de jurisdição.

Sem razão, contudo.

A r. sentença julgou parcialmente procedente a ação de dissolução de sociedade para declarar rescindida em relação à agravante a sociedade limitada, a qual deve receber em consequência, 50% do total auferido pela sociedade relativo aos bens materiais e imateriais que integravam seu patrimônio na data do ajuizamento da ação, incluindo os lucros proporcionais, descontadas as importâncias já recebidas (fls. 03/09 dos autos principais).

Os agravados apelaram e foi dado provimento em parte ao recurso para que fosse considerada como data da dissolução da sociedade o momento em que a agravante se afastou da mesma, determinando que o nome empresarial deve ser levado em conta na apuração, fixando-se o termo inicial de incidência da correção monetária e dos juros de mora e observando-se a responsabilidade subsidiária do sócio pelo pagamento dos haveres (fls. 46/56).

Portanto, verifica-se que em nenhum momento a r. sentença e o v. acórdão estabeleceram que o "site" é um bem imaterial da empresa e tem valor patrimonial, inexistindo ofensa à coisa julgada ou inovação.

Observe-se que nem mesmo o perito contábil reconheceu que o "site" tem valor mensurável, como alega a agravante.

O "expert", diante dos questionamentos do assistente técnico da agravante, apenas requereu que o magistrado esclarecesse sobre eventual avaliação do "site" da empresa e ponderou que caso esse ativo intangível viesse a integrar o patrimônio da ré-agravante, seria necessário que a sua avaliação fosse feita através de perícia técnica, por profissional com formação em Tecnologia da Informação - TI (fls. 29/30).

Diante disso, sobreveio a r. decisão agravada:

"*O site não é um ativo por si só, ao menos não no caso da empresa objeto da dissolução, que atua no ramo de imobiliária.*

Acesso ao Sumário

Não há dúvida de que a página da empresa apresenta-se como vitrine de negócios, mas apenas de negócios já captados à empresa; bem como não permite a conclusão de negócios por tal via. Ou seja: o site apenas reflete imóveis já captados por outros meios; e quanto às vendas ou locações que se concretizem por meio da mera divulgação, é certo que esses ganhos já serão aquilatados pelo perito contábil quando aferir o valor da empresa como um todo.

Tenho, pois, desnecessária a nomeação de perito em TI para avaliação do site." (fls. 9147 dos autos principais).

Como bem observado pelo MM. Juiz "a quo", embora o "site" seja uma vitrine, com exposição de imóveis para venda, locação, enfim, com a oferta dos serviços prestados pela imobiliária, nenhum negócio é concretizado pelo "site", mas sim, pela empresa.

O "site" em si é apenas uma fonte de divulgação, como se fosse um anúncio em jornal. É lugar, página da rede (website) onde são expostos determinados produtos. É como se fosse um local onde os produtos são expostos. Sem valor palpável, pois de simples e imediata criação nas redes sociais. Mesmo se entendido domínio e endereço não há que equipará-lo a um sítio real. Por simples consulta "web" verifica-se seu diminuto valor de aquisição (R$ 4,60).

De acordo com a RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE - CFC Nº 1.140 DE 21.11.2008 (D.O.U.: 28.11.2008), que aprova a NBC T 19.8 - IT 1 - Custo com Sítio para Internet (Website):

"*8. (...)A entidade não pode demonstrar de que forma um website, desenvolvido exclusiva e basicamente para promoção e publicidade dos seus produtos e serviços, irá gerar prováveis benefícios econômicos futuros e, assim, todos os gastos com o desenvolvimento de tal website devem ser reconhecidos como despesa no momento em que forem incorridos.*"

E, quanto às vendas ou locações que se concretizem por meio da mera divulgação, é certo que esses ganhos já serão aquilatados pelo perito contábil quando aferir o valor da empresa como um todo, sendo desnecessária a nomeação de perito em TI para avaliação do "site".

Nesse sentido:

"*Agravo de instrumento - Dissolução parcial de sociedade - Apuração de haveres - Cumprimento de sentença - Decisão agravada que fixou o valor dos haveres- Inconformismo dos réus - Não acolhimento - Laudo pericial e esclarecimentos do perito a respeito dos haveres que são suficientes e adequados ao caso - Decisão mantida - Recurso desprovido.*" **(Agr. Inst. nº 2101904-34.2020.8.26.0000 - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - Rel. Des. GRAVA BRAZIL j. 24.09.2020)**

"*Agravo de instrumento - Ação de dissolução parcial de sociedade*

Acesso ao Sumário

c/c apuração de haveres e com pedido de tutela antecipada - Fase de avaliação da sociedade para apuração de haveres - Decisão que ao nomear perito avaliador determina que o perito apresente, inicialmente, a melhor sistemática para avaliação da sociedade, oportunizando manifestação das partes, inclusive com apoio de assistentes técnicos - Decisão recorrida que não contraria o disposto em contrato social da sociedade em liquidação que, expressamente, impõe observância das regras dispostas no Código Civil (art. 1.1031), mas, sobretudo, visa a apuração do real e justo valor da sociedade consideradas suas especificidades (CPC, art. 607) - Decisão recorrida mantida - Recurso desprovido." **(Agr. Inst. nº 2212523-31.2020.8.26.0000 - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - Rel. Des. MAURÍCIO PESSOA - j. 01.12.2 020)**

De rigor, assim, a manutenção da r. decisão agravada.

Por fim, afasta-se o pedido feito pelos agravados de condenação da agravante por litigância de má-fé, já que a sua conduta não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 17 do Código de Processo Civil/73 (art. 80, do NCPC).

Neste sentido o julgado do STJ:

"*Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do Código de Processo Civil; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa.*" **(RSTJ 135/187, 146/136)**

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2060729-26.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e GDP 3 INCORPORAÇÕES SPE LTDA. (PDG), são agravados EDUARDO FROLDI e BRUNA MARIA FERREIRA DA SILVA FROLDI.

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, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27685)**

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

São Paulo, 19 de julho de 2021.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO GRUPO PDG - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - CRÉDITO RESULTANTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA EM AÇÃO INDENIZATÓRIA (PERDAS E DANOS) - COMO O CRÉDITO NÃO É INERENTE À INCORPORAÇÃO, NÃO ESTANDO ATRELADO AO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO, TEM NATUREZA CONCURSAL - Crédito que corresponde à verba indenizatória por perdas e danos (art. 402, CC) - Natureza concursal, conforme previsto na Cláusula 1.6.30 do Plano de Recuperação - A hipótese em apreço não depende da extinção do patrimônio de afetação, considerando que a verba indenizatória por perdas e danos, fixada em decisão judicial, não é inerente à incorporação - Crédito concursal, tendo em vista que o fato gerador é anterior ao pedido de recuperação judicial - Leitura do art. 31-A, §§ 1º e 6º da Lei n. 4.591/1964 - RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra r. decisão proferida nos autos da habilitação de crédito na recuperação judicial do "GRUPO PDG", que extinguiu o procedimento sem apreciar o mérito, sob o fundamento de que tal crédito está atrelado a patrimônio de afetação, cabendo ao interessado pleitear seu crédito pelas vias ordinárias.

Infere-se dos autos da **habilitação de crédito** que EDUARDO FROLDI E OUTRO distribuíram o incidente, por dependência aos autos da recuperação judicial do Grupo PDG.

Os habilitantes afirmam que o valor do crédito consignado na relação de credores não é o correto, já que a quantia corresponde ao montante estabelecido nos autos da ação de rescisão contratual cumulada com indenizatória ajuizada contra a recuperanda GDP3 INCORPORAÇÕES SPE Ltda. (Autos nº 1126944-02.2015.8.26.0100 - pela 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo).

Dessa forma, requerem a habilitação do crédito de R$ 198.243,32 (fls. 1/6

Acesso ao Sumário

dos autos de origem).

Em 15/05/2018, o MM. Juízo "a quo" determinou a suspensão do processo para aguardar o "mutirão de conciliação" (fls. 2112 dos autos de origem).

Todavia, em 13/07/2020, adveio a decisão agravada:

"*Vistos. Tendo em vista que o crédito do peticionário está relacionado ao patrimônio de afetação, que foi excluído da recuperação judicial do Grupo PDG, autos n.º 1016422-34.2017.8.26.0100, logo não haverá apreciação do referido. Sendo assim, deverá o interessado pleitear o crédito pelas vias ordinárias. Julgo extinto o presente feito, nos termos do art.485, VI, do CPC.*

Oportunamente, arquivem-se os autos, com as devidas cautelas.

Intime-se" (fls. 2114 dos autos de origem).

A seguir, os embargos de declaração opostos pelas recuperandas foram rejeitados, nos seguintes termos:

"*(...) Os embargos opostos sustentam que houve omissão da decisão uma vez que crédito vinculados a patrimônios de afetação baixados deveriam ser incluídos na recuperação judicial, nos termos das cláusulas 1.6.30 e 1.6.35. Todavia, as razões expostas não prosperam. Isso porque, segundo o regime da Lei 4.591/64, somente existirá responsabilidade patrimonial da incorporadora, em havendo regime de patrimônio de afetação, quando este for extinto. Assim, o fato gerador da relação jurídica de responsabilidade patrimonial passará a existir com a extinção do patrimônio de afetação e, no caso dos autos, isso somente é visualizado após o ajuizamento da recuperação judicial, devendo haver aplicação do art.49 da Lei 11.101/2005, para justificar a sua exclusão do feito. Veja-se que a própria cláusula 1.6.30 mencionada pela embargante é clara ao estabelecer que os créditos concursais são aqueles cujo fato gerador é anterior ou coincidente à data do pedido, nos exatos termos do artigo de lei supramencionado. Prosseguindo na leitura da aludida cláusula, há clareza de se determinar que os créditos de distratos serão de responsabilidade do patrimônio de afetação enquanto ele existir. Ou seja, somente após a extinção do patrimônio de afetação é que eventual resíduo não pago por ele poderá ser atribuído à incorporadora. Essa responsabilidade patrimonial, portanto, nasce apenas após a extinção do patrimônio de afetação, não tendo aptidão para retroagir ao momento da propositura da recuperação judicial. O mesmo raciocínio se aplica para a leitura da cláusula 1.6.35, pois somente após a apuração da insuficiência do patrimônio de afetação é que o crédito passará a existir contra a incorporadora. Por fim, é importante mencionar que neste caso específico sequer houve a extinção do patrimônio de afetação, conforme informação de fls. 2.120.*

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, nego provimento aos embargos. Intime-se" (fls. 2162/2164 dos autos de origem).

Inconformada, a recuperanda vem recorrer, postulando, em resumo, que:

a) com a extinção do patrimônio de afetação, nos termos do art. 31-E da Lei n.º 4.591/1964, eventuais créditos subsistentes são concursais, pois passam a ser devidos pelo patrimônio geral da SPE, que está sujeito à Recuperação Judicial e foi reestruturado pelo plano de recuperação judicial;

b) o PRJ previu que os créditos vinculados ao patrimônio de afetação estão excluídos da Recuperação Judicial, apenas enquanto não houver sido extinto, nos termos da Lei nº 4.591/1964;

c) o crédito dos Agravados não mais se encontra atrelado ao patrimônio de afetação, em razão da sua extinção, não existindo dúvidas de que deve ser considerado concursal pelo critério estabelecido no art. 49 da Lei nº 11.101/2005, visto que o fato gerador que resultou o crédito (**distrato** da promessa de compra e venda) nasceu antes do pedido de recuperação judicial, de modo que a sua inserção no rol concursal encontra guarida tanto na Lei n. 11.101/2005, como no plano de recuperação judicial do Grupo PDG;

d) pede que seja obstada a instauração de qualquer execução individual relativa ao crédito, objeto de habilitação de crédito.

Além, ainda, que parte do crédito dos agravados é composto por verba indenizatória, visto que é oriundo de condenação da Recuperanda nos Autos de nº 1126944-02.2015.8.26.0100.

Ressalta que "que são concursais os créditos não relacionados à execução da obra e à liquidação do passivo da incorporação afetada, entre eles os créditos de adquirentes ou condomínios decorrentes de ações de indenização por danos material e moral, relacionadas à responsabilidade civil da incorporadora/SPE. Isto porque, os créditos desta natureza não estão atrelados à construção do empreendimento, mas sim decorrem da responsabilização da incorporadora, por determinados atos praticados" (fls. 01/34).

Deferido o pedido de **efeito suspensivo**, bem como o de **antecipação de tutela recursal**, nos termos do art. 1.019, I, CPC, com determinação a que os credores que apresentaram suas habilitações de crédito se abstenham de promover ações individuais tendentes à constrição de bens fora do plano de recuperação judicial (fls. 846/854).

Adveio a contraminuta (fls. 858/859).

O Ministério Público manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 865/866).

Não houve oposição ao rito do julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O presente caso não envolve a discussão sobre ser ou não possível empresas com patrimônio de afetação se sujeitarem ao regime de recuperação judicial (considerando que os arts. 31-A a 31-F, da Lei n. 4.591/1964 surgiram antes da Lei n. 11.101/2005). Parte-se da premissa de que o deferimento da recuperação judicial do GRUPO PDG incluiu empresas (construtoras e incorporadoras) com patrimônio de afetação.

O plano de recuperação prevê na **Cláusula 1.6.30**.

"**Créditos Concursais**": são os Créditos detidos pelos Credores contra as Recuperandas, ou pelos quais as Recuperandas possam vir a responder em decorrência de qualquer tipo de obrigação e/ou Coobrigação, sejam vencidos ou vincendos, materializados ou contingentes, líquidos ou ilíquidos, objeto ou não de disputa judicial ou procedimento arbitral, existentes na Data do Pedido, incluídos aqueles cujo fato gerador e/ou respectiva obrigação seja(m) anterior(es) e/ou coincidente(s) com a Data do Pedido, ou que decorram de contratos, instrumentos ou obrigações existentes na Data do Pedido (observando-se, em relação a obrigações de trato sucessivo, a ocorrência de cada evento sucessivo), sujeitos à Recuperação Judicial e que, em razão disso, podem ser reestruturados por este Plano, nos termos da Lei nº 11.101/2005. Para fins de esclarecimento, são considerados Créditos Concursais, sem prejuízo de quaisquer outros:

(i) os Créditos contra quaisquer Recuperandas, na qualidade de incorporadoras de empreendimentos com Patrimônio de Afetação na hipótese de insuficiência dos ativos integrantes do referido Patrimônio de Afetação; e

(ii) **os Créditos decorrentes de ações judiciais movidas por adquirentes de unidades imobiliárias ou condomínios em empreendimentos sujeitos a Patrimônio de Afetação oriundos de, mas não se limitando a, responsabilidade civil, perdas e danos, indenização por danos material e moral**.

Ainda para fins de esclarecimento, os créditos decorrentes de obrigações de restituição dos valores pagos aos adquirentes de unidades imobiliárias em empreendimentos com Patrimônio de Afetação que tiverem optado por distratar seus contratos de compra e venda são de responsabilidade do Patrimônio de Afetação ao qual estão relacionados, enquanto o referido Patrimônio de Afetação não houver sido extinto, nos termos da Lei nº 4.591/1964" (fls. 53/54 do plano - fls. 125657/125900 dos autos da recuperação judicial - feito n. 1016422-34.2017.0+8.26.0100) (g/n).

Por esta cláusula, é preciso distinguir **dois tipos** de créditos:

1) *vinculados à incorporação* (atrelados ao patrimônio de afetação);

2) *não vinculados à incorporação* (não atrelados ao patrimônio de afeta-

Acesso ao Sumário

ção).

De um lado, os créditos *vinculados* à incorporação, para serem considerados *concursais*, dependem da demonstração da extinção do patrimônio de afetação, seja pela conclusão da obra, seja pela quitação do financiamento junto à instituição financiadora (art. 31-E, Lei nº 4.591/1964).

Se o patrimônio de afetação ainda subsistir, é ele que responde pelas obrigações da incorporadora, não se comunicando com o patrimônio geral da devedora. Fica, portanto, segregado até a conclusão do empreendimento como forma de proteção dos adquirentes.

Nesse sentido, o **Enunciado 628** da VIII JORNADA DE DIREITO CIVIL - CJF (maio de 2018) reza que: "*Os patrimônios de afetação não se submetem aos efeitos de recuperação judicial da sociedade instituidora e prosseguirão sua atividade com autonomia e incomunicáveis em relação ao seu patrimônio geral, aos demais patrimônios de afetação por ela constituídos e ao plano de recuperação* ***até que extintos****, nos termos da legislação respectiva,* ***quando seu resultado patrimonial, positivo ou negativo, será incorporado ao patrimônio geral da sociedade instituidora***" (g/n).

De outro lado, aqueles créditos *não vinculados* à construção e incorporação, para serem tidos como concursais, dependem da *data do fato gerador*, e não necessariamente da extinção do patrimônio de afetação.

Na espécie, o crédito dos habilitantes corresponde à verba **indenizatória por perdas e danos**, não subordinado à existência do patrimônio de afetação, conforme previsto na Cláusula 1.6.30 do Plano de Recuperação e no disposto no art. 31-A, §§ 1º, e 6º da Lei n. 4.591/1964.

Com efeito, o valor relativo às *perdas e danos* decorre de sentença judicial proferida em *ação indenizatória* (fls. 2017/2021 dos autos de origem), nos termos do art. 402, Código Civil.

Ademais, a decisão judicial se lastreou em ***fato gerador anterior*** (contrato firmado em 28/06/2012) ao pedido de recuperação judicial. Por tal motivo, não está vinculado à conclusão do empreendimento, razão pela qual não depende da extinção do patrimônio de afetação.

Noutro dizer, o crédito relativo às ***perdas e danos*** não é inerente à execução e incorporação, bem porque o pleito indenizatório pode abarcar dívidas não projetadas na consecução da obra. Neste caso, como o patrimônio de afetação não responde por obrigações desvinculadas da incorporação, não serve de critério preponderante para se classificar o crédito em concursal ou extraconcursal.

É o que se infere do art. 31-A, §§ 1º e 6º da Lei n. 4.591/1964: "A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao **regime da afetação**, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como

Acesso ao Sumário

os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, ***destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes***".

> § 1º "O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e **só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva**".
>
> § 6º "Os recursos financeiros integrantes do patrimônio de afetação serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas ***inerentes à incorporação***" (g/n).

Em reforço, cabe anotar que no caso vertente já houve a extinção do patrimônio de afetação em razão da quitação do débito da incorporadora perante a instituição financeira (fls. 2145 dos autos de origem).

Conclui-se, portanto, que crédito em discussão tem natureza ***concursal***.

A esse propósito, o conteúdo da **Cláusula 1.6.30** já foi objeto de análise por esta 2ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial no AI n. 2023264-85.2018.8.26.0000, em que se decidiu:

> "o plano, no **item 1.6.30**, diferenciou, quanto às SPEs com **patrimônio de afetação**, e bem acerca da concursalidade, os créditos decorrentes da devolução das parcelas de compromissos dissolvidos, não sujeitos ao plano, porquanto vinculados à afetação, **de outros 'créditos** decorrentes de ações judiciais movidas por adquirentes de unidades imobiliárias ou condomínios em empreendimentos sujeitos a Patrimônio de Afetação oriundos de, mas não se limitando a, responsabilidade civil, perdas e danos, indenização por danos material ou moral', então sujeitos à recuperação.
>
> A questão que aqui se coloca, uma vez reputados extraconcursais, pela direta ligação com a afetação, os créditos consistentes na devolução de parcelas pagas pelo preço de promessas de venda e compra, diz especificamente com as indenizações eventualmente devidas a credores adquirentes de unidades, que ficaram, diversamente, submetidas ao plano, destarte fora da garantia representada pela segregação.
>
> Ou seja, insista-se, o problema que agora se põe está na definição de ***quais créditos então por força de sua vinculação ao patrimônio de afetação, estão fora da recuperação e, ao revés quais ao plano se submetem***.
>
> Não há dúvida de que o patrimônio de afetação se conceba para assegurar os créditos dos promissários, primariamente o de receber suas unidades; bem como o das instituições que financiaram o empreendimento. Tanto assim é que a integridade própria da afetação e a ***incomunicabilidade patrimonial que a caracteriza cessam justamente quando 'do cumprimen-***

Acesso ao Sumário

to da destinação da afetação, isto é, a conclusão da obra, entrega das unidades aos adquirentes e resgate do financiamento da construção*'*. (Melhim Namem Chalhub. Incorporação imobiliária. cit. p. 132).

Tal, de resto, a previsão do artigo 31-E, I, da Lei 4.591/64, com redação da Lei 10.931/04).

E, ainda segundo acentua o mesmo autor, a reforçar o quadro aqui descrito, ***extinto o patrimônio de afetação, nos moldes mencionados, 'o seu resultado será incorporado ao patrimônio geral da empresa recuperanda. Se, nessa ocasião, a recuperação judicial ainda estiver em curso, o conjunto dos direitos e obrigações assim desafetado passará a submeter-se ao plano aprovado na assembleia de credores.***' (...)

Fato porém a remarcar está na consideração de que a afetação tende a assegurar obrigações ativas ***diretamente ligadas*** ao empreendimento e à sua causa, assim a razão da segregação especial a que se procede.

Não por outro motivo o artigo 31-A, par. 8º, expressa se excluírem da afetação os '...recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra...bem assim os recursos necessários à quitação do financiamento para a construção'.

Mesmo no precedente antes citado, a ideia básica foi a de assegurar, sem a integração das SPEs com patrimônio de afetação, os direitos básicos e especiais dos adquirentes, assim o de destituir o incorporador, assumir a construção, no caso de paralisação da obra, ou proceder à venda do terreno e acessões, tudo para garantir seu crédito primário, o de receber a unidade ou a devolução das parcelas por ela pagas. O acórdão inclusive remete a artigo de Marcelo Sacramone (Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 76, p. 21/22, abril/junho de 1917, então no prelo), em que se apontava para a incompatibilidade de submeter os adquirentes à novação recuperacional própria do plano aprovado, privando-os daquelas prerrogativas asseguradas em lei.

Mas isso, como se viu, o plano assegurou, ao garantir a ele não sujeitos os créditos diretamente decorrentes do empreendimento e ligados à afetação, assim compreendidos, além da própria entrega da unidade e o quanto a isto se volte, mesmo que por iniciativa dos promissários, tal qual se vem de assentar sobre seus direitos básicos, o montante das parcelas pagas que acaso deva ser devolvido. Porém, ***o que então não se estenderia às indenizações que representam, afinal, obrigação substitutiva e subsidiária, ou relação derivada, indireta, se se preferir***.

O próprio patrimônio de afetação, veja-se, serve ao reembolso tão somente das '***despesas inerentes à incorporação***' (art. 31-A, parágrafo 6º), tanto quanto sua extinção se dá com a entrega da unidade ou a *devolução*

Acesso ao Sumário

de seu preço, tal como quando há sua revogação (cf. inciso II do art. 31-E), note-se, apenas referindo-se outras obrigações relativas à instituição financiadora do empreendimento (inciso I do art. 31-E). E mesmo quando a Comissão assume a obra, sua receita está em si bem nas prestações devidas pela compra (art. 31-F, par. 12º, inciso III).

Enfim, tudo a indicar quando menos que os próprios credores, aprovando o plano, ***deliberaram sobre a exata interpretação do que a ele se sujeita, tratando-se de créditos de promissários compradores de unidades incorporadas, sem qualquer flagrante ilegalidade de novo***, no mínimo que se ponha na desconsideração do patrimônio de afetação" (AI n. 2023264-85.2018.8.26.0000, 2ª. Câmara de Direito Privado, rel. CLAUDIO GODOY, j. 10/09/2018) (g/n).

Em conclusão, fica reconhecido a natureza **concursal** do crédito, objeto da habilitação, devendo o feito prosseguir em seus ulteriores termos, para apuração exata do respectivo montante.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2195726-48.2018.8.26.0000, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado ALEXANDRE DE FARIA.

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 165522)**

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

São Paulo, 26 de julho de 2021.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - Conferência dos cálculos apresentados pelas partes - Comarca em que não há contador judicial - Nomeação de perito contábil - Possibilidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚ-

BLICA - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - Perícia determinada de ofício pelo MM. Juiz a quo - Custeio da perícia - Regras dos arts. 19, §2º e 33, "caput" do CPC/73 que somente incidem até o trânsito em julgado da fase de conhecimento - Banco já condenado ao pagamento das despesas processuais - Entendimento jurisprudencial consolidado por julgamento de recurso repetitivo - Honorários periciais que devem ser adiantados pelo devedor. Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a decisão que nomeou perito.

Sustenta o agravante, em síntese: desnecessidade de perícia e que o ônus seja repartido.

É O RELATÓRIO.

MM. Juiz *a quo*, não mencionou se na Comarca existe contador judicial habilitado para realização da verificação dos cálculos nos autos apresentados pelas partes.

Não se pode retirar do juiz a possibilidade de, em entendendo o caso, determinar a realização de ao menos uma conferência de contas de liquidação que necessitam ser por ele analisadas não só no aspecto de parcelas componentes, porém, quanto à exatidão matemática.

Discute-se no agravo de quem seria o ônus de suportar o custeio da perícia aludida.

Pois bem.

Fosse caso aqui da incidência do disposto nos artigos 19, §2º e 33, *caput*, ambos do Código de Processo Civil de 1973, não haveria dúvida alguma de que o ônus de custear a perícia em questão seria do agravante.

Todavia, as indicadas regras incidem na fase de conhecimento do processo, de sua instrução, e, deste modo, apenas e tão somente enquanto não haja sentença resolvendo a antes apontada fase e que transite em julgado.

A situação dos autos é diversa.

Veja-se que o processo já se encontra na fase de liquidação da sentença proferida, esta que já transitou em julgado de há muito, sentença esta em que atribuiu-se os ônus da sucumbência ao agravado, posto que vencido na Ação Civil Pública em que originalmente figurava como ré a Nossa Caixa Nosso Banco.

Ora, sendo então o agravado vencido, e estando isto definitivamente acertado, não haveria razão alguma para impor ao agravante o adiantamento de des-

Acesso ao Sumário

pesas em relação às quais está previamente condenado o agravado a suportar.

Nesse sentido vem a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tanto que para os fins do art. 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, no âmbito do REsp nº 1.274.466-SC, da relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, fixaram-se teses pertinentes ao tema em debate, dentre as quais tem-se como aplicável ao caso sob julgamento aquela sob o nº 1.3 de seguinte teor:

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSUAL CIVIL. TELEFONIA. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. **HONORÁRIOS PERICIAIS. ENCARGO** DO VENCIDO.*
>
> *(...)*
>
> *(1.3) "Na fase autônoma de liquidação de sentença (por arbitramento ou por artigos), incumbe ao devedor a antecipação dos honorários periciais".*

Esta orientação, mesmo mais recentemente, mantém-se a mesma, como se pode extrair dos seguintes julgados:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BRASIL TELECOM. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ÔNUS. DEVEDOR.*
>
> *1. Incumbe ao devedor a antecipação dos honorários periciais na liquidação de sentença.*
>
> *2. Agravo regimental não provido.*
>
> (AgRg no REsp 1.382.842/SC, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, j. 18.06.2015).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. ANTECIPAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DO PERITO. OBRIGAÇÃO DO DEVEDOR.*
>
> *1. Na fase autônoma de liquidação de sentença (por arbitramento ou por artigos), incumbe ao devedor a antecipação dos honorários periciais (Recurso Especial 1274466/SC, Segunda Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 21.5.2014).*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento.*
>
> (AgRg no REsp nº 1.291.106/MS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 02.06.2015)

Nestes termos, o correto, para o caso em questão, é determinar-se responda o Banco pelo custeio da perícia determinada de ofício pelo MM. Juiz *a quo*.

Nesses termos, **NEGO PROVIMENTO ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2286045-91.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FRANCISCO DUARTE DA SILVA, é agravado NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.476)**

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

São Paulo, 4 de agosto de 2021.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - Condição única para concessão: necessidade - Parte representada por advogado particular - Irrelevância - A declaração de pobreza firmada pelo interessado, nos termos do § 3º do art. 99 do Código de Processo Civil, goza de presunção juris tantum, que pode ou não ser confirmada por elementos existentes no processo, a autorizar o Juízo a indeferir a concessão do benefício - Presunção de necessidade presente - Inexistência de elementos a elidir a presunção - Benefício da gratuidade negado, decisão reformada - Sentença ulteriormente à oferta deste recurso que indeferiu a petição inicial da ação (porque não emendada como ordenado) e julgou extinto o processo, não impediente da concessão da benesse nesta via, com efeito sobre a condenação do autor ao pagamento das custas do processo. Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Em ação ordinária, o Juízo indeferiu os benefícios da justiça gratuita ao requerente (fls. 80/83).

Insurge-se o requerente. Alega: **a)** é aposentado e não possui condições financeiras para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo de seu sustento e de sua família, anexando declaração de hipossufi-

ciência, cópia da carteira profissional, termo de rescisão do contrato de trabalho e documentos com suas despesas; **b)** o requerente do benefício da assistência judiciária poderá ter a concessão mediante simples afirmação na petição inicial da falta de condições de custeio do processo; **c)** além de todas as suas despesas, possui dependentes e o valor de sua aposentadoria é insuficiente para arcar com as despesas processuais; **d)** a contratação de advogado particular não é impedimento para o benefício, conforme o artigo 99, § 4º do Código de Processo Civil; **e)** a declaração de pobreza goza de presunção *iuris tantum* e somente pode ser elidida por meio de prova em contrário, por meio de procedimento próprio de impugnação, não sendo a contratação de advogado particular não é suficiente para o indeferimento da gratuidade.

Requer o provimento do recurso, para que seja reformada a r. decisão agravada.

A medida liminar foi deferida às fls. 51.

Não houve manifestação da parte contrária, por ainda não ter ocorrido a sua citação.

É o relatório.

1. O agravo é tirado contra a r. decisão que indeferiu a justiça gratuita à recorrente, proferida nos seguintes termos, no ponto aqui interessante:

> "Vistos.
>
> "1) Indefiro os benefícios da gratuidade judiciária à parte autora, visto que o escopo precípuo da Lei n.º 1.060/50 é possibilitar que o necessitado tenha acesso à justiça, mesmo que não tenha condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.
>
> "Ora, o autor não é necessitado, pois recebe benefício previdenciário em valor superior a quatro mil e duzentos reais mensais (fls. 29) e contratou serviços de advocacia privada, infirmando a presunção de pobreza. Ademais, a matéria e o valor da causa permitem o ajuizamento da demanda perante o Juizado Especial Cível, no qual há isenção de custas.
>
> "Por assim ser, tem-se que o instituto da assistência judiciária tem sido desvirtuado, dando azo ao não recolhimento das custas devidas ao Estado, o que deve ser coibido pelo Poder Judiciário.
>
> "A propósito, conveniente trazer à colação os seguintes julgados:
>
> Assistência judiciária - Hipossuficiência - Prova inexistente - Exigência inserida na Constituição Federal em vigor Requisitos para a obtenção do benefício - Desatendimento pelo interessado - Considerações fáticas e doutrinárias - Jurisprudência atual - Gratuidade Indeferida - ORIENTAÇÃO N° 02 da 17ª Câmara de Direito Privado do TJSP - APROVADA

Acesso ao Sumário

NA SESSÃO DE 17 DE AGOSTO DE 2011 E PUBLICADA NO DJE EM 24.08.2011. Para a obtenção do benefício da Justiça gratuita o interessado deve demonstrar sua necessidade, nos termos do art 5º» LXXIV, da Constituição Federal. Agravo de instrumento desprovido. (TJSP, AI nº 0040579-73.2012.8.26.0000 Relator Des. Luiz Sabbato jul. 21.03.12, v.u.).

Agravo de instrumento interposto contra r. decisão pela qual foram indeferidos benefícios da gratuidade Alegação de incorreção Pedido de reforma Suposta violação do disposto pela Lei 1060/50 - Necessidade de comprovação da insuficiência de recursos, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF - Situação não demonstrada Renda mensal de R$ 1.900,00, que se mostra incompatível com a concessão dos benefícios em questão - Manutenção da r. decisão Recurso não provido. (TJSP, AI nº 0018856-32.2011, Rel. Des. Simões de Vergueiro, jul. 13/04/11, v.u.).

Agravo de instrumento. Pedido de concessão do benefício da gratuidade judiciária formulado na inicial. Inadimissibilidade. Elementos insuficientes para a caracterização da condição de hipossuficiente. Ônus probandi da agravante. Recurso desprovido. (TJSP, AI nº 7.304.361-7, Rel. Des. Elmano de Oliveira, jul. 04/03/09, v.u).

JUSTIÇA GRATUITA Miserabilidade jurídica inexistente Benefício negado no primeiro grau- Agravo Improvido, constando no v. acórdão que a agravante é funcionária pública estadual (Assistente de Promotoria), e basta somar os vencimentos de fls. 101 para se constatar não ganhar pouco. Seu 13º salário foi de R$ 2.478,13 (cf. fls. 103). O benefício há de ser concedido aos que não têm responsabilidade por serem juridicamente pobres, e não para quem, voluntariamente, se enterrou em dívidas em cartão de crédito. Além disso, se qualifica como sendo casada, pelo que há ainda os ganhos de seu marido para o sustento da família. A gratuidade, pois, não se justifica. (TJSP, AI nº 7.321.424-3, Rel. Des. Silveira Paulilo, jul. 04/02/09, v.u).

Gratuidade de justiça. Hipossuficiência não demonstrada. Parte que não comprovou a alegada insuficiência de recursos. Ônus que lhe competia. Exigência constitucional não observada. Agravo desprovido. (TJSP, AI nº 586.664-4/9-00, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, jul. 06/08/08, negaram provimento, v.u). ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Mera afirmação (declaração) de impossibilidade de pagar honorários periciais Exigência de comprovação do estado de necessidade, em 10 dias embargantes que são engenheiro e do lar e desde logo constituíram procurador judicial de livre escolha para assisti-los Necessidade reconhecida da demonstração da insuficiência de recursos Artigos 5º, LXXIV, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, 4ª, § 1º e 5º, da Lei nº 1.060/50 Decisão mantida -

Acesso ao Sumário

Agravo improvido (1º TACSP, AI nº 1.277.358-5, Rel. Juiz Correia Lima, jul. 29/03/04, v.u.).

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Indeferimento Pedido que não pode ser concedido com base somente em declaração feita pelos interessados, de que não têm condições de arcar com as custas e despesas processuais Necessidade de que sejam analisados todos os elementos contidos nos autos Recurso não provido (TJSP, AI nº 331.747.4/2, Rel. Des. Arthur Del Guercio, jul. 03/03/04, v.u.).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAPESSOA QUE SE DISPÕE A ADQUIRIR VEÍCULO DE PREÇO ELEVADO NÃO COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS, EXIGIDA PELO ART. 5º, INCISO LXXIV, DA CF RECURSO IMPROVIDO Dispondo o art. 5º, inciso LXXIV, da CF, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, incabível a concessão desse benefício a pessoa que deixa de fazer prova e se propõe a adquirir veículo cuja parcela mensal corresponde a quase o equivalente a dez salários mínimos (2º TACSP, AI nº 819.712-0/0, Rel. Juiz Luís Camargo Pinto de Carvalho, jul. 05/11/03, v.u.).

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Declaração de pobreza firmada pelo interessado - Presunção juris tantum desmentida por elementos em contrário, existentes nos autos - Benefício indeferido. Decisão mantida. A declaração de pobreza firmada pelo interessado, nos termos do art. 4º da Lei 1.060/50, goza de presunção juris tantum, que pode ser desmentida por elementos existentes no processo, a autorizar o Juízo a indeferir a concessão do benefício. Agravo improvido (TJSP, AI nº 310.536-4/6-00, Rel. Des. João Carlos Saletti, jul. 01/10/03, v.u.), constando referência a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça do seguinte teor a simples afirmação não obriga o Juiz a deferir o benefício, quando do conjunto dos elementos trazidos ao seu conhecimento ele entenda não existir a necessidade alegada (RSTJ 11/261, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Gratuidade Elementos existentes nos autos dando conta de que o requerente não faz jus ao benefício Indeferimento Agravo improvido (TJSP, AI nº 284.058.4/1, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, jul. 13/05/03, v.u.).

Afastada a presunção de pobreza do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50, pelos elementos constantes nos autos, é de ser indeferida a concessão da assistência judiciária gratuita ao agravante (2º TAC, Agravo de Instrumento nº 756.683-0/2, Rel. Juiz Gomes Varjão, jul.18/09/02, v.u.), constando no v. acórdão que a declaração de pobreza constitui presunção relativa,

Acesso ao Sumário

que admite prova em contrário. Logo, a declaração pura e simples do interessado não constitui prova inequívoca do que foi afirmado nem obriga o juiz a decidir em favor do peticionário se a afirmação de pobreza não estiver em harmonia com os elementos constantes nos autos. Justiça gratuita. Autora que é advogada. Caso em que, à míngua de explicação mais detalhada sobre as razões pelas quais entende ser pobre, não prevalece a presunção decorrente da afirmativa de pobreza (2º TACSP, AI nº 756.587-0/1, Rel. Juiz Dyrceu Cintra, jul. 14/08/02, v.u).

"Recolha, pois, as custas iniciais, a taxa previdenciária e as despesas postais, nos termos termos do disposto no Provimento CG nº 33/2013 (...)".

2. Inicialmente, o fato de o recorrente estar representado por advogado particular não significa necessariamente tenha condições financeiras, nem o impede de obter gratuidade processual, como se tem reiteradamente decidido.

Em primeiro lugar porque não há necessidade de estar a parte representada por advogado ligado ao convênio firmado entre o Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil, ou, ainda, pela Defensoria Pública, ou serviço equivalente para que lhe sejam concedidos os benefícios da assistência judiciária.

Nem a Constituição nem a Lei condicionam a concessão do benefício a essa exigência.

A condição exigida é de que o beneficiário não tenha condições de arcar com as custas do processo, em sentido lato, incluindo as despesas com o processo (taxa judiciária, etc.) e os honorários advocatícios. E só.

Por outro lado, o fato de a postulante fazer-se representar por advogado de sua escolha não faz diferença. É bem verdade serem distintas a justiça gratuita e a assistência judiciária, como observam o saudoso Professor CELSO BASTOS e o jurista IVES GANDRA MARTINS, citando Humberto Peña e José Fontenelle, por sua vez assentados em PONTES DE MIRANDA: "*o benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito processual. A Assistência Judiciária é organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo*" (Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1989, 2º vol., pág. 376).

Tomada a distinção por princípio, tem-se, então, que para conceder gratuidade de justiça necessidade não há de saber quem representa a parte beneficiária. É preciso apenas seja ela necessitada da benesse. Mas, quem o representa, é de perguntar. Será preciso esteja representado pela Defensoria ou, na sua falta, por advogado indicado pelo Convênio do Estado com a OAB?

Aludido convênio, como se sabe, foi firmado para regulamentar a parti-

Acesso ao Sumário

cipação dos advogados liberais no serviço de assistência judiciária, dada a circunstância de que os quadros do Estado são insuficientes para atender a toda a demanda por esse serviço. E atender de forma a que o Estado, de conformidade com o combinado com a OAB, e a previsão do Estatuto (Lei 8.906/94), possa remunerar os Advogados.

Mas, se determinada pessoa escolhe um advogado em particular, ligado ou não ao convênio, que se preste a trabalhar gratuitamente para ela, nesse caso, então, não faz jus ao benefício? A resposta, já se disse, é negativa, posto que a lei não faz qualquer distinção. E onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir, é regra de hermenêutica.

De qualquer modo, com o advento do novo Código de Processo Civil Vale, a questão foi definitivamente resolvida, porquanto o § 4º do artigo 99 afirma expressamente não impedir a gratuidade o fato de a parte ser assistida por advogado particular.

3. Mas, se a contratação de advogado particular não é impediente da concessão da benesse, é preciso saber se o recorrente faz jus a ela. Vejamos.

Ensina a doutrina do Desembargador MAURÍCIO VIDIGAL (Lei de Assistência Judiciária Interpretada, ed. Juarez de Oliveira, 2000, pág. 38/39), que

> "A simples afirmação não obriga o juiz a deferir o benefício, quando do conjunto dos elementos trazidos ao seu conhecimento ele entenda não existir a necessidade alegada (RSTJ, 111/261, relator o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO), decisão em que é reconhecida a presunção 'ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas razões', e RT, 746/258, relator CARLOS RENATO DE AZEVEDO FERREIRA, na qual há transcrição da lição de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA NERY, em Código de Processo Civil Comentado, nota 1, ao art. 4º da Lei de Assistência Judiciária, 2ª ed., Revista dos Tribunais, segundo a qual a declaração do interessado 'não é prova inequívoca daquilo que ele afirma, nem obriga o juiz a se curvar a seus dizeres se de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio".

De fato, a declaração de pobreza firmada pelo interessado, nos termos da Lei de Assistência Judiciária (Lei nº 1.060/50) goza de presunção *iuris tantum* que, entretanto, pode ser desfeita à vista dos elementos trazidos aos autos.

Neste passo, não é demais lembrar a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, em v. aresto da lavra do Ministro MOREIRA ALVES (parcialmente transcrito na obra acima citada), afirmando:

> "Não pode o Estado eximir-se desse dever" (de prestar assistência jurídica integral) "desde que o interessado comprove a insuficiência de recursos, mas isso não impede que ele, por lei, e visando facilitar o amplo

Acesso ao Sumário

acesso ao Poder Judiciário, que é também direito fundamental (art. 5º, XXXV, da Carta Magna), conceda assistência judiciária gratuita - que aliás, é menos ampla do que a assistência jurídica integral - mediante a presunção juris tantum de pobreza decorrente da afirmação da parte.

"Por outro lado, se a Constituição exigisse prova de necessidade, isso não afastaria a possibilidade de a lei entender estar ela demonstrada pela presunção decorrente da declaração referida. Presunções são provas indiretas, pois fazem que de um fato conhecido se julgue provado outro desconhecido" (RTJ-755/182)".

Não fosse assim, o Juiz tornar-se-ia mero expectador entre partes, aguardando manifestação ou provocação da parte contrária, quando manifesto o descabimento do benefício pleiteado.

O quadro não muda à luz do disposto no § 3º do mesmo artigo 99 do Código de Processo Civil agora em vigor, segundo o qual "*presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*".

A presunção continua relativa e suscetível de prova em contrário, prova essa pode já estar presente nos autos, de modo a não depender o Juiz de iniciativa da parte contrária para negar o benefício.

4. Neste caso, o recorrente juntou cópias de sua CTPS, demonstrando ter sido demitido em novembro de 2016 (fls. 28 dos originais) e comprovante de recebimento de benefício previdenciário, no valor de R$ 4.208,53, relativamente a setembro de 2018 (fls. 29/30 dos originais). O rendimento, agora o único de que dispõe o recorrente, não pode ser considerado como sendo de alto valor, ainda mais porque existem despesas básicas - incluído o próprio plano de saúde - e despesas com os dependentes (fls. 93/105 dos originais) que comprometem parte do benefício, de sorte que crível a assertiva de não poder o recorrente arcar com o custo do processo sem prejuízo do próprio sustento e de sua família.

De qualquer modo, aqui, não há sequer indícios a demonstrar o contrário, ou, por outra, que se cuide de pessoa de posses. Esses elementos não desautorizam a presunção emanada de sua declaração, de que necessita da gratuidade, porque não tem rendimentos suficientes para arcar com as custas processuais. Pelo contrário, dão sustentação à alegada necessidade da benesse.

Em sendo assim, convém reformar a r. decisão recorrida e deferir a gratuidade, *si et in quantum* outros elementos não hajam a infirmar a declaração de pobreza, assegurada a impugnação, na forma da lei, à parte contrária.

Tal impugnação não sucederá porque o Juízo indeferiu a petição inicial porque não emendada como determinado, de sorte que o processo foi julgado extinto por sentença já transitada em julgado (cf. fls. 131 e seguintes dos autos principais). A circunstância não impede se conceda a gratuidade neste agravo, com efeitos sobre a decisão de primeiro grau, eis que lá imposto ao agravante o

pagamento das custas.

5. Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2080021- 94.2021.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante CLÍNICA DE FISIOTERAPIA APOIO S/S LTDA. - ME, é agravado NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.523)**

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

São Paulo, 5 de agosto de 2021.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão proferida na vigência do novo CPC - Decisão recorrida que não se encontra discriminada no rol taxativo do artigo 1.015 do novo CPC e seu parágrafo único - Insurgência que deverá ser arguida, se o caso, em recurso de apelação ou sua resposta, nos termos do artigo 1.009 do CPC - Agravo não conhecido:

- O Código de Processo Civil em seu artigo 1.015 e parágrafo único, apresenta rol taxativo acerca das matérias recorríveis mediante agravo de instrumento, sendo que, não estando a decisão recorrida prevista no referido rol, e não sendo a hipótese de mitigar a taxatividade do dispositivo legal, por ausência das condições previstas em recurso decidido pelo STJ para essa hipótese, a insurgência somente poderá ser arguida, se o caso, em recurso de apelação ou em sua resposta.

RECURSO NÃO CONHECIDO

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto da respeitável decisão proferida a fls. 945/946 que, nos autos da ação de indenização por dano material ajuizada por NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A contra CLÍNICA DE FISIOTERAÍA APOIO S/S LTDA. ME, acolheu a impugnação ao valor da causa para fixar tal montante em R$ 2.000.000,00, correspondente ao proveito econômico buscado, determinando à parte autora a complementação das custas iniciais, sob pena de cancelamento da distribuição; bem como rejeitou as preliminares de inépcia da inicial e falta de interesse de agir, ventiladas em contestação, "*porque, considerando a natureza da fraude, consistente na emissão de guias fictícias, não é possível, desde logo, determinar as consequências do ato ou fato, sendo possível, em caráter excepcional, a formulação de pedido genérico. Note- se que o lapso temporal é bem determinado (março/2019 a março/2020), sendo as instâncias, cível/criminal, autônomas e independentes, pelo que não prospera, também, a preliminar de falta de interesse processual (fls. 743)*".

Irresignada agrava a ré, sustentando o desacerto da r. decisão de origem, tendo em vista que, não obstante tenha acolhido a impugnação ao valor da causa, com base no prejuízo sustentando pela agravada na esfera criminal, deixou o MM. Juiz "a quo" de acolher as preliminares de inépcia da inicial, com base na formulação de pedido genérico, sem amparo pelas exceções legais; e ausência de interesse de agir.

Argumenta que "*a parte ré, ora agravante, opôs embargos declaratórios, visando sanar ponto de contradição identificado, posto que a premissa adotada para a determinação do ajuste do valor da causa deveria valer para a análise da preliminar de inépcia invocada, de modo que a ausência de sua serventia dúplice configura contradição*".

Afirma que o valor de R$ 2.000.000,00, indicado no inquérito policial deveria representar a delimitação da prova das alegações autorais, o que, contudo, não se verifica da exordial, a conduzir à conclusão de sua inépcia.

Defende que "*[...] se a agravada alega que a suposta fraude alcançou o referido montante milionário, deverá ela fazer prova disso para que lhe seja concedida a procedência dos pedidos. O que não se pode aceitar, no entanto, é que a agravada se valha de valor ínfimo para a propositura da ação e terceirize ao perito o dever de prova que lhe cabia desde o início da demanda. Tampouco se pode aceitar que a agravante tenha contra si uma ação, cujo valor da causa seja de R$ 2.000.000,00, porém que não haja, na delimitação dos pedidos, a origem de tal quantia. Isso fere, inclusive, o direito ao contraditório efetivo*".

Discorre sobre a ausência de interesse processual, sob a ótica de seu binô-

Acesso ao Sumário

mio necessidade-utilidade, uma vez que a comprovação do crime é indispensável ao pedido indenizatório, deduzido na esfera cível, sendo "*[...] absolutamente desnecessária a movimentação da máquina judiciária e da administrativa, ao mesmo tempo, para se buscar a produção da mesma prova, das mesmas condutas*" (fls. 12).

O recurso é tempestivo, bem-preparado (fls. 1715/1716) e não houve pedido liminar (fls. 1732).

A agravada apresentou contraminuta a fls. 1737/1747, postulando, preliminarmente, o não conhecimento do recurso de agravo de instrumento, tendo em vista não estar abrangido pelo rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil, tampouco pelas hipóteses de mitigação, conforme entendimento sufragado pelo C. Superior Tribunal de Justiça. No mérito, postulou a manutenção da r. decisão guerreada por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

I. Cuida-se de ação declaratória c.c indenizatória movida por NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A contra CLÍNICA DE FISIOTERAPIA APOIO S/S LTDA., na qual alega terem as partes celebrado contrato de prestação de serviços, em 17 de março de 2016. Contudo, em 6 de janeiro de 2020, seu departamento de assessoria ao canal de ética recebeu denúncia acerca da prática, pela ré, de crime, consubstanciado na falsificação das guias de atendimento, com o escopo de aumentar o faturamento mensal. Após apuração interna e constatação de aumento considerável de atendimentos, no período de março/2019 a março/2020, procedeu com a rescisão imediata e motivada do contrato, além da comunicação do ocorrido à autoridade policial, o que deu ensejo à abertura de inquérito policial. Pugna, portanto, pela condenação da ré à restituição dos valores indevidamente recebidos em decorrência da fraude perpetrada.

Após contestação e réplica, sobreveio a r. decisão guerreada (fls. 945/946 dos autos originários), integralmente mantida após a oposição de embargos de declaração pela parte agravante (fls. 952/953).

"*Dispõe o art. 291 CPC que, 'a toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível'. O autor, ao postular a instauração de inquérito policial, relativamente aos mesmos fatos objeto da demanda, afirmou prejuízo/dano, ainda que aproximado, de R$ 2.000.000,00 (fls. 74/87). Não pode, agora, indicar o valor de R$ 10.000,00, apenas porque, segundo entende, pendente perícia/liquidação (fls. 23). Portanto, acolho a impugnação ao valor da causa, para fixar R$ 2.000.000,00, proveito econômico almejado/estimado. Prazo de 10 (dez) dias para complementação das custas/despesas processuais, sob pena de cancelamento da distribuição. Rejeito a preliminar de inépcia da petição inicial (fls. 739), porque, considerando a natureza da fraude, consistente na emissão de guias fictícias, não é pos-*

Acesso ao Sumário

sível, desde logo, determinar as consequências do ato ou fato, sendo possível, em caráter excepcional, a formulação de pedido genérico. Note-se que o lapso temporal é bem determinado (março/2019 a março/2020), sendo as instâncias, cível/criminal, autônomas e independentes, pelo que não prospera, também, a preliminar de falta de interesse processual (fls. 743). Digam as partes sobre a produção de provas, em 10 (dez) dias, especificando-se-as, de forma objetiva. Após, conclusos. Int" (fls. 945/946 dos autos originários).

Pois bem. É certo que o Código de Processo Civil disciplina a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra as decisões constantes no rol de seu artigo 1.015 e no parágrafo único abrange todas as decisões proferidas em liquidação ou cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

De tal modo, excepcionadas as hipóteses arroladas no referido artigo e seu parágrafo único, eventual insurgência contra a decisão interlocutória somente poderá ser arguida nas razões da apelação ou sua resposta, conforme previsão do artigo 1.009, § 1º, do Código mencionado.

Não olvida, contudo, a taxatividade mitigada, conforme decidido pelo **Superior Tribunal de Justiça** no v. acórdão que apreciou o Tema n. 988, pela sistemática dos Recursos Repetitivos, assim ementado:

> "*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015.*
>
> *IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.*
>
> *1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.*
>
> *2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as 'situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação'.*
>
> *3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses*

Acesso ao Sumário

em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência.

9- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1704520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018)". *(g.n.)*

Acesso ao Sumário

Por esse motivo, quando se verificar **urgência** decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, impõe-se o conhecimento do recurso de agravo de instrumento.

Contudo, na hipótese dos autos, tal requisito não se faz presente, uma vez que as matérias preliminares rechaçadas poderão ser oportunamente deduzidas pela via própria. Em suma, eventual prejuízo poderá ser arguido em preliminar de apelação ou mesmo de resposta ao recurso[1].

Em casos análogos, assim decidiu esse E. Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que rejeitou a preliminar de inépcia da inicial suscitada pelo agravante e não deferiu a produção de uma das provas por ele requerida - Questões relativas à inépcia da inicial e produção de prova que não podem ser conhecidas, por não estarem incluídas no rol do art. 1.015 do CPC - Hipóteses em que não cabe a mitigação da taxatividade do dispositivo - Recurso não conhecido*". (Agravo de Instrumento: 2116138-21.2020.8.26.0000, Relator: Marcus Vinicius Rios Gonçalves, Data de Julgamento: 18/06/2020, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/06/2020).

"*USUCAPIÃO. Insurgência da ré. Alegação de inépcia da inicial. Matéria que não consta no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015. Resolução da matéria alegada que não é urgente e não se vislumbra prejuízo à agravante. Agravo não conhecido*". (Agravo de Instrumento n. 2048055-16.2021.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 10/03/2021, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/03/2021).

"*AGRAVO INTERNO - Decisão monocrática que não conhecera de agravo de instrumento interposto contra decisão que afastara preliminar de falta de interesse de agir - Inconformismo - Matéria não impugnável pela espécie recursal - Observância do rol taxativo do art. 1.015, do CPC - Decisão monocrática mantida - Agravo interno desprovido*". (Agravo Interno: 2045176-36.2021.8.26.0000, Relator: HERTHA HELENA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 25/05/2021, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/05/2021).

Porque, no presente caso, não se verifica a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, pelo que, não se conhece do presente recurso por inadequação da espécie recursal.

II. Ante o exposto, por meu voto, **não se conhece do recurso**.

1 Art. 1.009, § 1º: "As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões".

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2106775-73.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada THEREZA CRISTINA PALITOL LEITE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 117706)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente) e ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 16 de agosto de 2021.

CARLOS ALBERTO LOPES, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DA SENTENÇA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Decisão que homologou os cálculos apresentados pelo Perito Judicial - Excesso configurado - Necessidade de refazimento dos aludidos cálculos - Recurso provido

VOTO

O recurso é de agravo de instrumento, interposto da r. decisão que homologou os cálculos elaborados pelo Perito Judicial.

Alega a agravante que se equivocou o Magistrado ao homologar os mencionados cálculos, eis que o montante exequendo é excessivo.

Ao presente recurso foi atribuído o efeito suspensivo, por estarem presentes os requisitos necessários à sua concessão.

A agravada, regularmente intimada, não apresentou resposta.

É o Relatório.

O recurso comporta provimento.

Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2103027-67.2020.8.26.0000, esta Câmara determinou a exclusão dos juros remuneratórios do montante exequendo, computados após o mês de fevereiro do ano de 1989.

Da supracitada decisão, foi interposto Recurso Especial, ao qual não foi dado efeito suspensivo, sendo certo que os parâmetros de cálculo estipulados na aludida decisão devem ser obedecidos.

Acesso ao Sumário

Ao elaborar a planilha de fls. 362/412 dos autos principais, o Perito Judicial não observou o julgado, porquanto incluiu o referido encargo no montante exequendo.

Por esse motivo, o excesso no valor da execução restou caracterizado, razão pela qual, respeitado o entendimento do Juízo *a quo*, equivocou-se o magistrado ao homologar o laudo pericial.

Desta maneira, o refazimento dos cálculos do montante devido é medida que se impõe, como forma de se evitar o enriquecimento ilícito da exequente, oportunidade em que deverão ser respeitados todos os parâmetros estabelecidos por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2103027-67.2020.8.26.0000.

PELO EXPOSTO, dá-se provimento ao recurso, para determinar o recálculo do montante exequendo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2070946-65.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTOS S/A (MASSA FALIDA), são agravados CONSTRUTORA TRIUNFO S/A e ANTONIO JOSÉ MONTEIRO DA FONSECA QUEIROZ.

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 46756)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente sem voto), CORREIA LIMA e REBELLO PINHO.

São Paulo, 24 de agosto de 2021.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Depósito judicial de pagamentos parciais - Amortização de dívida - Cômputo do valor atualizado pela entidade financeira para abatimento do saldo devedor - Inadmissibilidade - Hipótese em que os valores históricos devem ser deduzidos ao tempo do respectivo depósito, como determinou a decisão, com o abatimento do pagamento parcial na data em que foi realizado, cessando os encargos moratórios sobre as quantias abatidas

- Se o depósito foi realizado como pagamento parcial e não garantia, a atualização realizada pela entidade financeira depositária não pode ser considerada para fins de abatimento do restante da dívida, pois é fruto de valores de propriedade da Massa credora - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

1. Agravo de instrumento contra a decisão que acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos pelo agravante (para declarar que o depósito judicial mencionado na decisão que acolheu parcialmente a impugnação foi realizado em conta judicial vinculada aos autos do processo de falência).

Sustenta o recorrente que a amortização da dívida deverá ser calculada com os valores originários depositados.

Recurso processado sem efeito suspensivo, com resposta dos agravados, sendo dispensada a requisição de informações ao juízo da causa. A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

2. Embora a decisão recorrida tenha corretamente acolhido o excesso de execução para que fossem abatidos os valores dos depósitos judiciais realizados pelos devedores, a Massa credora tem razão quanto à impossibilidade de dedução dos cálculos do valor atualizado dos depósitos.

Isto porque convergem as partes que tais depósitos foram realizados como pagamentos parciais e não como garantia do juízo, daí porque devem ser abatidos do valor da dívida atualizada ao tempo da realização de cada um deles (cessando assim eventuais encargos moratórios sobre eles incidentes), **num cálculo bem próximo daquele apresentado pelos próprios devedores em sua impugnação** (cf. fl. 27).

O que não se pode é considerar que eventual valor da atualização do depósito pela entidade financeira depositária seja considerado para fins do abatimento da dívida, pois, como o depósito foi realizado a título de pagamento, os seus frutos posteriores são de propriedade da Massa Falida credora.

Daí porque o recurso é provido para afastar a exclusão de R$ 812.078,25 (valor atualizado dos depósitos) e para que a dívida seja atualizada nos termos da fundamentação.

3. Posto isso, o meu voto dá provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2077064-23.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes SUELLEN DE CARVALHO QUEIROZ MARTINS e FRANKLIN MOREIRA DA SILVA, são agravados JOELMA ANTONIA DA SILVA e FLÁVIA PORTAL DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11º Grupo 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 20.167)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), DÉCIO RODRIGUES, FÁBIO PODESTÁ e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 1º de julho de 2021.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE, NOS AUTOS DE AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA PELOS AGRAVANTES, INDEFERIU A CONCESSÃO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA E DETERMINOU O RECOLHIMENTO DAS CUSTAS INICIAIS E O DEPÓSITO DE 5% A QUE ALUDE O INCISO II, DO ARTIGO 968, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, SOB PENA DE INDEFERIMENTO DA INICIAL.

JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EFETUADO. AUSÊNCIA DE RAZÕES PARA MODIFICAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA RECORRIDA.

AGRAVO INTERNO DESPROVIDO COM DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO APÓS PUBLICAÇÃO DIANTE DO QUE, DE OFÍCIO, CONFERE-SE EFEITO SUSPENSIVO A ESTE RECURSO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

SUELLEN DE CARVALHO QUEIROZ e **FRANKLIN MOREIRA DA SILVA** interpõem AGRAVO INTERNO da decisão monocrática de fls. 2441/2443, que nos autos da ação rescisória que movem em face de **JOELMA ANTONIA DA SILVA**, visando a desconstituição da decisão monocrática de fls. 2409/2413, referendada pelo acórdão proferido no Agravo Interno nº 1027878-18.2016.8.26.0002/50000, de fls. 2415/2419, e que gerou a rejeição aos embargos de declaração a ele opostos de nº 1027878-18.2016.8.26.0002/50001, de fls. 2435/2439, sob a relatoria do Desembargador Maia da Rocha, da Colenda 21ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indeferiu o pleito de gratuidade judiciária e determinou aos autores, que no prazo de 15 (quinze) dias recolhessem as custas incidentes sobre o valor dado à causa e o depósito de 5% a que faz referência o inciso II, do artigo 968, do Código de Processo Civil, sob pena de indeferimento da inicial.

Os agravantes retomam a temática desenvolvida na inicial, acerca da incompetência da 21ª Câmara de Direito Privado para julgar o recurso de apelação; assinalam que houve processo criminal comprovando a falsidade das alegações da requerida; enfatizam que devem sim ser considerados beneficiários da gratuidade judiciária, conforme documentação acostada aos autos e que o relator antes de indeferir o pedido deveria ter intimado a parte para comprovação dos pressupostos (fls. 11/12).

Tecem considerações sobre a inconstitucionalidade do valor das custas de preparo de 4% sobre o valor dado à causa (fls. 15) e pedem o Juízo de retratação ou a submissão do presente recurso à consideração e provimento pelo Colegiado.

Recurso tempestivo, dispensada a apresentação de contraminuta.

É o relatório do essencial.

Trata-se de ação rescisória a que os autores deram à causa o valor de R$ 100.000,00.

Não vejo razão para efetuar juízo de retratação nesta oportunidade, mantendo a decisão que indeferiu a gratuidade judiciária perseguida pelos seus próprios fundamentos.

E como os agravantes em verdade postulam a apreciação deste recurso pelo Colegiado passo a recapitular os tópicos de interesse tratados na decisão recorrida.

> "Observo que o ponto fulcral de insurgência contra a decisão monocrática referendada pelos acórdãos de agravo interno e de embargos de declaração é que se após o indeferimento da assistência judiciária, o relator, na sequência da intimação para recolhimento do preparo, e uma vez

Acesso ao Sumário

constatada a insuficiência deste, deveria ter determinado a realização de nova intimação para que fosse complementado o preparo reconhecidamente insuficiente, a teor do § 2º, do art. 1.007, do Código de Processo Civil, o que não ocorreu.

"Ora, em que pese a juntada da CTPS da autora e das declarações de ajuste fiscal na tentativa de comprovar a hipossuficiência econômica dos autores (fls. 63 e seguintes), o certo é que o pedido de concessão de gratuidade judiciária colide frontalmente com o pedido de desconstituição do acórdão em razão de não ter sido dada oportunidade de complementação do preparo revelado insuficiente.

"Em assim sendo, considerando que a ação rescisória não é meio processual para afirmação do direito em tese (em abstrato),[1] não é possível a concessão da assistência judiciária requerida diante da evidente contradição postulada.

"Ante o exposto, indefiro o pleito de gratuidade judiciária e determino aos autores, para que no prazo de 15 (quinze) dias recolham as custas incidentes sobre o valor dado à causa e o depósito de 5% a que faz referência o inciso II, do artigo 968, do Código de Processo Civil, sob pena de indeferimento da inicial".

Ante o exposto, **meu voto nega provimento ao agravo interno, com determinação de recolhimento após publicação, diante do que, de ofício, confere-se efeito suspensivo a este recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2110340-45.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S/A, é agravada TAM LINHAS AÉREAS S/A (LATAM AIRLINES BRASIL).

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 51.166)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO GOSSON (Presidente sem voto), ROBERTO MAC CRACKEN e EDGARD ROSA.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

MATHEUS FONTES, Relator

1 "Na ação rescisória há *julgamento de julgamento*. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela não se examina o direito de alguém, mas a *sentença passada em julgado*, a prestação jurisdicional, não apenas *apresentada* (seria recurso), mas já *entregue*" (Pontes de Miranda. *Tratado da Ação Rescisória, da sentença e de outras decisões*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 120).

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA - DISCUSSÃO SOBRE METODOLOGIA DA PERÍCIA - HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA NO ART. 1.015 E PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC - ROL TAXATIVO - NÃO APLICAÇÃO AO CASO DA TESE FIXADA PELA CORTE ESPECIAL DO STJ NOS RECURSOS ESPECIAIS Nº 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA PARA FINS DO ART. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015 - RECURSO NÃO CONHECIDO - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno da decisão do relator, que, por inadmissível, não conheceu de agravo de instrumento em produção antecipada de prova, da decisão cujo inteiro teor transcrevo:

"Vistos. O objeto da prova pericial foi delimitado a fls. 595/596. A sua ampliação foi indeferida a fls. 1027/1028. Até o momento, porém, os trabalhos não foram concluídos. Trata-se de estudos para obtenção de custos para a arrecadação de tarifas aeroportuárias pela companhia aérea, uma vez que, após o término da operação do serviço aeroportuário pela INFRAERO - época em que a taxa foi contratada entre as partes em 1,533% e 3%, para voos internacionais e nacionais, respectivamente - não houve novo acordo entre a companhia aérea e a concessionária. Por isso, o ajuizamento de ação cautelar de produção de prova, para delimitação do custo do serviço e percentual da remuneração, com o fim de viabilizar futura composição ou ação de cobrança. É evidente que o ajuste da remuneração apenas poderia ser realizada, de forma satisfatória para ambas as partes, de forma negocial. Ao preferirem travar a discussão em Juízo, devem suportar o ônus de eventual deliberação desfavorável, inclusive quanto à metodologia de apuração do valor, desde que o trabalho seja conduzido com probidade, seriedade e com base nas técnicas e protocolos do campo de conhecimento do perito. Para viabilizar a efetivação do exame, a tarefa foi confiada a Perito Judicial que, em suas manifestações de fls. 1054/1057 e 1961/1964, expôs a forma que considera adequada para análise dos dados e cumprimento do encargo. De rigor, pois, que, em acolhimento ao exposto a fls. 1055, o trabalho técnico seja conduzido nos mesmos moldes dos processos anteriores (1019897-35.2016.8.26.0002 e 1018859-85.2016.8.26.0002), com as considerações de fls. 1961/1964. Não cabe, neste feito - produção antecipada de provas - a disponibilização de toda a documentação utilizada para a perícia (requerimento de fls. 1974) nos autos. Deve-se garantir, outrossim, o acesso das partes aos documen-

Acesso ao Sumário

tos, conforme relatado pelo perito a fls. 1054/1057. Com relação à necessidade ou não das traduções juramentadas - recordando tratar-se de ação de produção antecipada de provas - caberá ao perito, caso entenda necessário, informar ao Juízo, para que haja determinação nesse sentido. Caso considere desnecessária a vinda, deverá apenas justificar em seu laudo. Se for do interesse das partes, a exibição dos documentos deverá ser pleiteada nos autos da ação de conhecimento. Em suma, acolhem-se as considerações do perito, para que o exame seja realizado de acordo com os critérios expostos a fls. 1961/1964, inclusive sobre os relatórios gerenciais da empresa requerente. Indeferem-se, por consequência, os requerimentos adicionais de fls. 1974/1975. Intime-se, portanto, o perito, para continuidade dos trabalhos, nos termos supra. Intime-se".

Sustenta a agravante o cabimento do agravo de instrumento, pedindo reforma.

Mantida a decisão, dispensada intimação da agravada por falta de prejuízo, os autos foram à Mesa.

É o Relatório.

Foi o seguinte o teor da decisão do relator:

"O recurso não deve ser conhecido.

Pela sistemática do Novo Código de Processo Civil, caberá recurso de agravo de instrumento apenas de decisões interlocutórias nas hipóteses taxativas a que alude o art. 1.015 e seu parágrafo único do CPC (Nelson Nery Junior, Comentários ao CPC, art. 1.015:3, pág. 2078, RT, 2.015).

A agravante recorre da decisão do juiz que acolheu as considerações do perito para realização do laudo pericial. Discute-se no recurso a metodologia da perícia. Tal hipótese não consta do rol taxativo do art. 1.015 do CPC, tampouco se identifica com o art. 382, § 4º do mesmo estatuto.

Convém destacar que a decisão proferida na cautelar de produção antecipada de provas é meramente homologatória, sendo que eventuais questionamentos quanto aos laudos periciais poderão ser realizados nos autos principais, ocasião em que o julgador fará a devida valoração das provas. Precedentes: AgRg no AREsp. 439.163/PE, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 5.11.2015; AgRg no AREsp. 336.255/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 1o.8.2014; REsp. 1.191.622/MT, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 8.11.2011 (AgRg no Ag 1329453/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 11.10.2016).

Não se aplica, por conseguinte, tese fixada pela Corte Especial nos Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, Relatora de ambos a Ministra Nancy Andrighi, DJe 19.12.2018, representativos de controvérsia para fins do art. 1.036 e seguintes do CPC, ausente urgência decorrente da inutilidade do julgamento.

No sentido os precedentes desta Corte em casos análogos: Agravo de Ins-

Acesso ao Sumário

trumento nº 2246048-04.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 16.12.2020; Agravo de Instrumento nº 2244428-54.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida. j. 17.11.2020; Agravo de Instrumento nº 2131819-65.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, j. 21.11.2019; Agravo de Instrumento nº 2244491-79.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Lino Machado, j. 15.10.2020.

Ante o exposto, porque inadmissível, não conheço do recurso com fulcro no art. 932, inciso III, do CPC".

As razões apresentadas no agravo interno não permitem modificar os fundamentos da decisão recorrida, por estar em consonância com o disposto na lei processual civil quanto às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, entre as quais não se insere a presente, motivo pelo qual deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1011356-84.2020.8.26.0224/50000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante PEDRO JOSÉ DE ALMEIDA, são agravados BARDELLA S/A INDÚSTRIAS MECÂNICAS, BAREFAME INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA., BARDELLA ADMINISTRADORA DE BENS E EMPRESAS E CORRETORA DE SEGUROS LTDA. e DURAFERRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.901)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente), GRAVA BRAZIL e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 27 de julho de 2021.

ARALDO TELLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Erro grosseiro. Primazia do cabimento, requisito intrínseco de admissibilidade. Disposição da lei que é clara e não se flexibiliza em razão do mérito. Inteligência do artigo 17 da Lei 11.101/2005. Prece-

dentes. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de Agravo Interno de fls. 1/4, interposto contra a decisão monocrática de fls. 96/98, que não conheceu do apelo de fls. 44/47, pois verificou a ocorrência de erro grosseiro, nos termos do artigo 17 da Lei de Quebras.

Inconformado, alega que o acordo assinado com a sociedade recuperanda deve prevalecer, bem como que o erro material indicado pode ser corrigido a qualquer momento.

Os agravados manifestaram-se, às fls. 8/15, pelo desprovimento do recurso, ressaltando a tese do erro grosseiro.

É o relatório.

Impõe-se a manutenção do julgamento.

Não há que se falar em relativização do erro, porquanto discute-se requisito intrínseco de admissibilidade.

Segundo Barbosa Moreira, os requisitos de admissibilidade recursal dividem-se em intrínsecos (cabimento, legitimidade e interesse recursal) e extrínsecos (tempestividade, preparo e ausência de fato impeditivo).

Dentre os primeiros, o cabimento prima por sua importância, uma vez que, se não for verificado, sequer serão analisados os demais: ***O cabimento é o primeiro pressuposto de admissibilidade de qualquer recurso. Antes de mais nada, tem-se de verificar se o ato é recorrível***.[1]

É de rigor, assim, analisar não apenas se o ato jurídico é recorrível, mas também qual recurso deve ser manejado para tanto.

O artigo 17 da Lei 11.101/2005 é claro ao definir que, contra decisões que julgam habilitação ou impugnação de crédito, o recurso cabível é o de Agravo de Instrumento, que não possui efeito suspensivo como regra, e não o de Apelação: ***Art. 17. Da decisão judicial sobre a impugnação caberá agravo.***

Donde, ao juntar a premissa maior à menor, tem-se que o recurso interposto no caso concreto não supera a análise deste requisito primeiro, motivo por que não é necessário discutir legitimidade, interesse recursal, preparo, tempestividade e o mérito, como deseja o agravante.

Tal tese, inclusive, é pacífica nos posicionamentos da Corte:

RECURSO DE APELAÇÃO - FALÊNCIA - Habilitação de crédito - Interposição contra decisão que deferiu a habilitação do crédito trabalhista em valor inferior ao pretendido pela habilitante - Apelo em que se pretende a reforma para que todos os valores pretendidos sejam

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Editora Saraiva: São Paulo, 2007, p. 271.

Acesso ao Sumário

habilitados - Descabimento - Recurso inadmissível - Inteligência do art. 17, da Lei n. 11.101/2005 - Erro grosseiro - Fungibilidade ausente - Recurso não conhecido. Dispositivo: Não conhecem o recurso.[1]

Agravo interno - Decisão monocrática que não conheceu de recurso de apelação interposto contra decisão que julgou improcedente impugnação de crédito apresentada em recuperação judicial - Inadequação da via eleita - Recurso cabível é o agravo de instrumento - Inobservância do artigo 17 da Lei nº 11.101/2005 - Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade, por se tratar de erro grosseiro - Oportunidade de saneamento (CPC, art. 932, par. ún.***) limitada aos vícios estritamente formais - Precedentes jurisprudenciais - Decisão mantida - Recurso desprovido.***[2]

Conclui-se, pois, pela impossibilidade de aplicar-se o princípio da fungibilidade, dado que a via eleita é há muito reconhecida como inadequada.

Ante o exposto, pelo meu voto, proponho seja negado provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033092-79.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada LUCAS NOGUEIRA DA CRUZ (LADY CHOKEY), é apelado/apelante ROBERTO CORRA e Apelado RC FLATS E IMÓVEIS 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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19919)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI e PAULO AYROSA.

São Paulo, 22 de junho de 2021.

ROSANGELA TELLES, Relatora

Acesso ao Sumário

1 Apelação Cível nº 1031031-67.2019.8.26.0224. Rel. Des. Ricardo Negrão. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Julgamento e de Publicação: 28/06/2021.

2 Agravo Interno Cível nº 0006569-10.2019.8.16.0565. Rel. Des. Maurício Pessoa. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Julgamento e de Publicação: 02/07/2021.

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA (FLAT). FATOR DISCRIMINATÓRIO. VIOLAÇÃO A DIREITO PERSONALÍSSSIMO. DANOS MORAIS. Prova dos autos cabal no sentido de que o proprietário corréu se recusou a celebrar contrato de locação com a autora pelo fato de ser transexual. Evidente violação a direito personalíssimo. Flagrante humilhação que advém da discriminação. Quantum debeatur mantido em R$ 10.000,00. DANOS MATERIAIS. Ausência de comprovação. Proprietário que não chegou a firmar o contrato, sendo indevida, assim, a multa contratual. Impossibilidade, ademais, de ressarcimento de valores gastos com estadia temporária em hotel. Autora que, independentemente de onde se alocasse, teria que arcar com as despesas de sua hospedagem (fosse no flat do corréu, fosse em outro local). SUCUMBÊNCIA. Matéria de ordem pública cognoscível de ofício. Redimensionamento impositivo, em consonância com a reciprocidade de decaimentos. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 224/229, cujo relatório é adotado, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais condenar os litisconsortes passivos, solidariamente, ao pagamento de indenização de R$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais, corrigida monetariamente, segundo a Tabela Prática do TJSP, a partir da sentença, e com juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Inconformada, a parte autora, a fls. 237/247, afirma que com a entrega das chaves já havia se iniciado a relação locatícia, sendo que o corréu ROBERTO apenas mudou de ideia quando descobriu que a locatária era transexual. Não se estava, portanto, diante de fase pré-negocial, na medida em que chegou a fazer o depósito da caução e já havia se instalado no *flat*, pernoitando por uma noite. Pugna, assim, pelo ressarcimento pelas despesas de R$ 1.312,58, correspondentes a hospedagem provisória em hotel. Ademais, afirma que a indenização a título de dano moral fora arbitrada em patamar diminuto, postulado a majoração do *quantum debeatur*.

O corréu ROBERTO CORRA, a fls. 262/273, por sua vez, afirma que jamais teve qualquer contato com a *ex adversa*. Destaca que o corretor agiu de

Acesso ao Sumário

forma não profissional e desautorizada ao permitir que a locatária se imitisse na posse do imóvel sem a entrega da documentação pertinente e sem a realização de laudo de vistoria. Essa foi a razão que o fez deixar de cumprir a locação, com a restituição do valor que lhe fora depositado pelo corretor Antônio (pouco mais de 3 mil reais). Alega que foi até benevolente com a autora, permitindo que ela pernoitasse no imóvel. Assim, a dinâmica dos fatos envolve desacordo comercial com a imobiliária e o corretor Antônio. Aduz que as mídias carreadas são imprestáveis como elementos de prova, sendo muitas delas inaudíveis, conforme certificado a fls. 188. As demais gravações apenas reproduzem as conversas entre os próprios corretores envolvidos, jamais constando a sua voz.

Buscam a reforma da r. sentença.

Recursos regularmente processados, com a apresentação de contrarrazões a fls. 276/285 e a fls. 286/290.

A fls. 336, ante a determinação de fls. 333, a parte autora apresentou *link* contendo os áudios a que se fez referência no decorrer da demanda. Manifestação do corréu Roberto a fls. 341/344, reconhecendo sua voz em algumas das mídias.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

LUCAS DA CRUZ NOGUEIRA, conhecido socialmente como LADY CHOKEY, ajuizou a presente ação de indenização por danos morais c/c danos materiais em face de ROBERTO CORRA e RC FLATS E IMÓVEIS LTDA., alegando, em apertada síntese, que celebrou contrato de locação de *flat* de propriedade do primeiro corréu, com intermediação feita pela empresa corré.

Sustenta que conversou com funcionário da empresa ré, denominado Antônio, sendo que no dia 25/03, houve a confirmação da locação. Houve o depósito de R$ 7.000,00 com emissão de recibo em 28/03. Ademais, assinou nota promissória no valor de R$ 10.000,00 para fins de garantia.

No entanto, um dia após se instalar no *flat*, recebeu áudios encaminhados pelo corretor da empresa corré, alegando que o proprietário do imóvel (1º corréu) não iria assinar o contrato de locação e devolveria o dinheiro da parte autora, e que tal negativa seria motivada por preconceito de caráter "homofóbico", "transfóbico" e "gordofóbico".

Afirmou que registrou boletim de ocorrência, após ser obrigado a se retirar da propriedade. Requer a procedência dos pedidos para condenar os litisconsortes passivos, solidariamente, ao pagamento de (i) R$ 1.312,58, decorrente da hospedagem provisória em hotel que teve de arcar até encontrar um novo local para sua estadia; (ii) R$ 5.000,00, pela rescisão antecipada do contrato (cláusula penal); e (iii) R$ 300.000,00, a título de danos morais.

Regularmente processado o feito, os pedidos foram julgados parcialmen-

Acesso ao Sumário

te procedentes, nos termos acima relatados, dando azo à interposição dos presentes recursos.

Pois bem.

A despeito da frágil tentativa do corréu ROBERTO CORRA em buscar demonstrar que deixou de concretizar a relação negocial por motivos alheios ao gênero sexual da parte autora, razão não lhe assiste.

No sexto áudio disponibilizado no *link* copiado a fls. 336, referido litisconsorte afirma expressamente que "da última vez havia falado que não queria alugar para travesti", porque estaria "dando problema no prédio". Afirma, inclusive, que já havia pedido para a imobiliária que "travestis" não tivessem acesso ao imóvel, razão pela qual estava muito "chateado" com a situação.

Referida mídia, aliada às conversas copiadas a fls. 41 e seguintes, por meio das quais o próprio corretor reconhece os motivos determinantes que conduziram aos fatos trazidos à baila, põe uma pá de cal sobre a discussão e torna clarividente os motivos preconceituosos que conduziram à ruptura das negociações locatícias, valendo salientar que, a fls. 341/344, ROBERTO reconheceu que é a sua voz aquela audível no documento eletrônico.

Evidente, assim, que a situação constrangedora descrita conduz ao reconhecimento de dano moral indenizável.

O Código Civil de 2002 positivou, no CAPÍTULO II do Livro Parte Geral, disposições concernentes aos direitos da personalidade, ou seja, direitos de natureza extrapatrimonial ínsitos à tutela da pessoa pessoal humana *de per si*.

Faz-se interessante notar a disposição topográfica adotada pelo legislador ao positivar os direitos personalíssimos antecedentemente aos direitos patrimoniais, demonstrando a conversão do eixo metodológico patrimonialista adotado pela Codificação de 1916 a uma dimensão antropocêntrica, a qual hoje baliza as diretrizes do Direito Civil.

Nesse diapasão, há de se ter que o rol trazido entre os artigos 11 e 21 do Código Reale é *numerus apertus*, admitindo extensão, razão pela qual é correto afirmar que a sexualidade, de acordo com a teoria contemporânea do Direito Civil, afigura-se como um verdadeiro direito de natureza extrapatrimonial.

Conforme já afirmado, "a sexualidade integra a própria condição humana, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, uma vez que decorre de sua própria natureza, por isso é um direito natural, inalienável e imprescritível, que compreende a liberdade sexual, a livre orientação sexual, o direito a tratamento igualitário, independentemente de tendência sexual. **Portanto é claro que o direito à sexualidade integra os direitos de personalidade**[1]". [g.n.]

Cuida-se de elemento essencial à identificação do sujeito perante a famí-

1 MALVEIRA, Jamille Saraty. Direito à Sexualidade: uma perspectiva juscivilística. *In*: (endereço eletrônico constante no texto original)

Acesso ao Sumário

lia, à sociedade e a si mesmo, motivo pelo qual integra a própria pessoalidade do sujeito de direitos.

Há de se considerar, nesse contexto, que o direito à sexualidade é imbuído de uma perspectiva interna e outra externa: ao mesmo tempo em que individualiza o sujeito em relação a si próprio, fá-lo reconhecido pelo grupo social que o tangencia.

Nesse diapasão, a transexualidade goza de notas peculiares. Cuida-se de *situatio* em que há uma "inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestar e insistir por meio da cirurgia de reversão genital, em assumir, assim, a identidade do seu desejado gênero". Tais características "são reforçadas com a evidência de convicção de pertencer ao sexo oposto, o que lhe faz contestar e fazer valer essa determinação até de forma violenta e desesperada[2]".

Metaforicamente, cuida-se de situação em que um sujeito de consciência e identidade femininas se encontra aprisionado a um corpo biologicamente masculino, ou vice-versa, o que gera evidentes angústias e conflitos de identificação social e pessoal.

Muito embora não se cuide de disforia contemporânea, a temática tem ganhado cada vez mais atenção midiática, acadêmica e social, não cabendo à sociedade atual fechar os olhos para assunto de notória importância.

Em sublime obra cinematográfica, o diretor espanhol Pedro Almodóvar, por meio de seu *La Piel que Habito* (A Pele que Habito - 2011, ESP), demonstra as angústias advindas da ausência de compatibilidade entre o ser espiritual e os aspectos fisiológicos do indivíduo, ao delinear um personagem masculino que tem seu corpo é modificado contra a sua vontade, de forma a adquirir feições femininas, gerando verdadeira crise identitária.

Não apenas as artes, mas a própria ciência da psicologia vem reconhecendo os dramas de identidade que envolvem a transexualidade, buscando tratá-la de forma cada vez mais inclusiva, afastando a carga negativa de patologia ou de transtorno outrora incidente sobre a peculiaridade comportamental. Vale dizer: há um verdadeiro processo de despatologização sobre o fenômeno.

O contemporâneo Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais, em sua 5ª Edição, elaborado pela Associação Americana de Psiquiatria, mundialmente utilizado por psicológicos para a definição dos diagnósticos de transtornos mentais, diferentemente de sua edição anterior, deixa de tratar a transexualidade como "transtorno de identidade de gênero" para abordá-la como "disforia de gênero", visando a uma maior integração do transexual no seio social, eliminando a carga negativa advinda da classificação do fenômeno enquanto doença.

2 FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013. p. 278/279.

Acesso ao Sumário

Dentro desse contexto, voltando os olhos ao caso concreto, é claramente perceptível que, ao impedir a concretização do contrato de locação, o corréu ROBERTO CORRA acabou por reafirmar estigmas sociais de modo pérfido, cerceando um sujeito de direitos de sua livre esfera negocial e o privando de acesso a imóvel que seria destinado à sua moradia temporária.

O autor veio do Rio de Janeiro para São Paulo, com justa expectativa de que residiria em imóvel por ele locado, vindo a ter sua esperança frustrada em virtude do seu gênero, o que não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito.

Reconhecido, assim, o abalo a direitos de personalidade alegado na peça exordial, há de se individualizar o *quantum debeatur* indenizatório. Assim sendo, não resta dúvida de que a sanção imposta pelo dano moral tem duplo caráter, quais sejam, o ressarcitório e o punitivo.

Na função ressarcitória, considera-se a pessoa da vítima do ato lesivo e a gravidade objetiva do dano que ela sofreu[3]. Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, os olhos se voltam para aquele que teria cometido da falta, de sorte que o valor indenizatório represente uma advertência, um sinal de que tal ato não deve tornar a ocorrer.

Vale dizer, a difícil tarefa de quantificar o valor a ser arbitrado deve ser de tal ordem que repare o mal causado a quem pede e de certa forma desestimule o causador desse mal a reincidir, isto é, o incentive a cumprir com o seu papel na sociedade, sem, contudo, gerar o enriquecimento sem causa da parte lesada.

Destarte, considerando estes critérios e sopesando o grau de lesividade e a repercussão do dano discutido nos autos, entendo por manter o valor arbitrado em primeiro grau, R$ 10.000,00, quantia adequada e suficiente para reparar o abalo moral sofrido pela parte autora. Sobre o montante incidirá correção monetária pela Tabela Prática do E. TJSP, desde o arbitramento, e juros de mora de 1% ao mês, a partir do evento danoso.

Quanto aos danos materiais, outrossim, compreendo que a r. sentença igualmente deverá ser mantida. Assim é porque, ante a ausência de assinatura do locatário, o contrato não havia se formalizado; não sendo cabível, portanto, o pagamento de multa contratual de negócio jurídico sem firma (fls. 73/78).

Ademais, não se afigura razoável impor aos litisconsortes passivos o pagamento de estadias do autor em hotel, até mesmo porque, independentemente de onde se alocasse, teria que arcar com as despesas de sua hospedagem (fosse no *flat* do corréu ROBERTO, fosse em outro local).

Nesse diapasão, não há razão jurídica para condenar os corréus por valores livremente contratados entre a integrante do polo ativo desta demanda e empresa terceira, devendo prevalecer o r. *decisum* vergastado nesse tocante.

3 Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.997, p. 62.

Acesso ao Sumário

Por fim, por se tratar de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, reconheço a sucumbência recíproca, cabendo a cada litigante arcar com as custas e as despesas processuais a que deu causa, além de honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em desfavor dos litisconsortes passivos em 15% do valor da condenação, cabendo apenas ao corréu ROBERTO arcar com a diferença de 5% (art. 85, § 11 do CPC/15) e, em desfavor da parte autora, no 15% do valor do pedido rejeitado.

Alerto ser desnecessária a oposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento, na medida em que toda a matéria questionada está automaticamente prequestionada.

Posto isso, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005296-30.2021.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A, é apelado WILLIAM DE SOUZA ANTONIOLI.

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 33.758)**

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

São Paulo, 30 de junho de 2021.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. AVISO DE RECEBIMENTO DIGITAL COM OBSERVAÇÃO DE "MUDOU-SE". FALTA DE COMUNICAÇÃO PELO RÉU AO CREDOR. NOTIFICAÇÃO CONSIDERADA REGULAR. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR AFASTADO. DECRETO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, INSUB-

SISTENTE. NOTIFICAÇÃO ENCAMINHADA AO ENDEREÇO FORNECIDO NO CONTRATO. COMPROVAÇÃO DA MORA. REQUISITO CARACTERIZADO PELA EFICÁCIA. RESPEITÁVEL SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. Para efeito de constituir o devedor em mora, válida é a notificação remetida para o endereço constante do contrato, pouco importando que terceiro a tenha recebido ou o devedor se mudado. Este entendimento decorre da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça (C. STJ) de que a mora decorre do simples vencimento, devendo, por formalidade legal, para o ajuizamento da ação de busca e apreensão, ser apenas comprovada pelo credor mediante envio de notificação, por via postal, com aviso de recebimento, no endereço do devedor indicado no contrato.

VOTO

BANCO BRADESCO FINANCIAMENTO S.A. ajuizou ação de busca e apreensão em face de **WILLIAM DE SOUZA ANTONIOLI**.

O Juiz de Direito, por respeitável sentença de folhas 67/69, adotado o relatório, indeferiu a petição inicial, com fundamento no art. 330, III, do Código de Processo Civil (CPC) e, em consequência, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, I, do CPC.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação. Em resumo, alegou ter comprovado a mora do réu ao apresentar o histórico de pagamento e inadimplência das parcelas referente ao contrato celebrado entre as partes, bem como por meio do envio de notificação extrajudicial com aviso de recebimento para o endereço contratualmente fornecido, não sendo necessário o seu recebimento. Não é lógico a ordem judicial de emenda da petição inicial, nos termos da lei integralmente observado. Colacionou jurisprudência. "*Veja-se: a carta registrada enviada pelo Autor foi remetida para o exato endereço informado no contrato. Houve a tentativa de entrega, sem, contudo, lograr êxito no recebimento diante da informação 'mudou-se'.*". Quer o provimento do apelo (fls. 71/77).

Sem contrarrazões (fl. 80).

É o relatório.

No caso em julgamento em que a ação de busca e apreensão movida pelo autor em face do réu é regida pelo Decreto-Lei nº 911/1969, a notificação extrajudicial é considerada pressuposto de constituição e desenvolvimento válido

Acesso ao Sumário

e regular.

Nos termos do § 2º, do art. 2º do Decreto-Lei nº 911/1969, a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento, e pode ser comprovada mediante a comunicação ao devedor no endereço constante do contrato ou, a critério do credor, por meio de protesto do título. Para a caracterização da mora do devedor-fiduciante, não basta o envio da notificação extrajudicial, fazendo-se necessária à sua efetiva entrega, mediante correspondência registrada com Aviso de Recebimento Digital, sendo, entretanto, desnecessário que a correspondência seja recebida pessoalmente pelo próprio destinatário.

Embora não se exija que a correspondência seja entregue em mãos ao destinatário, é necessária a chegada do comprovante de entrega no endereço informado pelo devedor quando da contratação, o que ocorreu na hipótese (fls. 29, 36 e 47), primando-se pela boa-fé dos contratantes, inclusive quanto ao dever do devedor de comunicar ao credor sua mudança de endereço.

No caso, a correspondência encaminhada pelo autor (fl. 47) para o endereço do réu indicado no contrato, comprova a mora, uma vez que essa foi devolvida com a informação "mudou-se".

Eventual mudança de endereço sem comunicação do autor caracteriza uma violação aos princípios da probidade e boa-fé contratual.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça (C. STJ), a saber:

> "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DL 911/69. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AVISO DE RECEBIMENTO (AR) COM INFORMAÇÃO DE QUE O DEVEDOR MUDOU-SE. COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO PESSOAL. DESNECESSIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INDEVIDA. 1. Ação de busca e apreensão da qual se extrai este recurso especial, interposto em 16/5/19 e concluso ao gabinete em 1º/8/19. 2. O propósito recursal consiste em definir se é imprescindível a comprovação simultânea do encaminhamento de notificação ao endereço constante no contrato e do seu recebimento pessoal, para a constituição do devedor em mora nos contratos de alienação fiduciária. 3. O prévio encaminhamento de notificação ao endereço informado no contrato pelo Cartório de Títulos e Documentos é suficiente para a comprovação da mora, tornando-se desnecessário ao ajuizamento da ação de busca e apreensão que o credor fiduciário demonstre o efetivo recebimento da correspondência pela pessoa do devedor. 4. O retorno da carta com aviso de recebimento no qual consta que o devedor 'mudou-se' não constitui, por si só, fundamento para dizer que não foi constituído em mora. 5. A bem dos princípios da probidade e boa-fé, não é imputável ao credor fiduciário a desídia do devedor que deixou de informar a mudança do domicílio

Acesso ao Sumário

indicado no contrato, frustrando, assim, a comunicação entre as partes. 6. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem extinguiu o processo sem resolução de mérito, por ausência de comprovação da mora para o ajuizamento da ação de busca e apreensão, sob o fundamento de o AR constar a mudança do devedor. Esse entendimento não se alinha à jurisprudência do STJ. 7. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 1828778/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 29/08/2019).

Perfilhando esse entendimento, esta 31ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, já decidiu:

"APELAÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. AVISO DE RECEBIMENTO COM OBSERVAÇÃO DE 'MUDOU-SE'. NOTIFICAÇÃO CONSIDERADA REGULAR. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR AFASTADO. DECRETO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, AFASTADO. NOTIFICAÇÃO ENCAMINHADA AO ENDEREÇO FORNECIDO NO CONTRATO. COMPROVAÇÃO DA MORA. REQUISITO CARACTERIZADO PELA EFICÁCIA. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO PARA O PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA. Para efeito de constituir o devedor em mora, válida é a notificação remetida para o endereço constante do contrato, pouco importando que terceiro a tenha recebido ou o devedor se mudado. Este entendimento decorre da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que a mora decorre do simples vencimento, devendo, por formalidade legal, para o ajuizamento da demanda de busca e apreensão, ser apenas comprovada pelo credor mediante envio de notificação, por via postal, com aviso de recebimento, no endereço do devedor indicado no contrato" (Apelação Cível nº 1000150-70.2019.8.26.0010, Relator, Desembargador ADILSON DE ARAUJO, julgado em 30/06/2020).

Posto isso, por meu voto, **dou provimento ao recurso** interposto para cassar a respeitável sentença e determinar o regular processamento do processo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005844-26.2020.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante VANDERLEI COSTA MOTA, é apelada TELEFONICA BRASIL S.A.

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 da Relatora,

que integra este acórdão. **(Voto nº 25992)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI (Presidente), SÁ DUARTE e LUIZ EURICO.

São Paulo, 30 de junho de 2021.

ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI, Relatora

Ementa: Apelação. Prestação de serviço. Internet. Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenização por danos morais. Autor que alega interrupção do serviço em decorrência de inadimplência inexistente. Informação recebida por atendimento telefônico. Autor que não traz sequer os números dos protocolos de atendimento. A inversão do ônus da prova prevista no art. 6.º do CDC não tem aplicação automática, ficando a observância do dispositivo condicionada à existência de verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência. Observação, já feita em primeiro grau, quando da inversão do ônus probatório. Entretanto, apesar da ausência de controvérsia sobre a interrupção do serviço por três dias úteis, tal fato, por si só, não configura danos morais. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra respeitável sentença de fls. 98/102, que, nos autos de ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com reparação de danos morais, julgou improcedente a pretensão inicial, condenando o autor ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Acesso ao Sumário

Apela o autor, alegando, em síntese, que houve interrupção do serviço sem aviso prévio, tendo a ré informado que tal foi causado por inadimplemento de fatura, além de que o problema não foi solucionado em tempo hábil de quinze dias. Aduz que a ré não se desincumbiu de comprovar que houve o alegado rompimento de cabo ótico, tampouco que tentou sanar o problema, mas não havia ninguém em casa para atender o técnico, não constando dos autos a ordem de serviço ou mesmo a indicação do dia e hora em que o serviço de reparo foi realizado. Acrescenta que, em tempos de pandemia, ficou ainda mais prejudicado pela falta de internet em sua casa, tendo em vista que dependia do serviço para realizar seu trabalho e para os filhos assistirem aulas.

Houve resposta (fls. 118/126).

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

O autor alega na inicial que possui contrato de prestação de serviços de internet com a ré, tendo sempre cumprido com sua obrigação de pagamento das faturas. No entanto, argumenta que a ré teria suspendido o serviço sem aviso prévio, sendo que, em contato com ela, o autor foi informado de que a fatura com vencimento em 15/05/2020 não estaria quitada, apesar de ter sido paga em 13/05/2020. Aduz o autor que, ao entrar em contato novamente com a ré, foi informado de que poderia, então, ser problemas na rede, pelo que agendou visitas, as quais foram canceladas, sendo que, em todas as vezes, entrava em contrato com a ré, que informava novamente sobre o inadimplemento. Aduz que ficou com o serviço suspenso por mais de 15 (quinze) dias e, desde 23/07/2020, o serviço fica oscilando, permanecendo duas horas funcionando e cinco horas sem sinal. Diante disso, o autor ajuizou a presente demanda visando à declaração de inexigibilidade do débito referente à fatura de maio de 2020, no valor de R$ 234,79, com o imediato restabelecimento do serviço, bem como à condenação por danos morais.

Em contestação, a ré alega que o serviço de internet do autor se encontra ativo e em perfeitas condições de funcionamento, sem débitos pendentes. Aduz que o autor fez apenas um pedido de reparo em julho de 2020, ocasião em que o técnico compareceu em sua residência por duas vezes, mas não havia ninguém em casa, sendo que, na segunda vez, conseguiu entrar em contato com o autor e aguardou seu retorno, tendo identificado que o problema era um cabo óptico rompido, o qual foi imediatamente resolvido. Explica a ré que, nesse período de pandemia, o aumento repentino pela demanda gera pressão sobre a rede, podendo causar queda de qualidade e, em regiões que operavam perto do limite de capacidade da rede, há risco de interrupção momentânea do serviço.

Verifica-se, portanto, que as partes não divergem quanto à interrupção do serviço. A controvérsia instaurada versa sobre a causa de tal interrupção e o período que o autor ficou privado de sua utilização.

De proêmio, assevera-se que, nos termos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, a relação havida entre as partes é de consumo, estando, portanto, sob a égide daquele diploma normativo.

No entanto, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não altera o disposto no art. 373 da lei processual, pois a inversão do ônus da prova prevista no art. 6.º, inciso VIII, do CDC não tem aplicação automática, sendo imprescindível a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência.

Aliás, tal consignação foi feita em primeiro grau na decisão de fls. 91/92: "*(...) inverto o ônus da prova, imputando aos requeridos tal dever processual, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Po-*

Acesso ao Sumário

rém, acolhendo em parte a fundamentação do nobre patrono da requerida, a inversão não implica, por si só, na procedência da demanda como pretendem alguns requerimentos neste Juízo em outros feitos. Afinal, ocorre somente a imposição do ônus processual de produção de provas à outra parte e tal fato não exime a parte autora da prova dos fatos constitutivos de seu direito (sob pena de imposição da prova de fato negativo)".

É exatamente o caso dos autos em que o autor nem sequer trouxe indícios dos atendimentos realizados pela ré, em que alega ter sido apontado o inadimplemento da fatura como causa de interrupção do serviço.

Não se ignora que a prática demonstra que a única prova de informações obtidas por meio da central de atendimento é o número do protocolo fornecido no ato, sendo incumbência da prestadora do serviço impugnar os protocolos indicados pelo consumidor ou demonstrar o conteúdo dos atendimentos. Entretanto, não se desincumbiu o autor nem sequer em indicar tais protocolos, não sendo possível se exigir da ré a prova de fato negativo, qual seja, de que não recebeu ligações do autor e de que não lhe apontou qualquer inadimplência.

Aliás, a própria inicial se mostra controvertida nesse ponto, pois, apesar de pleitear a declaração de inexigibilidade do débito para o restabelecimento do serviço, afirma que, a partir de 23/07/2020, o serviço ficou oscilando, o que pressupõe que estava ativo até então.

Por outro lado, não há controvérsia de que houve mesmo interrupção indevida do serviço, ainda que por poucos dias. Embora a ré alegue que se trata de problemas técnicos decorrentes da grande demanda de utilização em tempos de pandemia, não há dúvida de que a falta de estrutura para suportar horários de pico configura falha na prestação do serviço.

Mas, de acordo com o "print" da tela do celular acostado aos autos pelo próprio autor, sem que ficasse demonstrado o início dos contatos entre as partes, a visita técnica agendada para o dia 10/07/2020 foi reagendada a pedido do consumidor, sendo que, em 11/07/2020, a ré constatou que não havia ninguém para receber o técnico. Ainda que tal constatação não retrate a realidade, tal como alega o autor, já em 13/07/2020 houve novo agendamento de visita, com aviso de que o técnico estava a caminho, sem que o autor trouxesse aos autos o "print" das telas subsequentes a fim de demonstrar se houve ou não efetivação da visita (fls. 17/22).

Acesso ao Sumário

No mais, não se duvida que o fato tenha causado ao autor aborrecimentos e transtornos diante da privação do uso da internet por três dias úteis (10 a 12 de julho de 2020), entretanto, sem a magnitude que lhe quer ela emprestar. Cuida-se de dissabor indevidamente experimentado, é correto, mas que não pode ser confundido com a lesão à honra ou à imagem da pessoa.

Note-se que o próprio autor admite nas razões recursais que os danos mo-

rais seriam decorrentes da ausência de restabelecimento do serviço em tempo hábil de quinze dias.

Embora alegue o autor que estava fazendo um curso à distância, nem sequer relatou, tampouco comprovou que houve maiores consequências prejudiciais decorrentes da falha na prestação do serviço pela ré.

Desse modo, de rigor a manutenção da improcedência da pretensão inicial.

Por fim, ante o não provimento do recurso, nos termos do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, majora-se a verba honorária para 12% do valor da causa.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003562-02.2019.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante ALICE ALVES BALDASSI, são apelados RENATA DEVITO COSTA RAMOS DE ABREU, NATHÁLIA COSTA BALDASSI, GABRIELA COSTA BALDASSI e VICTOR COSTA BALDASSI.

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 43.024)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente sem voto), NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA e ALCIDES LEOPOLDO.

São Paulo, 3 de julho de 2021.

FÁBIO QUADROS, Relator

Ementa: Embargos de Terceiro - Pretensão de revogação e desfazimento da ordem de constrição do imóvel - Sentença de improcedência - Inconformismo da embargante - Descabimento - A nua-propriedade pode ser objeto de penhora e alienação em hasta pública, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção - Aplicação do artigo 252, do Regimento de Interno desta Corte - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 736/741, cujo relatório se adota, julgou improcedente os Embargos de Terceiro, opostos por **Alice Alves Baldassi** em face de **Renata Devito Costa Ramos Abreu e outros**, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observada a gratuidade processual.

Inconformada, apela a embargante a fls. 743/755, repisando os argumentos iniciais, notadamente, a impenhorabilidade do bem constrito nos autos do Cumprimento de Sentença 0003340-95.2012, movido pelos embargos contra Reinaldo Luís Baldassi, afirmando que é usufrutuária vitalícia do bem e reside nele há mais de vinte e cinco anos, portanto, se trata de bem de família, não podendo ser prejudicada nos termos do artigo 506 do CPC. Pede procedência dos presentes embargos de terceiro.

Recurso processado e contrarrazoado (fls.777/786).

É o relatório.

Recurso considerado tempestivo, sendo admitido por este relator em seus regulares efeitos.

A decisão recorrida não comporta reparo diante da fundamentação que é aqui adotada como razão de decidir segundo permite o art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Isto porque, as questões trazidas nos autos e novamente apresentadas com as razões recursais foram bem decididas, nos exatos termos dos trechos que ora se transcrevem:

> "*A embargante pretende a desconstituição da penhora que recaiu sobre parte ideal do imóvel constante da matrícula nº 1.265, lavrada perante o Cartório de Registro de Imóveis local, alegando que se trata de bem de família. Aduz ser usufrutuária do bem e nele residir há mais de vinte e cinco anos, sendo, portanto, impenhorável.*
>
> *De início, anoto ser dispensável a produção de provas para comprovar que a autora reside no bem, pois nos autos principais tal fato já restou comprovado.*
>
> *Ademais, não houve qualquer insurgência da parte requerida, de forma que incontroverso que a autora reside no bem, e inclusive aluga a parte da frente (fls. 385 destes autos).*
>
> *Contudo, embora seja usufrutuária e resida no bem, tem-se que não se pode reconhecer a condição de bem de família, para desconstituir a penhora efetivada sobre parte ideal da nua-propriedade, pertencente ao executado Reinaldo Luís Baldassi.*
>
> *Nos autos principais, nº 0003340-95.2012, quando foi aventada*

pelo executado a condição de bem de família do imóvel, também foi informado acerca do usufruto da autora, que residia nos fundos do imóvel, oportunidade em que este Magistrado já externou seu entendimento a respeito.

Com efeito, assim consignou na decisão constante de fls. 399/401:

'Tocante ao argumento de que descabido o gravame visto que está sujeito ao usufruto vitalício da genitora Alice -, a meu sentir a garantia real não impede a expropriação da nua-propriedade, uma vez que não atinge o direito da usufrutuária, que, aliás, como os demais condôminos e locatário, deverão ser intimados da futura alienação judicial, a fim de gozarem do benefício de ordem na aquisição do bem' (fls. 400).

Ao agravo de instrumento interposto pelo executado foi negado provimento (fls. 488/494), restando analisada a questão acerca do usufruto da embargante.

Assim, restou registrado: '... a penhora atingirá somente a nuapropriedade e não o direito de permanecer no imóvel da usufrutuária. O usufruto vitalício assegura que o usufrutuário possa continuar no imóvel até o final de sua vida, independentemente de eventual transferência da propriedade do bem. Logo, ainda que o imóvel venha a ser arrematado, o arrematante será privado de seu direito de usar e de gozar deste bem enquanto o de usufruto vitalício perdurar. Dessa forma, possível a penhora sobre nua-propriedade, devendo ser observado, contudo, o direito real de usufruto da genitora do agravante. A expropriação, assim, não atingirá o direito da usufrutuária' (fls. 491).

Anote-se que foram inclusive transcritas ementas fundamentando tal entendimento, afastando a condição de bem de família, bem como asseverando que a Lei nº 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, não contempla a figura do usufrutuário (fls. 492/493), valendo transcrever a que segue:

'APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. NUAPROPRIEDADE. USUFRUTO. Sentença de improcedência. Embargante recorre pretendendo a desconstituição da penhora sobre imóvel submetido a usufruto, sob alegação de que é bem de família da nua -proprietária. Penhora feita sobre a nua-propriedade que não afeta a existência do usufruto. Isto porque a constrição judicial não recai sobre os direitos de uso e gozo reservados à usufrutuária, mas apenas sobre a nua-propriedade, que pertence ao patrimônio de outrem. Já a Lei nº 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, não contempla a figura do usufrutuário. APELO NÃO PROVIDO' (TJSP, Apelação nº 1009651-89.2014.8.26.0344, 24ª Câmara de Direito Priva-

Acesso ao Sumário

do, Rel. Des. Roberto Maia, j. 25/02/2016).

Contudo, mesmo com tal posicionamento, inclusive da Superior Instância, a embargante não se conformou e apresentou impugnação nos mesmos autos, alegando impenhorabilidade do bem, por ser bem de família, a qual obviamente foi rejeitada por este Magistrado, que manteve o mesmo entendimento.

Com efeito, na decisão de fls. 580/581, foi salientado que a questão já havia sido apreciada por este juízo, e mantida em Superior Instância, não tendo havido questionamento acerca da condição de usufrutuária do bem, que inclusive residia no imóvel. Assim, restou consignado que não cabia fazer nova análise acerca da condição de bem de família, arrematando: 'Ademais, a terceira interessada é usufrutuária do bem e não proprietária, de forma que, mesmo com a penhora, seu direito ao uso do bem não será atingido, como já exaustivamente fundamentado em ambas as instâncias. Em outras palavras, haverá apenas 'troca' de proprietário'.

Nesse cenário, é necessário salientar que nunca houve dúvida de que a autora/embargante, usufrutuária, residia no bem e também alugava a parte da frente, mas jamais foi reconhecido que, em função disso, se tratava de bem de família, inclusive em Superior Instância. No entanto, é notório que a autora não aceita tal fato e, ao que parece, não desiste de tentar impedir a alienação judicial.

A questão já foi analisada por duas vezes por este Magistrado e, diante da ausência de novos fundamentos, não há como apresentar decisão diversa daquelas já prolatadas, pois é nesse sentido o entendimento deste juízo.

Entendo necessário acrescentar que não há como reconhecer que a penhora afronta preceito de dignidade humana, pois 'A nua-propriedade pode ser objeto de penhora e alienação em hasta pública, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção' (STJ, REsp 1.712.097-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, j. 22.03.18).

Nesse sentido também:

'AGRAVO REGIMENTAL - Decisão monocrática que negou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pelos agravantes. Magistrado que deferiu a penhora de nua-propriedade de imóvel (2/3) que cabem aos executados, Thelma e Tadeu Guilherme. Alegação dos executados/agravantes de impenhorabilidade, em razão de usufruto de terceiro - Irrazoabilidade - Possibilidade de a penhora recair sobre a nua-propriedade, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após arrematação ou adjudicação - Direito de os doadores usufrutuários

Acesso ao Sumário

usarem as utilidades e os frutos do bem que permanecerão incólumes - Precedentes, inclusive desta Egrégia 14ª Câmara de Direito Privado - Decisão mantida - Regimental não provido.' (Ag. Reg. nº 2112226-50.2019.8.26.0000/50000 14ª Câm. De Direito Privado Rel. Des. LÍGIA ARAÚJO BISOGNI J. em 04.07.2019.

'EMBARGOS DE TERCEIRO. Imóvel gravado com usufruto - Penhora sobre nua propriedade Possibilidade Insurgência da usufrutuária, alegando ser bem de família - A ninguém é dado pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei Aplicação do art. 18, do Código de Processo Civil/2015 Falta de interesse de agir Extinção decretada - Dispositivo da sentença alterado para inciso VI do artigo 485 em substituição ao inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil RECURSO NÃO PROVIDO, com observação' (Ap. nº 1014234-27.2018.8.26.0361 10ª Câm. De Direito Privado Rel. Des. ELCIO TRUJILLO J. em 28.05.2019).

Como se vê, como resta preservado o direito do usufrutuário, há entendimento até de que o usufrutuário sequer teria legitimidade e interesse de agir para apresentar embargos de terceiro alegando impenhorabilidade do imóvel.

Desta forma, deve prevalecer a penhora efetivada, sendo a improcedência de rigor.

(...)" (fls. 737/741)

Portanto, outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, e majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa, com fundamento no artigo 85, parágrafo 11º, do CPC, observada a gratuidade processual.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1042903-63.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes (...) e (...), são apelados B.U.D.S.A. e S.M.C.R.L.M.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com

o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente sem voto), FORTES BARBOSA e JANE FRANCO MARTINS.

São Paulo, 1º de julho de 2021.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DIREITO MARCÁRIO. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Sentença de parcial procedência. Condenação da ré ao cumprimento de obrigação de não fazer e ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. Pretensão de majoração dos danos morais e honorários advocatícios de sucumbência. Contrafação de produtos das marcas das autoras. Dano moral in re ipsa. Precedentes. Mandado de busca e apreensão que certificou a exposição à venda de 14 canecas com utilização indevida das marcas das requerentes. Requerida que possui rede com 41 estabelecimentos comerciais. Majoração da indenização de R$ 500,00 para R$ 20.000,00 em atenção à proporcionalidade da conduta da ré, bem como à capacidade econômica das partes. Honorários advocatícios. Arbitramento de acordo com os parâmetros contidos no art. 85, § 2º, do CPC. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de pp. 360/366, que, nos autos da AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA CUMULADA COM PERDAS E DANOS ajuizada por (...) e (...) em face de **B.M.P.U.D.S.A.** e **S.M.C.R.L.M.**, julgou PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos autorais para *(i)* determinar a abstenção do uso da marca das autoras pelas rés; *(ii)* condenar as requeridas ao pagamento de indenização por danos materiais, a ser apurada em fase de liquidação de sentença; *(iii)* bem como condená-las ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$

500,00 para cada autora e, por fim, *(iv)* carrear-lhes a responsabilidade pelo pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação.

2. Recorrem as autoras, nos termos das razões de pp. 376/393.

Alegam que a fixação da indenização por danos morais deve observar a proporcionalidade com a contrafação cometida, apontando a exiguidade do montante de R$ 500,00 para cada autora.

Entende, outrossim, que o montante arbitrado a título de honorários advocatícios não remunera adequadamente seus patronos, levando-se em conta os critérios do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil.

Por estes e pelos demais argumentos contidos em suas razões recursais, requerem o provimento do recurso, a fim de que a indenização fixada a título de danos morais seja elevada para R$ 20.000,00 a cada autora, bem como sejam os honorários advocatícios majorados para 20% do valor da condenação.

3. O recurso é tempestivo e foi preparado, conforme documentos de pp. 394/395.

4. Contrarrazões às pp. 510/518.

5. Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução n.º 772/2017 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

É o relatório do necessário.

6. O recurso comporta parcial provimento.

7. No caso dos autos, é patente a violação à marca das requerentes, configurando-se, pois, o ato de contrafação, matéria sobre a qual não há controvérsia, diante da ausência de recurso da parte interessada.

Assim, comprovada a contrafação e comercialização de artefatos que reproduzem as marcas das apelantes, a credibilidade da marca no mercado de consumo fica evidentemente prejudicada; trata-se de concorrência desleal.

A comercialização desprovida de autorização de produtos cuja procedência se confunde com a das autoras, longe de seu controle e de sua garantia, de todo modo viola sua imagem e conceito. Como a parte autora detém os registros das marcas no INPI, evidenciado ficou o seu uso indevido e desautorizado, pelos requeridos, o que acarreta confusão nos consumidores e deterioração da marca no mercado.

A marca agrega a reputação de seu titular, de modo que o seu uso clandestino acarreta danos morais *in re ipsa*, dispensando-se a prova do prejuízo.

Nesse sentido é a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, conforme se nota pelas ementas a seguir colacionadas, retiradas de processos com similar controvérsia:

"Apelação. Ação de abstenção de uso de marca cumulada com indeni-

Acesso ao Sumário

zação por danos materiais e morais. Preliminar. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Mérito. Controvérsia adstrita ao direito de indenização por danos morais. Danos morais. Desnecessidade de prova. Violação do direito ao uso exclusivo da marca pelo titular que configura dano moral in re ipsa. Precedentes. Sentença mantida. Recurso improvido."[1]

"Marca - Ação cominatória e indenizatória - Reconhecida violação à marca 'Santa Paula' - Utilização indevida do nome em 'website' e páginas em redes sociais - Procedência parcial - Proteção à marca registrada pela autora - Indenização por danos morais - Cabimento - Honorários contratuais - Restituição devida - Apelo provido."[2]

8. Constatada a contrafação e comercialização dos produtos que reproduzem a marca de propriedade das recorrentes, há presunção de danos morais, restando apenas a sua quantificação.

Quanto à indenização por danos extrapatrimoniais, ensina **Sergio Cavalieri Filho** que o valor "*deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Enfim, razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional. (....) Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.*"[3]

Nesse diapasão, segue trecho da célebre obra de **Rui Stoco**: "*Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de 'binômio do equilíbrio', de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa de ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido*".[4]

Dessa forma, na quantificação do valor a ser arbitrado a título de reparação por danos morais devem ser analisadas as suas funções compensatória e

Acesso ao Sumário

1 ***Ap. n.º 1096921-73.2015.8.26.0100***, *1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. HAMID BDINE, j. 04.07.2018.*

2 ***Ap. n.º 1028411-37.2017.8.26.0100***, *1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. FORTES BARBOSA, j. 25.06.2018.*

3 *Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed., p.125.*

4 *Tratado de Responsabilidade Civil, 10ª ed., p. 1.668.*

pedagógica.

9. No caso em análise, nos termos do mandado de busca e apreensão no estabelecimento da apelada, foram encontradas 14 canecas com reprodução das marcas das apelantes (p. 135). Também há que se considerar que, em consulta ao site da recorrida, verificou-se que sua rede conta com 41 estabelecimentos, de modo que a fixação da indenização em R$ 500,00 se mostra incompatível com a gravidade da conduta, bem como com a capacidade financeira da apelada.

Assim, observadas as funções da indenização, demonstra-se justa a majoração da indenização por danos morais para R$ 20.000,00, para cada uma das autoras, com juros a partir da citação (artigo 405 do Código Civil) e correção monetária desde o arbitramento (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça).

Trata-se de quantia adequada e razoável, cumprindo bem tanto a função punitiva do agente quanto a compensatória em relação à vítima. Além disso, o valor arbitrado não é desproporcional nem implicará enriquecimento sem causa, considerada, ainda, a capacidade econômica das partes.

10. Quanto ao pleito de majoração dos honorários advocatícios, contudo, não há reparo a ser feito na sentença.

Com efeito, observados os parâmetros do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil, o montante de 10% do valor da condenação se mostra razoável, uma vez que a demanda não gerou grandes incidentes, é de natureza relativamente simples, com instrução singela e tramita há menos de dois anos.

Ademais, a elevação do valor fixado a título de danos morais ensejará indiretamente a majoração dos honorários, atendendo ao reclamo das apelantes.

11. Sendo assim, impõe-se a reforma da sentença para majorar o valor fixado a título de danos morais de R$ 500,00 para R$ 20.000,00, com juros a partir da citação (artigo 405 do Código Civil) e correção monetária desde o arbitramento (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça).

12. Por fim, diante do trabalho realizado em sede recursal, de rigor a majoração dos honorários advocatícios devidos em favor dos patronos das apelantes de 10% para 15% do valor da condenação, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000006-52.2020.8.26.0660, da Comarca de Viradouro, em que é apelante/apelada SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA., é apelada/apelante MARIA LUIZA VILELA

Acesso ao Sumário

(JUSTIÇA GRATUITA).

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 da ré e negaram provimento ao apelo da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20738)**

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

São Paulo, 1º de julho de 2021.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos morais. Sentença de parcial procedência. Apelos da ré e da autora. Contratação, em 2013, do serviço "Sky Livre", que garantia a transmissão de canais gratuitos de televisão. Obrigatoriedade da transmissão gratuita de canais abertos que se encerrou com a transição entre o sinal analógico e o digital, regulada pela Lei 12.485/11 e operada em 2019. Ausência de obrigação de fornecer gratuitamente os canais à autora. Inexistência de ilegalidade ou abusividade na conduta de interromper a transmissão gratuita do sinal. Precedentes deste E. TJSP. Incabível indenização, seja por danos materiais ou morais, pela ausência de ato ilícito e de dano, requisitos estes essenciais à responsabilidade civil. Sentença reformada. Apelo da ré provido e apelo da autora desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas em razão da r. sentença de fls. 218/224, que julgou parcialmente procedente a ação movida por Maria Luiza Vilela em face de Sky Brasil Serviços Ltda., na qual pleiteia a condenação da ré ao restabelecimento dos serviços Sky Livre e ao pagamento de indenização por danos morais. A r. sentença reconheceu a obrigação da ré no restabelecimento do serviço e, ao mesmo tempo, a sua inexequibilidade, convertendo a obrigação de fazer em perdas e danos no valor de R$ 5.000,00. Julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Irresignada, a ré apelou (fls. 236/249), sustentando, em síntese, que: o Sky Livre foi um produto, não um serviço; não havia contraprestação mensal financeira; sempre agiu de boa-fé com o consumidor, tendo informado antes, durante e depois sobre a possibilidade de descontinuidade dos canais da TV aberta; a prestação se tornou impossível sem sua culpa; o *kit* conversor digital custa em média R$ 120,00, devendo ser reduzida a obrigação por perdas e danos; os consumidores usufruíram do Sky Livre por período igual ou superior a cinco anos. Pugna pela reforma da r. sentença para julgar improcedentes os pedidos veiculados na inicial ou, subsidiariamente, pela redução da condenação por perdas e danos. Prequestiona a matéria ventilada.

Também irresignada, a autora interpôs apelação adesiva à da ré (fls. 296/303), sustentando, em síntese, que: a interrupção do serviço, além de ilegal, se mostra abusiva; o valor de R$ 5.000,00 é irrisório; deve ser majorada a obrigação de indenizar por perdas e danos; é nítido caso de danos morais. Pugna pela reforma da r. sentença, para majorar a indenização por perdas e danos e condenar a ré ao pagamento de compensação moral.

Intimadas, ambas as partes apresentaram contrarrazões (fls. 284/295 e 307/315).

Os recursos são tempestivos. A ré recolheu o preparo (fls. 316) e a autora deixou de fazê-lo, por ser beneficiária da justiça gratuita (fls. 41).

É o relatório.

Decido.

A autora ajuizou ação em face da ré, objetivando o restabelecimento da transmissão gratuita de canais de TV do sistema Sky Livre, bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

A ação foi julgada parcialmente procedente. A r. sentença considerou a existência da obrigação de restabelecer o serviço e, ao mesmo tempo, sua inexequibilidade, convertendo a obrigação de fazer em indenização por perdas e danos, no valor de R$ 5.000,00. Julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral.

As partes se insurgem contra a r. sentença, mas razão assiste apenas à ré.

Depreende-se dos autos que a autora havia contratado o serviço Sky Livre (fls. 27/28), pelo preço de R$ 530,00 (fls. 28), em 14 de dezembro de 2013.

O serviço consiste na instalação de receptor de sinal de TV via satélite, antena e cabos, para transmissão de canais de TV aberta, além de canais de cortesia, de forma gratuita (fls. 27), de forma que o consumidor pagaria apenas pelos equipamentos e pela instalação, sem contraprestação mensal.

É dos autos, ainda, que em maio de 2019, os canais pararam de ser exibidos à autora, que recebia comunicados de "programação suspensa ou não

Acesso ao Sumário

faz parte do seu pacote" (fls. 3), motivo pelo qual foi ao órgão de proteção do consumidor formalizar sua reclamação, pretendendo o restabelecimento do serviço (fls. 26), o que não foi feito.

Assim, a autora ajuizou a presente ação, objetivando o restabelecimento da transmissão dos canais e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Pois bem. O termo de uso do equipamento é claro ao mencionar que ele se destina à "recepção de canais abertos, canais públicos, educativos, canais cortesia e de rádio".

O documento esclarece, outrossim, que o equipamento "recepciona apenas canais abertos, sem nenhum custo para o usuário, podendo a lista de canais sofrer mudanças, sem nenhum aviso prévio" (fls. 27).

Como é de conhecimento geral, pois amplamente divulgado nos meios de comunicação, houve a transição de tecnologia entre o sinal analógico, que deixou de ser utilizado, e o digital.

O artigo 32, § 12º, da Lei 12.485/11, por sua vez, pôs fim à obrigatoriedade de transmissão gratuita de canais de sinal aberto, que existia quando o sinal ainda era analógico e se tornou uma faculdade no que se refere aos canais digitais. *In verbis*:

> Art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:
>
> § 12. A geradora local de radiodifusão de sons e imagens de caráter privado poderá, a seu critério, ofertar sua programação transmitida com tecnologia digital para as distribuidoras de forma isonômica e não discriminatória, nas condições comerciais pactuadas entre as partes e nos termos técnicos estabelecidos pela Anatel, ficando, na hipótese de pactuação, facultada à prestadora do serviço de acesso condicionado a descontinuidade da transmissão da programação com tecnologia analógica prevista no inciso I deste artigo.

Acesso ao Sumário

Significa dizer que a ré não mais tem a obrigação de fornecer gratuitamente a transmissão de canais digitais. É cediço, ainda, que às emissoras foi facultada a cobrança pela transmissão de suas programações, afigurando-se ainda mais descabido o fornecimento gratuito aos usuários.

Neste sentido os seguintes julgados:

> APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais. Sentença de improcedência. TV a cabo. Contratação de produto denominado Sky Livre. Modalidade de oferta que permite utilizar, gratuitamente, o equipamento fornecido para recep-

ção dos sinais de TV aberta disponíveis no satélite da operadora. Pacto firmado há mais de sete anos. Transmissão gratuita suspensa em 2019. Advento da Lei 12.485/2011 e do Decreto Federal 8.753/2016 que alteraram a tecnologia empregada no sistema audiovisual. Alteração que culminou na substituição, nos canais abertos, do sinal analógico para o sinal digital. Inexistência de obrigatoriedade de fornecer canal digital de forma gratuita. Falha na prestação do serviço não caracterizada. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP. Apelação Cível nº 1005159-35.2019.8.26.0132. Relator (a): Décio Rodrigues; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de ª Câmara de Direito Privado. j. 12/05/2021)

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AUTOR - CONTRATAÇÃO DO PRODUTO "SKY LIVRE" COM RECEBIMENTO GRATUITO DE CANAIS ABERTOS DE TELEVISÃO - RÉ - SUSPENSÃO DA ATIVIDADE - AUTOR - PRETENSÃO - MANUTENÇÃO GRATUITA DO SERVIÇO - INADMISSIBILIDADE - DIREITO APENAS NA VIGÊNCIA DA TRANSMISSÃO POR SINAL ANALÓGICO - ENCERRAMENTO DA TECNOLOGIA - SUBSTITUIÇÃO PELA DIGITAL - REGULAMENTAÇÃO PELOS DECRETOS federais nºs 4091/2004, 5820/2006, 8061/2013 E 8753/2016 - RADIODIFUSORAS - FACULDADE DA COMERCIALIZAÇÃO DAS PROGRAMAÇÕES EM SINAL DIGITAL - LEI 12.485/2011 - PEDIDO INICIAL - IMPROCEDÊNCIA - SENTENÇA - MANUTENÇÃO. APELO DO AUTOR NÃO PROVIDO. (TJSP. Apelação Cível nº 1000020-90.2020.8.26.0642. Relator Tavares de Almeida. 23ª Câmara de Direito Privado. j. 12/05/2021)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TV - Produto denominado "Sky Livre" - Disponibilização gratuita de canais abertos - Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais - Sentença de improcedência - Apelo da autora - Gradual substituição do sistema de transmissão analógica pelo sistema digital até que definitivamente autorizado o seu desligamento - Obrigatoriedade de distribuição gratuita dos canais abertos, pela tecnologia analógica, que deixou de existir na transmissão pelo sistema digital - Pedidos de obrigação de fazer e de indenização por danos morais inexigíveis - Sentença mantida - Apelação desprovida (TJSP. Apelação Cível nº 1005073-86.2019.8.26.0642. Relator Carlos Henrique Miguel Trevisan. 29ª Câmara de Direito Privado. j. 16/12/2020)

Conclui-se, portanto, que não há qualquer ilegalidade na conduta da ré, na interrupção do fornecimento gratuito dos serviços, o que, a partir da adoção do sinal digital, deixou de ser obrigação sua, sem que tivesse havido, ainda, violação ao direito de informação.

Cediço que a autora se utilizou dos serviços por quase seis anos, não existindo fato que sirva de supedâneo a qualquer indenização, seja por dano material ou moral.

Acesso ao Sumário

Destarte, deve ser reformada a r. sentença, para julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Sucumbente a autora, condeno-a ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios em favor do patrono da ré, ora fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º, do CPC), observada a gratuidade de justiça.

Por fim, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional ventilada nos autos, evitando-se, com isso, a oposição de embargos de declaração para este fim.

Ante o exposto, **dou provimento ao apelo da ré e nego provimento ao apelo da autora**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006544-29.2018.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que são apelantes J.F.J. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), JOÃO JORGE FERREIRA JORGE e CINTIA COSTA LIMA (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado UNIMED DE ITAPETININGA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

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 37658)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), J.L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

São Paulo, 1º de julho de 2021.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - ERRO MÉDICO - INDENIZATÓRIA - TESTE DO PEZINHO REALIZADO ANTES DO PRAZO RECOMENDADO - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE OBTER DIAGNÓSTICO PRECOCE - AUSÊNCIA DE DANO PROPRIAMENTE DITO - TEORIA QUE SE APLICA APENAS QUANDO HÁ PERDA CONCRETA DE UMA CHANCE E NÃO EM TESE - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - FUNDAMENTOS DA SENTENÇA QUE

DÃO SUSTENTAÇÃO ÀS RAZÕES DE DECIDIR - APLICAÇÃO DO ARTIGO 252 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - PRECEDENTES DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA-RECURSO NÃO PROVIDO

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por J.F.J. (menor representado) e outro contra Unimed de Itapetininga Cooperativa de Trabalho Médico que, a respeitável sentença de fls. 318/322, cujo relatório ora adotado passa a fazer parte integrante do presente *decisum*, julgou improcedente, condenando a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como aos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Recorre a parte autora alegando, em suma, que o menor nasceu em 27.11.2017, e por erro do hospital corréu, foi colhido o teste do pezinho antes de quarenta e oito horas do seu nascimento, contrariando as normas técnicas, e tornando imprestável o referido exame que é de suma importância para o recém nascido. Diz que o laudo confirma o fato de que o teste foi recolhido fora do prazo, e deixaram de efetuar o "teste de Ortolani" demonstrando a negligência do hospital e que o menor foi tolhido da oportunidade de diagnosticar precocemente eventual doença. Insiste na condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Por sua vez, a parte ré defende a manutenção da sentença.

Os autos foram remetidos a esta superior instância.

É o relatório.

De início, passo à análise do recurso da parte ré e o presente julgador esclarece que, a despeito de sua opinião pessoal, o presente feito está sendo examinado à luz das exigências deste Tribunal objetivando implementar medidas para acelerar a apreciação das demandas a ele submetidas, com vistas ao cumprimento da exigência constitucional de dar ao processo uma duração não mais do que razoável, em obediência ao disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 (Emenda Constitucional n° 45 de 08.12.2004).

Feitas tais observações, em que pese a irresignação da parte-apelante o recurso não merece ser provido.

Isso porque, de acordo com o que consta da r. sentença de fls. 318/322:

"*A questão discutida nos autos foi elucidada pelo laudo pericial de fo-*

Acesso ao Sumário

lhas 215/220 que atesta expressamente a coleta tempestiva do material, o cumprimento dos protocolos para recepção do recém-nascido e a inexistência de prejuízo à criança.

Logo, não é possível vislumbrar dano concreto que resulte a responsabilização civil da requerida.

Note-se que conquanto se trate de relação de consumo, imprescindível a demonstração de nexo causal entre a conduta do ofensor e o prejuízo real, que no caso resume-se à perda do material coletado para confecção do exame.(...) Ademais, eventual a aplicação da teoria da 'perda de uma chance' depende, inexoravelmente da avaliação da probabilidade concreta da ocorrência do resultado, inocorrente in casu, ante a conclusão consignada no laudo pericial.

Neste sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

'(...) Com efeito, a jurisprudência desta Corte admite a responsabilidade civil e o consequente dever de reparação de possíveis prejuízos com fundamento na denominada teoria da perda de uma chance, 'desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória (...)' (STJ, REsp 614.266/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 02/08/2013).

No que tange à indenização por dano material, decorre das alegações de forma incontroversa e corroborada pelo documento de fl. 136, que se disponibilizou a realização de novo exame, com as mesmas características do extraviado e para mesma finalidade, providência recusada pelo requerente, 'pois perdeu a confiança no Hospital Unimed' (fl. 05). Logo, a realização do exame em laboratório particular ocorreu por deliberação do próprio interessado, não podendo ser tal despesa imputada à requerida."

Ora, diante de tais considerações, fica evidente o acerto no qual incorreu o Juízo *a quo*, eis que não restou demonstrada a ocorrência de dano, propriamente dito.

Outrossim, nem ao menos ocorreu a concreta perda de uma chance, pois não há nos autos notícias de que o menor tenha alguma daquelas doenças para os quais se destina o teste do pezinho, porque ai sim, neste caso, poder-se-ia dizer que a suposta falha, teria atrasado o diagnóstico e, por óbvio, acarretado um prejuízo efetivo ao tratamento da enfermidade, ainda que apenas de forma hipotética.

As circunstâncias narradas na inicial não extrapolam a órbita do mero dissabor.

Eis então a *ratio decidendi* que, somadas às razões expostas pelo juízo de primeiro grau, justificam perfeitamente a solução ora adotada, de modo a

Acesso ao Sumário

satisfazer as condições do artigo 93, inciso IX de nossa Carta Constitucional.

Em outros termos, está demonstrado que os fundamentos externados pelo juízo de primeiro grau se prestam perfeitamente a dar embasamento para rejeitar o inconformismo do recurso da parte ré e que, em virtude de sua clareza e rigor, são aqui adotados como razões de decidir.

É o que dispõe o artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal, com a redação que lhe foi dada pelo Assento Regimental nº 562/2017 (DJe de 30.03.17, publicado em 31.03.17):

> "***Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento.***"

Com efeito, a aplicação do dispositivo regimental acima transcrito tem sido prestigiada pela unanimidade das câmaras deste Tribunal de Justiça, mormente por sua primeira seção, a saber: TJSP, Apelação Cível nº 0004870-33.2017.8.26.0248, Relator Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 09/06/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1000090-02.2018.8.26.0441, Relator Alvaro Passos, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 18/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1002471-46.2013.8.26.0606, Relatora Maria do Carmo Honorio, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 07/07/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1047352-43.2014.8.26.0002, Relator Fábio Quadros, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 21/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1033861-06.2019.8.26.0224, Relator A. C. Mathias Coltro, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 17/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1005845-27.2014.8.26.0609, Relator Dimitrios Zarvos Varellis, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 12/12/2019 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 0087385-16.2019.8.26.0100, Relator Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 07/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1090098-78.2018.8.26.0100, Relator Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 12/08/2020 v.u.; TJSP; Apelação Cível nº 0014785-49.2018.8.26.0482, Relator Piva Rodrigues, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 18/08/2020 v.u.; TJSP; Apelação Cível nº 1004068-29.2019.8.26.0642, Relator Jair de Souza, 10ª Câmara de Direito Privado, j. 22/08/2020 v.u.

Por conseguinte, essa "*... técnica de decidir é louvável quando o juiz do segundo grau nada tem a acrescentar à decisão do juiz a quo, repetindo-a, consequentemente, com outras palavras e citando mais um ou outro acórdão. Nos tempos atuais, em que o número de processos é assustador, não tem lógica, nem é compreensível, que o juiz ad quem assim proceda. A motivação per relationem, desse modo, impõe-se não só nos Juizados Especiais, como nos Juízos Comuns*" (TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel

Acesso ao Sumário

Dias. Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995. 5ª ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 651).

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça vem incentivando as cortes estaduais e federais à aplicarem, na resolução dos conflitos de interesses a elas submetidos, dispositivos legais e regimentais similares ao ora invocado, ratificando decisões que encontrem, no julgado censurado, apoio para fundamentar suas próprias decisões, mas desde que fique devidamente explicitado no que consistiria o acerto da decisão:

> "*... é predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no* decisum." (STJ - AgRg no REsp 1339998/RS - 4ª Turma - Ministro RAUL ARAÚJO - j. 15.05.14 - DJe 16.06.14)

Por fim, em virtude do trabalho adicional desenvolvido em sede recursal, majoro os honorários de sucumbência para 15% sobre o valor da causa, ressalvada a gratuidade concedida ao autor.

Em decorrência do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso nos termos supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação Cível nº 1040735-37.2019.8.26.0602, da Comarca Sorocaba, em que são apelantes/apelados N.M.M. (G. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e L.M.M. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado/apelante W.S.M. (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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.663)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente), DONEGÁ MORANDINI e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 2 de julho de 2021

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Revisional de Alimentos. Pensão alimentícia estabelecida em 50% do salário mínimo.

Pretendida redução do valor fixado para 30% do salário mínimo. Comprovada a alteração da situação financeira do Alimentante, pelo advento de outro filho, a quem também paga alimentos, no importe de 30% do salário mínimo, a justificar a redução, embora não no valor pretendido. Redução corretamente determinada para 35% do salário mínimo. Pleito de majoração do Réu para 40% do salário mínimo que igualmente não comporta acolhimento. Sentença mantida. Sem majoração da verba sucumbencial. Recursos não providos.

VOTO

Trata-se de ação revisional de alimentos, julgada procedente pela r. sentença de págs. 1047/110, cujo relatório adoto, para reduzir o valor dos alimentos que o Autor deve pagar ao Réu para 35% do salário mínimo vigente. Entendeu estarem presentes os motivos que ensejaram a concessão da tutela antecipada de págs. 72/73, contudo observado o parâmetro fixado em definitivo naquele ato. Condenou o Réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários sucumbenciais, arbitrados em 10% do valor da causa, com a ressalva do art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Apelam as partes

O Réu (págs. 118/124) para alegar, em síntese, que o nascimento de novo filho - a quem também o Autor se obrigou a prestar alimentos, não pode ser considerado como argumento para redução de sua verba alimentar. Defende: "*... o Recorrido firmou acordo para pagamento da pensão alimentícia para seu novo filho já sabendo que deveria pagar pensão alimentícia de 50% do salário mínimo federal para o Recorrente, ou seja, sabia de suas obrigações legais e mesmo assim assumiu nova obrigação, presumindo-se que o mesmo tinha consciência de seus gastos com pensão para o Recorrente e aceitou-os, havendo previsão orçamentária do Recorrido para tanto.*". Ressalta que, sensibilizado com o aumento dos gastos do Recorrido, gerados em razão do advento do novo filho, concordou fosse o *quantum* alimentar reduzido para 40% do salário mínimo. Contudo, salienta não ser possível que o genitor se utilize de tal fato com vistas a diminuir ainda mais o valor pago, sob a alegação de que ambos os filhos devem usufruir em igualdade da condição financeira ostentada pelo Autor. Assevera que tal posicionamento também fora adotado pelo i. representante do Ministério Público, em seu parecer de págs. 97/101.

O Autor adesivamente (págs. 139/149), em síntese, para alegar que não dispõe de condições financeiras para suportar a verba alimentar paga ao Réu,

Acesso ao Sumário

nos moldes em que fixada anteriormente, ante o nascimento de seu segundo filho, bem como em razão da calamidade econômica gerada pela pandemia da Covid 19. Enuncia ser trabalhador autônomo, do ramo de reparos de motores elétricos. Ressalta ser inegável a redução de sua renda, porquanto, em razão das medidas de contingência contra a Covid 19, fora obrigado a manter fechado seu pequeno estabelecimento comercial, em diversas oportunidades. Argumenta que a genitora do Réu, ao contrário, manteve seus rendimentos inalterados, pois é professora na rede pública de ensino. Ademais, entende que ambos os filhos, à luz do princípio da isonomia, devem ter iguais benefícios, sobretudo porque ambos são saudáveis, de modo a não haver justificativa para o arbitramento de verba alimentar em percentual diferenciado. Requer seja a verba alimentar paga ao Réu reduzida para 30% do salário mínimo vigente. Junta o documento de pág. 150.

Sem preparo, por serem as partes beneficiárias da Justiça gratuita (págs. 23/24 e 72/73). Ofertadas as contrarrazões (págs. 128/138 e 154/157).

O Autor se manifestou (págs. 176/183), para ratificar suas assertivas, bem como requerer a expedição de ofício à OAB, com cópia do processo, a fim de que seja averiguada eventual falta disciplinar perpetrada pelo causídico que assiste ao Réu, em razão da juntada a esta ação de documentos sigilosos constantes de outro processo, em que as partes também litigam.

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento do apelo do Alimentando (págs. 188/191).

É o relatório.

Os recursos serão julgados conjuntamente.

A r. sentença de págs. 107/110 não comporta reparos, respeitado o convencimento da d. Procuradoria Geral de Justiça.

Por primeiro, assinalo que compete à parte interessada as diligências cabíveis junto à OAB, para averiguação de eventual ocorrência de infração disciplinar perpetrada pelo patrono do Réu.

Trata-se de ação revisional de alimentos, ao argumento de que, por ocasião do acordo judicial, celebrado em 30/06/2016, se comprometeu a pagar ao aqui Apelado pensão alimentícia no importe de 50% do salário mínimo. Menciona ter advindo alteração de sua capacidade econômica, pois teve outro filho, que também ajuizou ação de alimentos e na qual restou determinado, em 11/09/2019, o dever de lhe prestar alimentos em 30% do salário mínimo. Afirmou ser trabalhador autônomo, do ramo de reparos de motores elétricos e que, em razão das medidas restritivas, geradas pela pandemia da Covid 19, fora obrigado a fechar seu pequeno estabelecimento por diversas vezes. Além disso, entende que ambos os filhos devem ter sua manutenção provida de modo igualitário, razão pela qual pugna seja a prestação alimentar, devida ao Réu, reduzida

para 30% do salário mínimo vigente.

A pretensão do Autor encontra amparo no artigo 1.699 do Código Civil, que reza: "*Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração dos alimentos*".

Em hipóteses como a aqui em exame está configurada circunstância que é admitida como caracterizadora de redução da capacidade contributiva do Alimentante, correspondente ao advento de outro filho (págs. 16/18).

O advento desse outro filho traz evidentes encargos, uma vez que importa em novos gastos para a criação, sustento e educação desse novo dependente, que está em situação de igualdade de direitos com o Alimentando, circunstância reconhecida como apta a produzir alteração de sua capacidade contributiva. Esse novo filho não deve ser prejudicado pela falta de responsabilidade do genitor, que promoveu a concepção de nova prole, mesmo sem parecer ter condições a tanto.

Conforme bem enunciado pelo r. Juízo sentenciante:

"*O dever de pagar alimentos decorre do estado de filiação e é, para além de um dever moral, um dever legal.*

Pois bem, a obrigação alimentar é amparada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, observando o binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, havendo doutrinadores que se referem a um trinômio: razoabilidade, ou proporcionalidade, revendo o antigo conceito de que os alimentos visam à manutenção do status quo de quem os pleiteia, conforme ensina Flávio Tartuce, em seu Manual de Direito Civil Volume Único (Editora Método, 2016, p. 1419).

Quanto ao primeiro elemento do binômio necessidade-possibilidade, está aquele demonstrado através da certidão do registro de nascimento do filho, pois é menor de idade, sendo notória e presumida a necessidade do alimentado ao percebimento da pensão alimentícia para suprir as suas carências materiais mais básicas, como alimentação propriamente dita, vestuário, saúde, educação e lazer.

Atinente à possibilidade do alimentante, no entanto, o requerido não conseguiu comprovar a maior capacidade econômico-financeira do autor (e nem mesmo alegou tê-la), o qual trabalha como autônomo.

Quanto à constituição de uma nova família, é uma escolha que sabidamente gera despesas e, assim, forte é o posicionamento de que, por ser ato volitivo e discricionário, não implicaria em redução de alimentos já fixados.

Acesso ao Sumário

Sem embargos, respeitosamente, não coaduno a este posicionamento. Isto por que não se pode ignorar a realidade de que novos filhos implicam em mais gastos e, assim, por equidade, toda a prole é detentora dos mesmos direitos patrimoniais de seus pais. Em última análise, manter inalterada a pensão fixada mesmo com o advento de mais filhos, implicaria em prejudicar os mais novos, que desfrutariam de alimentos mais reduzidos do que o do(a) seu irmão(ã) mais velho(a), ferindo, pois, o princípio constitucional da isonomia.

Assim, conclui-se que a redução dos alimentos fixados bem atende à justa medida que se espera ao caso, razão pela qual assim o faço, fixando-os em 35% (trinta e cinco por cento) do salário mínimo nacional."

Não se deveria mesmo adotar o patamar pretendido pelo Autor. Há uma necessidade essencial a ser suprida e o percentual de 30% do salário mínimo, pretendido pelo genitor, reduziria consideravelmente (cerca de 40%) o valor anteriormente recebido pelo menor, a gerar grande descompasso no padrão de vida a que está habituado. A redução, portanto, era de rigor e foi bem estabelecida pela r. sentença, para 35% do salário mínimo, de modo a preservar ao Autor uma contribuição que possa atender às suas necessidades essenciais, bem como suportar a verba alimentar ao outro filho, em 30% do salário mínimo. Somadas, essas obrigações equivalem a 65% do salário mínimo, que parece razoável, considerada a atual situação vivenciada pelo país. A pretendida observância de uma paridade na obrigação entre os filhos não é absoluta, e deve ser considerado que, como já assinalado, o aqui Réu já tinha a percepção dos alimentos e foi o Autor quem resolveu ter outro filho, com isso a justificar a redução, mas não a paridade.

Por sua vez, o Réu não trouxe ao processo qualquer comprovação de que possua o Alimentante qualquer outra fonte de renda, de modo a suportar o pagamento de alimentos no importe de 40% do salário mínimo, fixado nesta ação, com sua concordância, em sede de tutela provisória (págs. 72/73), ônus que a ele competia e do qual não se desincumbiu (art. 373, II, do CPC). É notório que a situação de pandemia impactou o setor de comércio e serviços, que tiveram suas atividades suspensas por razoável período.

Verifica-se, portanto, que a r. sentença atacada analisou de forma correta as questões suscitadas, com adequada fundamentação jurídica à hipótese em exame, além de bem avaliar o conjunto probatório. Qualquer outro acréscimo que se faça aos seus bem lançados fundamentos constituiria desnecessária redundância, enquanto os demais argumentos suscitados não são suficientes para infirmar os fundamentos acima enunciados para a solução da lide.

Embora mantido o julgado, deixo de majorar os honorários advocatícios, pois ambas as partes sucumbiram em seus apelos.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1035999-90.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A, é apelado WILSON ALEXANDRE RIBEIRO SOARES.

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 30738)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA (Presidente sem voto), RÔMOLO RUSSO e MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL.

São Paulo, 1º de julho de 2021.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: Plano de saúde - Razoabilidade de que o valor da causa corresponda ao valor do medicamento pretendido, pelo período de 12 meses, somado à quantia pleiteada a título de danos morais (CPC 292, VI e §§ 2º e 3º) - Paciente que sofre de migrânea crônica (enxaqueca), necessitando da medicação ERENUMABE (PASURTA) - Negativa - Descabimento - Tratando-se de questões relativas à saúde deve prevalecer a indicação médica - Danos morais - Ocorrência - Razoabilidade do arbitramento em R$ 5.000,00 - Recurso provido em parte.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedentes os pedidos formulados em ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória.

Alega a apelante que: a) o valor da causa deve equivaler ao pedido de danos morais (R$ 10.000,00), não indicada fonte segura quanto ao preço do medicamento; b) não pagará o mesmo preço do varejo no medicamento; c) a prescrição médica é sem prazo determinado, não se sabendo de continuará pres-

Acesso ao Sumário

crito pelo período de 12 meses; d) comportam redução os honorários advocatícios, devendo ser arbitrados em 10% do valor da condenação, ou, subsidiariamente, não podendo ultrapassar R$ 1.000,00; e) foi legítima a negativa de cobertura, inexistindo previsão no rol da ANS, cuja taxatividade foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, de medicamento de uso domiciliar, ainda que injetável, (à exceção dos antineoplásicos, indicados para tratamento de tumores), superada a Súmula 102 deste Tribunal; f) inexistem cláusulas contratuais abusivas, devendo ser respeitada a boa-fé contratual e o equilíbrio econômico financeiro; g) consoante Nota Técnica, concluiu-se pela não incorporação da droga ERENUMABE para tratamento de enxaqueca; h) devem ser observados os enunciados do Conselho Nacional de Justiça; i) não há dever de indenização por danos morais os quais, subsidiariamente, comportam redução, não podendo ultrapassar R$ 1.000,00.

É o relatório.

2. O dispositivo da sentença:

"Ante o exposto, JULGO a presente ação PROCEDENTE, a fim de: a) condenar a requerida a custear o tratamento com introdução injetável do medicamento Erenumabe 70mg (Pasurta), conforme prescrição médica, de modo a confirmar a tutela provisória outrora concedida em segunda instância; b) condenar a demandada ao pagamento de indenização a título de danos morais, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com juros moratórios a contar da citação e correção monetária a partir do arbitramento. Em virtude da sucumbência, condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios ora fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil. P. I.".

Foram acolhidos embargos de declaração, nos seguintes termos:

"Vistos. Acolho os embargos para fixar a verba honorária de sucumbência em 10% do valor atualizado da causa. No mais, a sentença permanece inalterada. Int".

Consta dos autos que o autor, beneficiário do plano de saúde, portador de migrânea crônica (enxaqueca), necessita da medicação ERENUMABE (PASURTA), consoante indicação médica (fls. 38/39), mas a ré negou a cobertura, por falta de previsão no rol da ANS.

De acordo com o artigo 291 do novo Código de Processo Civil, "a toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível".

O valor da causa deve corresponder ao proveito econômico pretendido pelo autor (CPC 292, §3º).

Por ocasião da inicial, o autor atribuiu à causa o valor de R$ 39.068,32, consubstanciado no valor da mensalidade do plano (R$ 2.422,36 - fls. 31/34),

pelo período de 12 meses, acrescido do pedido de danos morais (R$ 10.000,00), porém, indicado em documento apresentado pela própria ré o custo do medicamento - R$ 2.214,27 (fls. 87 e 196) -, razoável que o valor da causa corresponda a tal quantia, mantido o período estimado de 12 meses, somada aos danos morais (CPC 292, VI e §2º), totalizando R$ 36.571,24.

A resistência da apelante em fornecer o tratamento é abusiva, porque o contrato entabulado entre as partes prevê o tratamento para a enfermidade do autor.

Em se tratando de questões relativas à saúde deve prevalecer a indicação médica.

Cabe ao especialista eleger o tratamento adequado ao paciente e não ao plano de saúde: "O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura" (REsp 668.216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 15/03/2007).

Vale recordar a Súmula 102 deste Tribunal de Justiça a esse respeito, plenamente em vigor:

> Súmula 102 - Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Ainda que pudéssemos desconsiderar esta circunstância, o posicionamento da empresa ré seria coerente se a indicação do tratamento não fosse realizada por profissional especializado, pois é do conhecimento de todos que alguns medicamentos são indicados para curas de algumas patologias e de forma específica, porém produzem resultados positivos mesmo não observado a rigor o que estabelece na bula - o que tornaria irrelevante que a Agência Nacional de Saúde tivesse ou não autorizado -, uma vez que cabe ao profissional especialista avaliar as vantagens e desvantagens, de forma individual, para utilização ou não de um medicamento.

O dano moral é aquele que ofende a um atributo da personalidade, tais como a vida, a integridade física, a intimidade, a vida privada, a honra, dentre outros (artigo 5º, inciso X da Constituição Federal).

Em regra, não ensejam danos morais o simples descumprimento de contrato, para o que a indenização deve estar adstrita à seara patrimonial.

Neste caso concreto o dano causado extrapola o mero aborrecimento, ofendendo de forma anormal os direitos da personalidade, colocando em risco o estado de saúde do autor.

Em face das circunstâncias, reputo razoável o arbitramento dos danos morais em R$ 5.000,00.

Relativamente aos honorários advocatícios, razoável que incidam sobre o

Acesso ao Sumário

valor da causa, consoante o novo valor ora arbitrado (R$ 36.571,24), no patamar de 10%, atendidos os critérios do artigo 85, §2º do Código de Processo Civil, notadamente considerando que a incidência da verba honorária tão somente sobre a condenação por danos morais (R$ 5.000,00) acarretaria quantia ínfima.

3. Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para alterar o valor da causa para R$ R$ 36.571,24.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008035-24.2020.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados JOSE HENRIQUES PEREIRA (ESPÓLIO) e IRENE HENRIQUE PEREIRA DOS SANTOS (HERDEIRO).

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 e majoraram os honorários advocatícios, V.U.', de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17427)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente sem voto), SERGIO GOMES e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 2 de julho de 2021.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: BANCÁRIOS - Ação de indenização por danos morais - Sentença de parcial procedência - Requerimento de concessão de efeito suspensivo superado em razão deste julgamento - Banco apelante que, nos autos do pedido de alvará judicial, processo nº 1012161-64.2013.8.26.0068, não cumpriu por várias vezes e longo tempo ordem do juízo que determinou a transferência de valores depositados na conta corrente do falecido curador do autor para conta judicial, inviabilizando levantamento - Valores que tinham caráter alimentar, haja vista que eram provenientes de benefício previdenciário recebido pelo autor - Danos morais - Caracterização - Indenização devida - Quantum condizente com o evento danoso, longevo - Sentença mantida - Recurso desprovido, e majorados os

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios (NCPC, art. 85, § 11).

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença proferida em 29/03/2021 (fls. 183/185), de relatório adotado, que julgou parcialmente procedente a ação para "*o fim de CONDENAR o réu a pagar a quantia de R$15.000,00, a título de dano moral. Extingue-se, pois o processo com resolução de mérito, na forma do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Condeno o réu, vencido, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor da condenação, considerando a complexidade do processo, bem assim o zelo e labor dispensados pelos patronos*".

Apelo do réu (fls. 188/194) alegando, em síntese, que deve ser afastada a indenização por danos morais, haja vista que não demonstrados nos autos, sendo certo que mero aborrecimento não configura dever de indenizar. Pede recebimento do recurso no duplo efeito e provimento para modificação da sentença, e alternativamente redução do valor da indenização, pois fixado em valor excessivo.

Contrarrazões às fls. 199.

É o relatório.

Recurso conhecido. Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal. Partes legítimas e regularmente representadas. A apelação, interposta em 03/05/2021, é tempestiva, preparada (fls. 195/196 e 207/208).

Prejudicada a análise do pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso em razão do presente julgamento.

A sentença está proferida com a fundamentação que segue: "*(...) É o relatório. Decido. O feito se encontra em condições de pronto julgamento, mormente não tendo as partes manifestado interesse na ampliação da dilação probatória. Passa-se prontamente ao exame do mérito, Busca o espólio de José Henrique Pereira a condenação do réu a indenizar danos morais advindos da sua atuação desidiosa em procedimento de alvará. Para análise, convém, antes de qualquer coisa, compreender a dinâmica do processo processo 1012161-64.2013.8.26.0068. Pelo que se extrai dos autos do feito alhures indicados, em 05/08/2014, foi determinado ao Banco do Brasil que informasse o saldo existente na conta bancária indicada pelo de cujus. Expedido ofício eletrônico em 06/10/2014, foi respondido em 11/11/2014, fl. 36. À fl. 41, em despacho-ofício datado de 26/01/2016, foi determinado ao Banco do Brasil a transferência do total do valor, com os acréscimos pertinentes, a conta bancária judicial. Na decisão da fl. 56, datada de 17/11/2016, foi deferido o levantamento dos valores. Em 13/01/2017, foi certificado que, em contato com escriturária do réu, os valores ainda se encontravam na conta original (agência de Carnaíba, PE) - fl. 59. Em sentença prolatada às 60/62, datada de 13/01/2017, foi determinada a*

Acesso ao Sumário

reiteração de ofício visando à transferência dos valores. À fl. 70, foi certificado o encaminhamento da decisão ao malote dos correios para remessa ao réu. Em 05/06/2017, foi determinado bloqueio de valores pelo sistema BACENJud, fl. 71. Em 20/06/2017, fl. 75, foi encaminhado ofício eletrônico para agência do Banco do Brasil em que se encontravam os valores. Certificado em 21/06/2017 o reenvio do despacho-ofício relativo à transferência dos valores, fl. 77. Em certidão da fl. 78, é noticiado o protocolo do ofício na agência do réu situada no prédio do fórum por orientação do SAC do réu. À fl 81 consta certidão datada de 25/09/2017, dando conta de que os valores ainda se encontravam na agência de Carnaíba, 'mas que providências internas seriam adotadas para celeridade do caso'. Determinada a transferência dos valores bloqueados por intermédio do BacenJud e realizado novo bloqueio para complementação dos valores, fl. 82. Em 10/11/2017, foi expedido mandado de levantamento quanto aos valores obtidos mediante bloqueio Bacenjud, fl. 91. Por sua vez, em 11/12/2017, conforme certidão da fl. 100, o Cartório diligenciou junto ao Banco do Brasil e constatou que a ordem ainda não havia sido cumprida. Enfim, em 11/12/2017, fl. 102, foi determinada nova tentativa de bloqueio via Bacenjud, que resultou em novos bloqueios parciais, levantados às fls. 114 e 118. Pois bem. Verifica a marcha do processo de alvará, verifica-se conduta inacreditavelmente desidiosa do Banco do Brasil. Com efeito, não obstante a reiterada emissão de ordens de transferência dos valores, por via física (com protocolo) e digital (endereço eletrônico da própria agência bancária destinatária), reiterados contatos (todos certificados nos autos) de diligentes serventuários com diferentes agências bancárias mantidas pelo réu e, inclusive, com o Serviço de Atendimento ao Consumidor (!), o demandado quedou-se inerte ao longo dos anos. Aí há, sem dúvida, ato ilícito. A conduta da parte ré desborda de qualquer sorte de tolerância e parcimônia. Ao reter dinheiro que não era seu de direito (do qual tinha a posse em razão de depósito) e deixar de transferi-lo após repetidas ordens judiciais e contatos, praticou ato ilícito e, sem dúvida, causou danos. Mais do que mera delonga da marcha procedimental (repita-se: por anos), a inexecução impediu que os valores chegassem ao seu proprietário de direito no momento em que, efetivamente, mais precisava. Afinal, precisava, na condição de interdito, ter seus cuidados mais básicos - de alimentação a higiene - custeados. Daí que, com efeito, compreende-se que a demora na transferência dos valores ao de cujus impediu que lhe fosse conferido os cuidados adequados e conforto a que tinha direito. Implicou, portanto, sofrimento desnecessário. Esse sofrimento é juridicamente relevante, impactando no livre exercício dos direitos da personalidade do falecido. Portanto, é apto a caracterizar dano moral indenizável. Considerando a extensão do dano, bem assim as exigências de reprovação da péssima conduta do réu e de estímulo à readequação de seu modo de agir, compreende-se por razoável e proporcional seja a indenização fixada em R$15.000,00 (...)".

Alega o autor, ora apelado, que em razão de decisão proferida nos autos de pedido de alvará judicial, Processo nº 1012161-64.2013.8.26.0068, obteve direito ao levantamento do valor de R$ 34.588,79, proveniente de benefício

Acesso ao Sumário

previdenciário de sua titularidade, cujos montantes eram depositados na conta corrente de seu falecido curador; que, a despeito de emitida ordem judicial em 17/11/2016, não houve cumprimento pelo banco apelante; que em 12/01/2017 foi determinado ao ora recorrente que promovesse a transferência dos valores para conta judicial, o que também não foi cumprido; que houve reiteração da ordem em 05/06/2017, também descumprida; que a partir de 25/09/2017 foram realizados múltiplos bloqueios judiciais, tendo havido o levantamento integral somente em 04/12/2019; e, que em razão da conduta do réu, ora apelante, faz jus a indenização por danos morais em valor correspondente a R$ 35.000,00.

O banco apelado alega em contestação e no recurso que não agiu com desídia, na medida em que não foi devidamente intimado da ordem que determinou a transferência de valores para conta judicial; que não foi parte daquela demanda judicial, razão pela qual deveria ter sido intimado por meio de documento físico para dar cumprimento à ordem; e, que não restou demonstrada a ocorrência de danos morais indenizáveis.

Extrai-se da análise das cópias do Processo nº 1012161-64.2013.8.26.0068, que foram realizados inúmeros atos judiciais, os quais estão descritos na sentença retro copiada, tendentes a transferência dos valores de titularidade do apelado e depositados na conta corrente do seu falecido curador para conta judicial. O banco apelante tomou ciência inequívoca da determinação judicial em 27/06/2017, quando houve o protocolo físico do ofício expedido em 26/01/2016 (fls. 80).

Além do protocolo retro referido, foram realizadas diversas diligências pelos serventuários do Cartório da 3ª Vara Cível da Comarca de Barueri junto à agência do apelante. Também houve encaminhamento de e-mail ao recorrente (fls. 75), bem como registrada manifestação junto ao serviço de atendimento (fls. 76).

Desse modo, tal como fundamentado na sentença, houve evidente desídia do banco apelante que, a despeito de inúmeros requerimentos, permaneceu inerte, de 27/06/2017 a 04/12/2019, deixando de providenciar a transferência dos valores da conta corrente do falecido curador do apelado para conta judicial, inviabilizando levantamento. E tais montantes possuíam caráter alimentar, já que eram provenientes de benefício previdenciário, e que só puderam ser levantados anos depois em razão de bloqueios judiciais.

A retenção indevida de alto valor de natureza alimentar configurou episódio que, tal como reconhecido na sentença, gerou mais do que um "mero dissabor", evidente o aborrecimento e implicações que decorrem da situação, inclusive pela aplicação da regra de experiência comum do art. 375 do NCPC, resultando caracterizado dano moral, atraindo o dever de indenizar, garantido na CF, art. 5º, X.

Acesso ao Sumário

A indenização por dano moral é arbitrada em conformidade com as circunstâncias e consequências do evento danoso, no detalhe a extensão do dano (CC, art. 944), observando-se compensar o lesado e desestimular o que lesa, sem proporcionar enriquecimento via ação, o que, aliado aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e na observância do ocorrido, de recalcitrância longeva, reputo adequado valor de R$ 15.000,00 arbitrado na sentença, incapaz de causar enriquecimento indevido para aquele que o recebe e de causar grande impacto econômico-financeiro para aquele que tem o dever de indenizar.

Nessa quadra, a sentença segue mantida também por seus próprios e jurídicos fundamentos.

E, por oferecidas contrarrazões, majoro os honorários advocatícios para 15% (NCPC, art. 85, §11).

Anoto ainda entendimento pacífico de que o órgão julgador não está obrigado a citar todos os artigos de lei ordinária, infraconstitucional, ou da Constituição Federal para fins de prequestionamento, no que se consideram automaticamente prequestionadas todas as disposições legais discutidas nos autos.

Na temática o Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece que: "*São numerosos os precedentes nesta Corte que tem por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida a apreciada*" (Rec. Esp. 94.852, SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 13.09.99, pg.1088).

Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso, e majoro os honorários advocatícios (NCPC, art. 85, §11).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003874-69.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROBSON AMERICO SILVESTRE COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO PAN 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 26655)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente) e RÉGIS RODRIGUES BONVICINO.

São Paulo, 5 de julho de 2021.

Acesso ao Sumário

FÁBIO PODESTÁ, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL - CONTRATO BANCÁRIO - Financiamento de veículo. TARIFA DE REGISTRO E AVALIAÇÃO. Aplicação do entendimento pacificado pelo STJ no REsp 1.578.553/SP (Tema 958). Registro realizado. Tarifa de avaliação. Serviço prestado (art. 373, II do CPC). Abusividade não verificada. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - Entendimento de que a cobrança de comissão de permanência não poderá ser cumulada com outras verbas, como multa, juros remuneratórios ou moratórios e correção monetária. Inteligência das Súmulas nº 30, 296 e 472 do STJ. Cumulação inocorrente. TARIFA DE CADASTRO. Entendimento firmado pelo STJ no REsp 1251331/RS (Tema 620). Serviço prestado. Cobrança dentro da média de mercado. Abusividade não evidenciada. Sentença mantida. APELO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **ROBSON AMERICO SILVESTRE COSTA**, em face da r. sentença às fls. 213/218, cujo relatório adoto, que julgou **parcialmente procedente** o pedido do autor para afastar a cobrança do seguro contratado, determinando-se a restituição simples dos valores cobrados ou compensação com o débito, com correção monetária a partir do desembolso e juros de mora da citação, com recálculo do IOF e restituição da diferença. O autor, por ter decaído quase a totalidade dos pedidos, foi condenado a suportar o ônus sucumbencial para pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, respeitados os critérios atinentes à gratuidade judiciária.

Apela o autor (fls. 223/234), sustentando, em apertada síntese que: **i)** com relação a tarifa de registro do contrato não se pode presumir a prestação dos serviços ou o pagamento da quantia disposta no contrato sem a respetiva prova pelo banco (fls. 225/227); **ii)** com relação à tarifa de avaliação do bem, restou pacificado o entendimento de que só pode ser cobrada se o serviço estiver sido prestado o que não é o caso dos autos, ausente nota fiscal apresentada pela instituição financeira (fls. 227/229); **iii)** a tarifa de cadastro foi cobrada em valor muito acima da média de mercado, pois a média a época da contratação era de R$ 501,05 (fls. 229/231); **iv)** indevida a cobrança cumulada de encargos mora-

Acesso ao Sumário

tórios a título de comissão de permanência (fls. 231/233). Requer o provimento do recurso.

Recurso tempestivo (fls. 221/222), isento de preparo (fl. 195) e contrarrazoado às fls. 238/265.

É o relatório.

Trata-se de ação revisional de contrato bancário, celebrado pelo autor para aquisição de veículo, em 22 de novembro de 2018 (fls. 28/31), na qual sustenta a abusividade das taxas cobradas.

Da tarifa de registro e avaliação

O julgamento vinculante proferido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.578.553/SP (Tema 958) fixou tese no seguinte sentido:

> "2.3. **Validade** da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, **bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado;** e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto." (REsp 1578553/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 06/12/2018) (g.n).

Na peculiaridade dos autos, no que concerne a tarifa de registro (R$ 375,96, - fl. 28), há prova de que o serviço foi propriamente prestado, pois o documento do veículo encontra-se em nome do apelante (fl. 175/178).

O montante, por sua vez, não se mostra abusivo no caso concreto.

Da mesma forma, com relação à taxa de avaliação (R$ 408,00 - fl. 28), também há prova da prestação dos serviços, conforme se observa das fls. 179/182.

Ademais, não se verifica abusividade na quantia cobrada frente o valor da transação, estando, portanto, correta improcedência de tais pleitos.

Da comissão de permanência

O entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema foi cristalizado em quatro Súmulas:

> Súmula nº 472: "A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - **exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.**" (g.n.)
>
> Súmula nº 296: "Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado." (g.n.)
>
> Súmula nº 294 "Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado

Acesso ao Sumário

apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato."

Súmula nº 30 "A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis."

Em análise do instrumento respectivo (fls. 28/31) revela-se que há previsão de cobrança de juros remuneratórios, juros moratórios de 1% ao mês e multa de 2% sobre o valor do débito (cláusula 13 - fl. 30), sem a cumulação com comissão de permanência.

Portanto, não havendo, na hipótese, cobrança de comissão de permanência cumulativamente aos demais encargos moratórios, de rigor a manutenção da r. sentença nessa temática.

Tarifa de cadastro

Sobre o tema, há entendimento vinculante do Superior Tribunal de Justiça que prevê o seguinte:

"(...) 7. Permanece **legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro**, a qual remunera o serviço de 'realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente'" (REsp 1251331/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013) (g.n.).

Segundo o contrato firmado, verifica-se que houve cobrança de tarifa de cadastro no valor de R$ 652,00 (fl. 28).

Por sua vez, o banco réu comprovou a prestação do aludido serviço de pesquisa (art. 373, II do CPC), conforme ficha cadastral do consumidor (fl. 167).

Ademais, não se verifica abusividade na tarifa cobrada pela instituição financeira, pois a tarifa de cadastro aplicada no caso concreto está de acordo com a média do mercado[1].

Portanto, deve ser mantida a r. sentença.

Observada a sucumbência recursal, à luz do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majorem-se os honorários advocatícios devidos pelo apelante R$ 2.000,00, respeitados os critérios atinentes à gratuidade judiciária.

Ante ao exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

Acesso ao Sumário

1 Valor da tarifa para confecção de cadastro para início de relacionamento - R$ 677,69. Disponível em (endereço eletrônico constante no texto original)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011807-78.2020.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GAFISA S/A, é apelado RAFAEL COSTA DOS SANTOS LANZA.

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 22.850)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE MARCONDES (Presidente), ANA MARIA BALDY e MARIA DO CARMO HONÓRIO.

São Paulo, 5 de julho de 2021.

ALEXANDRE MARCONDES, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. HIPOTECA. Sentença de procedência, condenando a ré a cancelar a hipoteca que grava o imóvel adquirido pelo autor, sob pena de multa diária em caso de descumprimento. Irresignação da ré. Preliminar. Ausência de impugnação específica. Recurso do qual é possível depreender as razões da irresignação da ré e do pedido de reforma. Mera reprodução parcial da contestação que não implica violação do princípio da dialeticidade. Mérito. Hipoteca ineficaz perante o adquirente (Súmula nº 308 do STJ). Legitimidade da ré. Adquirente de boa-fé que não pode ser punido pela inércia da construtora em proceder à baixa da hipoteca. Precedentes. Princípio da função social do contrato. Aplicabilidade da Súmula nº 308 mesmo após a edição da Lei nº 13.097/15. Valor das astreintes corretamente estabelecido. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 132/133, de relatório adotado, ***julgou procedente*** ação movida por **Rafael Costa dos Santos Lanza** em face de **Gafisa S/A**, condenando a ré a promover o cancelamento da hipoteca, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a R$ 50.000,00. Condenou a ré

ainda ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Recorre a ré, sustentando, em síntese, que a existência de hipoteca averbada na matrícula do imóvel não impede a transferência da titularidade do bem, nos termos da Súmula nº 308/STJ, não gerando, portanto, prejuízos ao autor. Alega que essa hipoteca é praxe no mercado e tem por finalidade o levantamento de recursos para a construção da obra e sua liberação não depende exclusivamente da ré, mas também do banco financiador. Além disso, ressalta que devem ser considerados os trâmites burocráticos para a liberação da hipoteca e que não deu causa ao ajuizamento da ação. Insurge-se ainda contra a multa em caso de descumprimento da ordem judicial, requerendo sua suspensão ou a redução do seu valor (fls. 139/144).

Contrarrazões a fls. 149/156, com preliminar de não conhecimento.

Não há oposição ao julgamento virtual (fls. 164 e 166).

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

De saída, rejeita-se a preliminar de ausência de impugnação específica arguida pelo autor.

Isso porque é possível depreender da apelação as razões da irresignação da ré e do pedido de reforma, inexistindo violação ao princípio da dialeticidade.

Ainda que o recurso coincida em parte com a contestação (fls. 50/57), conforme orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, "*A repetição do teor da contestação nas razões da apelação não ofende o princípio da dialeticidade quando puderem ser extraídos do recurso as razões da intenção de reforma da sentença*" (AgInt no AREsp nº 1.186.509/ES, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/10/2018).

Superada a preliminar, em 16/06/2020, o autor firmou com a empresa *JRA Mathaus Pizzaria e Esfiharia Ltda.* escritura de venda e compra pela qual adquiriu uma sala nº 1708, localizada no 19º pavimento, do edifício denominado "*Axis Business Tower*" (fls. 13/16) da ré.

Essa unidade havia sido dada pela ré em hipoteca ao banco financiador da obra em 01/09/2016, conforme averbação "Av.1" da matrícula nº 292.323 do 9º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo/SP (fl. 17).

O preço de aquisição do imóvel foi integralmente quitado pelo comprador originário, conforme declaração da própria ré, datada de 02/10/2018 (fl. 23).

Pois bem. É pacífico o entendimento de que o promitente comprador não responde pela dívida contraída pela incorporadora/construtora com a instituição financeira que concedeu financiamento para a construção do empreendimento imobiliário.

Acesso ao Sumário

Assim, é ineficaz a garantia hipotecária perante o adquirente, sendo legítimo e inafastável seu direito de obter a propriedade plena do imóvel e o cancelamento da hipoteca, conforme a Súmula nº 308 do E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "*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*".

Desta maneira tem se posicionado o E. Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. HIPOTECA FIRMADA ENTRE A CONSTRUTORA E O AGENTE FINANCEIRO. APLICABILIDADE DA SÚMULA 308/STJ. ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE IMÓVEL COMERCIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. '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' (Súmula 308 do STJ). 2. Fica inviabilizado o conhecimento de tema trazido no recurso especial, mas não debatido e decidido nas instâncias ordinárias, tampouco alvo dos embargos de declaração opostos, para sanar eventual omissão, porquanto ausente o indispensável prequestionamento. Aplicação, por analogia, das Súmulas 282 e 356 do STF. 3. Agravo interno a que se nega provimento" (AgInt no REsp 1689642/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 06/11/2018).
>
> "PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. AFRONTA AO ARTIGO 535, II, DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. HIPOTECA. PROMITENTE COMPRADOR. COBRANÇA DE VALOR MÍNIMO DE DESLIGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INEFICÁCIA. SÚMULA N° 308/STJ. PRECEDENTES. 1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada. 2. Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existentes no acórdão, não servindo à rediscussão da matéria já julgada no recurso. 3. Nos termos da Súmula n° 308, desta Corte, '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'. 4. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt no AREsp 1248205/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 16/08/2018).

Ressalte-se que a ineficácia da hipoteca perante o adquirente não implica na derrocada do instituto. O caráter absoluto do direito de hipoteca é apenas relativizado no âmbito do sistema financeiro imobiliário, em atenção ao fim social daquele sistema.

Acesso ao Sumário

Além disso, não se deve olvidar que o contrato deve cumprir sua função social (art. 170 da CF/88 e art. 421 do Código Civil/2002), que se projeta não apenas entre as partes contratantes, mas também sobre terceiros estranhos à relação contratual, como é o caso dos autos. E entre o direito do agente financeiro de executar a garantia hipotecária instituída para a satisfação de seu crédito e o do promitente comprador à obtenção da propriedade do imóvel adquirido, livre de ônus, há de prevalecer este último, sob pena de o contrato não cumprir sua função.

Bem a propósito ensinava Fernando Noronha antes do Projeto de Código Civil se tornar lei, a propósito da função social do contrato, que:

> "(...) mesmo os direitos subjetivos de finalidade egoística, como são todos os direitos de crédito (entre os quais se inserem os resultantes de contratos), são reconhecidos, como qualquer outro direito, tendo em vista não só a realização dos interesses do respectivo titular, como também a realização de finalidades sociais: toda norma jurídica, afinal, visa 'fins sociais' e atende 'exigências do bem comum', como ficou expresso no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Se todo direito de crédito visa satisfazer um interesse do credor, seja ele patrimonial ou moral, acima deste sempre estará o interesse geral, ou bem comum, de que já falavam Aristóteles e São Tomás de Aquino, qualquer que seja o conteúdo dado a estas expressões na sociedade real, dividida por conflitos de interesses e valores e fortemente influenciada pelas ideologias dominantes. Por isso, o seu exercício também está sujeito a controle, do ponto de vista de tal interesse geral" (O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, Ed. Saraiva, 1994, pp. 83-84).

Destarte, mesmo sem o regime das Leis nº 4.380/64 e 4.864/65, a hipoteca instituída em favor do agente financeiro para garantia do crédito concedido à construtora não poderia valer contra o comprador, sob pena de ofensa ao princípio da função social do contrato.

Nesse sentido:

> "COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Preliminar. Ilegitimidade passiva. Rés que integram grupo empresarial e assim se apresentam aos consumidores. Responsabilidade solidária das rés, com fundamento no art. 7º, parágrafo único e 25, §1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Preliminar afastada. Mérito. Imóvel gravado com hipoteca outorgada pela construtora em garantia de financiamento bancário. Compromisso de compra e venda quitado pelos adquirentes. Pretensão dos adquirentes resistida em juízo. Pendências financeiras entre a construtora e o banco, que impediram a liberação do imóvel. Ineficácia da hipoteca perante o promitente

Acesso ao Sumário

comprador. Súmula nº 308 do STJ. Aplicação do princípio da função social do contrato. Direito dos promitentes compradores ao cancelamento da hipoteca e à escritura definitiva do imóvel. Hipoteca baixada no curso da ação. Rés que respondem pelas verbas da sucumbência por força do princípio da causalidade. Sentença de procedência mantida. RECURSO DESPROVIDO" (Apelação Cível nº 1011226-98.2018.8.26.0019, 6ª Câmara de Direito Privado, de minha relatoria, j. 31/07/2020).

Nem há que se cogitar de ilegitimidade da ré. Em que pese ser possível a alienação de imóvel hipotecado, ao novo adquirente não pode ser imposta a manutenção do gravame se já houve o pagamento integral do preço.

Em resumo, é de rigor a aplicação das disposições contratuais no sentido de que a quitação do preço investe o compromissário comprador no direito de receber o imóvel livre de gravames. Se a construtora não agiu para a liberação da hipoteca junto à instituição financeira, deve ser responsabilizada a assim proceder.

Nesse sentido podem-se destacar os seguintes precedentes:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Registros públicos - Decisão recorrida deferiu parcialmente a tutela antecipada pleiteada, determinando regularização do imóvel com a baixa de hipoteca constituída pela construtora e o agente financeiro - Preliminar de ausência de interesse de agir afastada - Agravados têm direito real à aquisição do imóvel, segundo o art. 1.417 do CC - Hipoteca não tem eficácia perante os agravados, pois eles são adquirentes do imóvel, segundo a súmula 308 do STJ - **Adquirentes de boa-fé que não podem ser punidos pela inércia da construtora em proceder à baixa da hipoteca** - Decisão agravada mantida - Recurso desprovido." (Agravo de Instrumento nº 2068331-05.2020.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Costa Netto, j. 30/04/2020 - destaquei).

"OBRIGAÇÃO DE FAZER - Compra e venda de imóveis comerciais de empreendimento em construção - Quitação do preço - Cancelamento de hipoteca - Gravame constituído sobre as unidades em favor do credor hipotecário para garantir dívida da construtora ré - **Construtora que deve providenciar o necessário para o levantamento do gravame por parte da instituição financeira**, o que, inclusive, está previsto contratualmente - Desnecessidade de intervenção do credor hipotecário na demanda - **Compromissários compradores que não podem ser prejudicados por pendências administrativas e financeiras da construtora 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 - Honorários advocatícios fixados em plena

Acesso ao Sumário

observância ao art. 85, §2º, CPC - Arbitramento por equidade e redução da verba de que não se cogita - Sentença mantida - Recurso improvido, corrigido de ofício erro material observado na sentença." (Apelação Cível nº 1117475-87.2019.8.26.0100, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 31/05/2021 - destaquei).

Por fim, o valor da multa para o caso de descumprimento da ordem judicial deve ser mantido.

Conforme lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, "*[...] o valor [da multa diária] 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" (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10ª ed. São Paulo: RT, p. 673, nota 17 ao art. 461).

A multa, no caso, foi estipulada em patamar suficiente para cumprir sua função coercitiva, porém sem ensejar enriquecimento sem causa da parte adversa, observada ainda a fixação de patamar máximo para a sua incidência.

Finalmente, desprovido o recurso, com fundamento no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil arbitram-se honorários recursais a serem pagos pela ré em 5% do valor atualizado da causa, sem prejuízo da verba honorária fixada na r. sentença.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028722-78.2020.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante RAFAEL COSTA GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado OMNI S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.658)**

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

São Paulo, 6 de julho de 2021.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Ação revisional de contrato bancário - Financiamento de veículo - Sentença de improcedência - Apelo do requerente.

JUROS REMUNERATÓRIOS - Instituições financeiras que não se submetem aos limites do Decreto 22.626/33 - Súmulas 596, 648 e Vinculante n. 7, todas do STF - Prévia informação ao consumidor - Orientação firmada pelo STJ, ao aplicar a "Lei de Recursos Repetitivos" - RESP 1.061.530/RS - Financiamento de veículo - Distinção entre encargos remuneratórios e custo efetivo total (CET) - Abusividade não caracterizada - RECURSO DESPROVIDO.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - Inteligência do art. 28, §1º, I, da Lei n. 10931/04 - Permitida a capitalização dos juros remuneratórios com periodicidade inferior a um ano nos contratos celebrados posteriormente a 31.3.2000, data da publicação da MP 1.963-17/2000, desde que expressamente pactuada - RESP 973.827/RS - Suficiência, para tanto, da previsão na cédula da taxa de juros anual superior a doze vezes a taxa de juros mensal nela estipulada - Súmulas 539 e 541 do STJ - Título emitido posteriormente a 31.3.2000 - Constitucionalidade do Art. 5º da MP 2.170/36-2001 reconhecida - Prevista, expressamente, a capitalização pela sistemática do duodécuplo - RECURSO DESPROVIDO.

SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA E "SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA 24 HORAS" - Possibilidade de previsão de seguro prestamista desde que fruto de opção pelo consumidor, a quem compete também escolher a seguradora, sendo vedada a "venda casada" - Tese consagrada no Resp. n. 1.639.320/SP - Não há comprovação nos autos de que ao autor tenha sido possibilitada a escolha da seguradora - Os mesmos argumentos são válidos no que tange à pactuação dos "serviços de assistência 24 horas" - Não há motivos para que, "in casu", não seja analogicamente aplicada a essa espécie de serviço a tese firmada no aludido recurso repetitivo, dada a similitude do objeto (seguro automobilístico) e da metodologia de contratação, por meio da qual não se deu oportunidade ao autor

Acesso ao Sumário

de sequer escolher a seguradora de sua preferência - Cobrança dos seguros arredada - RECURSO PROVIDO.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO - Impossibilidade de devolução na forma do art. 42, parágrafo único, do CDC - Repetição a ser realizada de maneira simples, dada a inexistência de má-fé da instituição financeira na cobrança do encargo afastado - Precedente do STJ - RECURSO DESPROVIDO.

CONCLUSÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **RAFAEL COSTA GONÇALVES** contra a r. sentença de fls. 98/101, por meio da qual o douto Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos deduzidos em ação revisional de contrato bancário ajuizada pelo recorrente em face de **OMNI S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO**. Em razão da sucumbência, o ilustre Magistrado de piso impôs ao requerente o enfrentamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, ressalvada a gratuidade.

Inconformado com o teor do r. *decisum*, recorre o demandante às fls. 104/111, sustentando: (i) abusividade e caracterização de venda casada pela imposição da contratação de assistência por terceiros e de seguro de proteção financeira; (ii) ilegalidade da capitalização de juros, bem como do patamar estabelecido para os juros remuneratórios; (iii) a necessidade de repetição em dobro do indébito. Pugna, assim, pela reforma da r. sentença, a fim de que a demanda seja julgada procedente.

Contrarrazões às fls. 115/124.

É o relatório.

DOS JUROS REMUNERATÓRIOS

O Decreto n. 22.626/33, mais conhecido como Lei de Usura, não se aplica às instituições bancárias quanto às taxas de juros remuneratórios, de acordo com a Súmula n. 596 do Supremo Tribunal Federal ("*As disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional*"), editada à luz da interpretação do seu art. 1º, *caput*.

Ademais, o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, antes de sua revogação pela Emenda Constitucional n. 40/2003, não era autoaplicável, mas de eficácia limitada, conforme entendimento da Súmula n. 648 da Excelsa Corte, cujo

Acesso ao Sumário

conteúdo é o seguinte: "*A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar*".

Anote-se que o sistema financeiro é regulado por normas de caráter especial, que prevalecem sobre as de natureza ordinária, adotadas apenas de forma subsidiária. Nesse sentido, a Súmula Vinculante n.7, cujo texto é o mesmo da Súmula n. 648 já colacionada, além daquela de n. 382 do Tribunal da Cidadania ("*A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade*").

A questão foi submetida ao rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 do CPC/2015), no julgamento do Recurso Especial n. 1.061.530/RS, com voto condutor da Ministra Nancy Andrighi, em sessão realizada no dia 22.10.2008, no qual ficou sedimentada a seguinte orientação:

"*ORIENTAÇÃO 1*

a) As instituições Financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às *peculiaridades do julgamento em concreto*".

Dessa forma, a dinâmica do mercado financeiro, flutuando segundo a oferta e procura de crédito, não permite que haja o "engessamento" das taxas praticadas na fase de "normalidade", para limitá-las à média ou em 12% ao ano, exceto se totalmente fora do padrão tolerável.

Todavia, nos presentes autos, o autor não alega distorção expressiva das taxas nominais estipuladas nos patamares de 4,38% ao mês e 67,27% ao ano em relação aos parâmetros médios de mercado.

Em verdade, o demandante afirma que a taxa de juros aplicada é diversa da contratada, alegando descumprimento contratual por parte da instituição financeira.

Contudo, o contrato é expresso ao prever como "custo efetivo total" a taxa mensal de 5,56% e anual de 91,44% (fl. 29), em razão de todo o custo atinente ao contrato.

Acesso ao Sumário

Consigna-se que o custo efetivo total, embora integrado pela taxa de juros remuneratórios, com ela não se confunde, pois abarca, juntamente com a remuneração do capital, tarifas, imposto e demais despesas que circundam o empréstimo.

Portanto, sob o aspecto da taxa de juros, a decisão hostilizada não merece reparos.

Cite-se, por oportuno, o parágrafo 2º, do artigo 1º, da Resolução n. 3.517 do Banco Central, que descreve o fluxo de composição desse dado:

> "§ 2º O CET deve ser calculado considerando os fluxos referentes às liberações e aos pagamentos previstos, incluindo taxa de juros a *ser pactuada no contrato, tributos, tarifas, seguros e outras despesas cobradas do cliente, mesmo que relativas ao pagamento de serviços de terceiros contratados pela instituição, inclusive quando essas despesas forem objeto de financiamento*" - sem ênfase no original.

Dessa forma, não se nota abusividade ou descumprimento na cobrança realizada pela instituição financeira ré no tocante aos juros aplicados.

DA CAPITALIZAÇÃO DE JUROS

Por disposição expressa do art. 28, §1º, I, da Lei n. 10.931/04, regulamentadora das cédulas de crédito bancário, é admitida a cobrança de juros capitalizados em periodicidade inferior a anual, *in verbis*: "*Na cédula de crédito bancário poderão ser pactuados: I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação*".

Por adotar a mesma tese, colaciona-se precedente desta Corte Bandeirante:

> "*AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO JULGADA IMPROCEDENTE - contrato de financiamento de veículo. CERCEAMENTO DE DEFESA POR CONTA DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - não ocorrência -dilação probatória desnecessária - questão de direito - prova documental que permitia o desate da lide preliminar rejeitada. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - cédula de crédito bancário - capitalização em período inferior a doze meses que é permitida por força do art. 28, §1º, I da Lei nº 10.931/04 - existência de pactuação expressa, na espécie - sentença mantida - Recurso desprovido*" (TJSP, Apelação n. 0050756-48.2010.8.26.0071, Rel. Des. Castro Figliolia, j. 11.07.2014).

Não bastasse, após a edição da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (reeditada como Medida Provisória n. 2.170-36/2001), ou seja, 31 de março de 2000, emergiu o entendimento majoritário no Superior Tribunal de Justiça, em sede de exame repetitivo, de que é permitida a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados posteriormente àque-

Acesso ao Sumário

la data (31.03.2000), desde que expressamente pactuada (REsp n. 973.827/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Relatora p/acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, J. 27.06.2012).

A questão está pacificada com a edição da Súmula n. 539 do Superior Tribunal de Justiça:

> "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31.03.2000 (MP n. 1.963-17/00, reeditada como MP n. 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada".

Aliás, a constitucionalidade da MP n. 2.170-36/2001, em reedição daquela de n. 1.963-17/2000, que permite a capitalização mensal dos juros, vem sendo discutida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADIN n. 2.316-1, após voto do então Relator, Ministro Sydney Sanches, propondo a suspensão da eficácia do art. 5º, *caput* e parágrafo único.

Porém, no Recurso Extraordinário n. 592.377, em que foi atribuída repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, em 04.02.2015, declarou, por maioria, constitucional o art. 5º, *caput*, da sobredita medida provisória, vencido o relator, Ministro Marco Aurélio, com acórdão redigido pelo Ministro Teori Zavascki.

Adotadas essas diretrizes, a capitalização mensal apurada não mais poderá ser excluída quando o contrato celebrado for posterior a 31.03.2000 e houver previsão nesse sentido.

Vale dizer, a análise da legalidade da capitalização mensal dos juros comporta dois momentos legislativos: antes e após a publicação da mencionada MP n. 1.963-17, isto é, 31.03.2000.

Celebrados os contratos bancários antes dessa data, a eficácia das estipulações acerca desse tema submete-se à regra do art. 4º do Decreto n. 22.626/33, conforme a Súmula n. 121 do Supremo Tribunal Federal.

Se celebrados depois, adota-se o entendimento consolidado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 973.827/RS, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 do CPC), em sessão realizada no dia 27.06.2012, com voto vencedor da Ministra Maria Isabel Gallotti e refletido na Súmula n. 539 da indigitada Corte, no qual se firmou a tese de que é admitida capitalização dos juros remuneratórios com periodicidade inferior a anual, desde que expressamente avençada.

Acesso ao Sumário

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do citado REsp n. 973.827/RS, também consagrou o entendimento de que a previsão contratual de taxa anual de juros superior ao duodécuplo da mensal supre a necessidade de cláusula expressa autorizando a capitalização dos juros, não se constituindo tal prática em violação do dever de informação ao consumidor, pois basta um

simples cálculo aritmético para este perceber a incidência do anatocismo:

> "*CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO. 1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros. (...) 3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - 'É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.'- 'A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada'(...). 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido*". (REsp n. 973.827/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 08.08.2012).

Tal orientação encontra-se também pacificada com a edição da Súmula n. 541 do Superior Tribunal de Justiça:

> "*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*".

Ora, a avença em testilha foi celebrada em 30.10.2019, isto é, após a edição da MP n. 1.963-17/2000, conforme documentação de fls. 29/32.

Analisando-se as cláusulas do instrumento contratual, observa-se a pactuação de taxa nominal de juros de 67,27% ao ano, que prevalece sobre o duodécuplo do respectivo referencial mensal de 4,38%, legitimando a capitalização.

Tem-se, portanto, que a instituição financeira está autorizada a capitalizar juros, uma vez que se cumpriu com o quanto estipulado no art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, mediante previsão contratual expressa nesse sentido.

Deveras, o inconformismo do autor não se sustenta nesse tópico.

DO SEGURO PRESTAMISTA E DOS "SERVIÇOS DE ASSISTÊN-

Acesso ao Sumário

CIA 24 HORAS"

Em relação à contratação de seguro de proteção financeira, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.639.320, à luz do art. 1.040 do CPC, consolidou o seguinte entendimento:

"*RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 972/STJ. DIREITO BANCÁRIO. DESPESA DE PRÉ-GRAVAME. VALIDADE NOS CONTRATOS CELEBRADOS ATÉ 25/02/2011. SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. VENDA CASADA. OCORRÊNCIA. RESTRIÇÃO À ESCOLHA DA SEGURADORA. ANALOGIA COM O ENTENDIMENTO DA SÚMULA 473/STJ. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. NÃO OCORRÊNCIA. ENCARGOS ACESSÓRIOS. 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo. 2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2.1 - Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.- CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva.* ***2.2 - Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. 2.3 - A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora.*** *3. CASO CONCRETO. 3.1. Aplicação da tese 2.1 para declarar válida a cláusula referente ao ressarcimento da despesa com o registro do pré-gravame, condenando-se porém a instituição financeira a restituir o indébito em virtude da ausência de comprovação da efetiva prestação do serviço. 3.2. Aplicação da tese 2.2 para declarar a ocorrência de venda casada no que tange ao seguro de proteção financeira. 3.3. Validade da cláusula de ressarcimento de despesa com registro do contrato, nos termos da tese firmada no julgamento do Tema 958/STJ, tendo havido comprovação da prestação do serviço. 3.4. Ausência de interesse recursal no que tange à despesa com serviços prestados por terceiro. 4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO*" (sem ênfase no original).

Com efeito, compulsando-se os autos, conclui-se que o autor se bate contra a cobrança de R$ 616,55, estampada na avença de fls. 29, a título de seguro prestamista.

Pois bem. Embora a inserção desse seguro não seja vedada pelas normas que regulamentam as atividades bancárias, até porque, consoante constou do v. acórdão exarado no REsp n. 1.639.320, não se trata propriamente de um serviço

Acesso ao Sumário

financeiro, tem-se, no entanto, por configurada a "venda casada", pois, malgrado ter sido possibilitada ao autor a contratação ou não do seguro, a ele não foi permitida a escolha da seguradora.

De fato, inexiste nos autos documento revelando que, entre seguradoras colocadas à disposição do autor, ele haja optado pelas condições ofertadas por Zurich Minas Brasil Seguros S/A.

Em suma, constatada a ilegalidade do mencionado seguro, de rigor o seu afastamento.

Os mesmos argumentos, a propósito, valem para "serviços de assistência 24 horas", no importe de R$400,00, a serem prestados por Mondial Serviços Ltda.

Deveras, não há motivos para que, "in casu", não seja analogicamente aplicada a essa espécie de serviço a tese firmada no aludido recurso repetitivo, dada a similitude do objeto (seguro automobilístico) e da metodologia de contratação, por meio da qual não se deu oportunidade ao autor de sequer escolher a seguradora de sua preferência.

DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO

A restituição dos valores efetivamente pagos a título de seguro prestamista e "serviços de assistência 24 horas" deve ser feita de forma simples e não em dobro, pois não se vislumbra dolo ou má-fé da instituição financeira, senão cobrança baseada na suposta licitude dos encargos, o que se enquadra na exceção do "engano justificável", previsto no parágrafo único, do art. 42, do Código de Defesa do Consumidor, causa excludente da repetição em duplicidade.

O montante a ser devolvido será atualizado monetariamente desde a data do desembolso e acrescido de juros moratórios a partir da citação, permitida sua compensação com eventual saldo devedor.

Na mesma esteira, eis julgado do Tribunal da Cidadania:

"***DIREITO CIVIL. COBRANÇA DE VALOR INDEVIDO. RESTITUIÇÃO EM DOBRO COM BASE NO CDC. 1.- A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ é firme no sentido de que a repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor. 2.- Agravo Regimental improvido.***" (STJ - AgRg no REsp. nº 1.199.273-SP - Rel. Min. Sidnei Beneti 3ª Turma Julgado em 9 de agosto de 2011).

CONCLUSÃO

À vista das considerações tecidas, dá-se parcial provimento ao recurso do autor para declarar a abusividade da cobrança dos "serviços de assistência 24 horas" e do seguro prestamista, determinando-se a recontagem do valor finan-

Acesso ao Sumário

ciado em razão do afastamento dos referidos encargos, o que abrange, inclusive, os seus reflexos sobre os demais custos contratuais.

Diante da sucumbência recíproca, cada um dos litigantes suportará metade das custas e despesas processuais, assim como destinará ao patrono da parte "*ex adversa*" honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% do valor atribuído à causa. Salvaguarda-se a gratuidade processual concedida ao requerente às fls. 42.

Devido ao parcial provimento do presente recurso não são arbitrados honorários recursais.

Para fins de prequestionamento, enfatiza-se que toda a matéria devolvida no apelo se encontra prequestionada, com a ressalva de que o juiz não está obrigado a mencionar expressamente todos os pontos suscitados pelas partes, tampouco a citar todas as normas aventadas, bastando que o recurso tenha sido fundamentadamente apreciado.

Por todo o exposto, **dá-se parcial provimento ao apelo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025450-43.2015.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante/apelada NEUSA MARIA NEGRETTI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante NOLÉ & CIA. 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 da autora e negaram provimento ao recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.531)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARIA LÚCIA PIZZOTTI.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

MARCOS RAMOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Prestação de serviços - Podologia - Ação de reparação de danos morais e estéticos - Amputação de dedo do pé - Sentença de procedência - Recurso da autora - Parcial reforma do julgado - Cabimento - Juros de mora que devem fluir a contar da citação - Inteligência ao art.

405, do CC - Recurso da ré - Arguição de ausência de culpa e de nexo causal - Inconsistência jurídica - Revelia que implicou em presunção e veracidade dos fatos - Elementos probatórios que corroboraram a narrativa inicial envolvendo o atendimento prestado, a lesão provocada no pé da autora, portadora de diabetes, que culminou em amputação de um dedo - Responsabilidade objetiva - Falha na prestação dos serviços - Ocorrência - Inteligência ao art. 14, do CDC - Dano moral e estético - Existência - Gravidade dos fatos que justificam o arbitramento da indenização no patamar de R$ 30.000,00.

Apelo da autora provido.

Apelo da ré desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recursos de apelação interpostos nos autos da ação de reparação de danos fundada em contrato de prestação de serviços de podologia, proposta por Neusa Maria Negretti em face de "Nolé & Cia. Ltda.", em que proferida sentença que julgou procedente a pretensão deduzida para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos fixados em R$ 30.000,00, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros moratórios legais a partir do arbitramento, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação - fls. 449/458.

Aduz a autora que o julgado carece de parcial reforma a fim de que os juros de mora sejam contados a partir da citação, fulcro no art. 405, do Código Civil - fls. 467/471.

A ré, por sua vez, alega que o decreto de revelia implica apenas em confissão relativa e que inexiste nexo de causalidade a ensejar no correspondente dever de reparação, eis que a autora fazia tratamento para diabetes desde 2006, gerando condição de vulnerabilidade e risco de amputação de membro inferior, podendo o ferimento ter ocorrido em qualquer circunstância de sua rotina, já que não há elementos nos autos que indiquem os cuidados necessários a cargo da requerente. Afirma que também não há prova do atendimento em suas dependências, já que apenas consta do feito o cartão de atendimento de fls. 20, com a podóloga Rogéria, em 29.04.2014 e, portanto, inexiste prova do corte sofrido no dedo do pé e de sua participação no dano. Defende que o laudo pericial concluiu que não existe elemento capaz de afirmar, com certeza, onde e quando o ferimento ocorreu (fls. 427) e que o perito esclareceu que a lesão no dedo, associada à diabetes, foram a causa da amputação (fls. 428). Salienta que entre

Acesso ao Sumário

o alegado atendimento, em 08.07.2014, e a data da amputação, em 04.10.2014, transcorreram 03 meses e que não há como concluir que o dano foi ocasionado por sua culpa. Subsidiariamente, roga pela mitigação do montante condenatório arbitrado - fls. 473/484.

Os reclamos foram interpostos tempestivamente. Preparo apenas da ré, porquanto a autora é beneficiária de gratuidade de justiça - fls. 511/513.

Contrarrazões às fls. 493/498 e 499/505, ao que vieram os autos conclusos a este relator.

É o relatório.

O apelo da autora comporta acolhimento, enquanto o interposto pela ré merece ser desprovido.

Demanda ajuizada à argumentação de que a autora sofreu amputação do quarto quirodáctilo do pé esquerdo em razão dos maus serviços de podologia prestados por preposta da empresa ré, ao que requereu recebimento de indenização pelos danos morais e estéticos suportados.

Decretada a revelia e ante aos pleitos de produção de prova pericial realizados por ambas as partes, restou designada perícia técnica para apurar os pontos controvertidos relacionados à ocorrência da lesão, bem como se esta foi a causa da amputação e a conduta atribuída à podóloga da ré, além da ocorrência de dano estético e moral indenizáveis, e sua extensão.

Verifico que a digna Magistrada da causa conferiu correto solucionamento ao mérito da lide, em sentença percucientemente fundamentada e que comporta mínima modificação.

De acordo com o que estabelece o art. 344, do Código de Processo Civil, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor, caso o réu não conteste a ação.

Descabe, dessa forma, a pretendida rediscussão acerca dos fatos alegados pela autora envolvendo a execução dos serviços e a data de atendimento, porquanto se tornaram incontroversos, sob pena de, através de via oblíqua, apreciar-se tese defensiva ventilada de modo intempestivo na contestação de fls. 60/66.

Acesso ao Sumário

Por consequência, merece prevalecer a narrativa exposta na exordial no sentido de que a autora, pessoa idosa, conhecia sua condição de portadora de diabetes e que, por conta disso, necessitava de especial cuidado com as unhas dos pés durante consultas com a podóloga Kelly, que prestava serviços junto à empresa ré, especialista que era em pés diabéticos mas que em 08.07.2014 o serviço foi prestado por Rogéria, que também se apresentou como especialista na questão.

Ocorre que veio a ferir o canto da unha da autora, ocasião em que se limitou a administrar uma pomada na região, o que não solucionou o problema mes-

mo ante a procura, pela cliente, de atendimento médico cerca de 03 dias após o ferimento e adoção das recomendações clínicas envolvendo curativo diário, que não trouxe melhoras, tendo o médico encaminhado a paciente à cirurgia.

Não bastasse a presunção de veracidade que recai sobre os fatos, tem-se que restaram confirmados através de outros elementos, como o cartão de atendimento de fls. 20, que indica agendamento de atendimento para o dia 08.07.2014 com a podóloga Rogéria, documentos médicos que atestam o atendimento a que foi submetida a autora (fls. 21/40) e fotografias retratando o dano, a necrose e a amputação (fls. 41/49).

Ainda assim, restou designada prova pericial, conforme laudo de fls. 423/432, ocasião em que o *expert* assim concluiu: "***Que a requerente apresenta dano físico permanente, ou seja amputação do quarto pododactilo esquerdo, decorrente de ferimento neste dedo que evoluiu com processo infeccioso e defict circulatório, complicado pela presença de diabetes mellitus; não existem elementos para afirmar com certeza onde e quando este ferimento ocorreu.***"

Ao responder aos quesitos, identificou que (fls. 428): "***A lesão no dedo do pé esquerdo da autora, associada a comorbidades, como o Dibetes Mellitus foram a causa da amputação.***"

"***Não é possível estabelecer com certeza o nexo, apesar da existência de indícios de que sim.***"

O perito também identificou que a lesão ocorrida atuou como causa e não concausa da amputação (fls. 429 - quesito 04).

A conclusão da perícia no sentido de que inexistem elementos para afirmar com certeza onde e quando este ferimento ocorreu, não tem o condão de corroborar a tese da ré no sentido de que não restou comprovado nexo de causal capaz de ensejar no correspondente dever de reparação. Isto porque a interpretação acerca da conclusão do perito deve passar pelo crivo da dinâmica processual evidenciada no curso da lide.

Nessa toada, era imperioso que a ré comprovasse a regularidade e a qualidade de seu atendimento, que agiu em conformidade com as melhores técnicas inerentes à prestação do serviço de podologia e que, mesmo ante a ocorrência do corte, ministrou os cuidados necessários à autora, inclusive a encaminhando a acompanhamento médico para impedir o agravamento da situação, a necrose e a amputação do dedo, mas nada disso restou evidenciado no bojo do processo.

Diante de todo esse panorama, tem-se como inócua a pretendida discussão acerca de sua culpa pelo ocorrido, já que a responsabilidade guarda caráter objetivo, a ensejar o dever de reparação.

O valor da indenização, no montante de R$ 30.000,00, foi fixado de maneira justa e módica e, face às peculiaridades do caso concreto, não comporta modificação.

Acesso ao Sumário

No que tange ao recurso da autora, deve prosperar, por primeiro porque não há que se cogitar em incidência da Súmula 362, do C. Superior Tribunal de Justiça, que regula apenas o início da contagem da atualização monetária.

Em que pese ao dissenso jurisprudencial acerca da questão, tenho que merece prevalecer o que estabelece o art. 405, do Código Civil, no sentido de que os juros moratórios legais fluam desde a citação, eis que a responsabilidade em discussão é de caráter contratual.

Por fim, em razão do que preconiza o art. 85, §11, do Código de Processo Civil, majoro a verba honorária advocatícia de sucumbência em mais 2%.

Ante o exposto, confiro provimento ao apelo da autora e nego provimento ao interposto pela ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003026-33.2021.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ISCP - SOCIEDADE EDUCACIONAL S.A., é apelada RENATA SOARES LAZZARATO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 42154)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente sem voto), SOARES LEVADA e L. G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Ação civil pública ajuizada para redução da mensalidade no patamar de 50% ante a pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19) - Autora que efetuou o depósito de 50% das mensalidades relativas aos meses de abril, maio e junho/2020, conforme liminar deferida, cujos valores foram levantados pela ré - Improcedência da ação civil pública - Autora que, por ocasião da rematrícula, deveria complementar os valores das mensalidades, referentes aos meses de abril, maio e junho/2020, pagando o restante no montante de 50%

Acesso ao Sumário

- Ré, entretanto, que, de forma abusiva e de má-fé, efetuou a cobrança do valor integral - Devolução do valor indevidamente cobrado que deve se dar em dobro no caso concreto - Inteligência do art. 42, do Código de Defesa do Consumidor - Danos morais configurados - "Quantum" fixado em primeiro grau a título de dano moral que se pautou dentro dos parâmetros norteados para casos como o dos autos - Sentença mantida - Majoração dos honorários sucumbenciais (art. 85, parágrafo 11º, CPC) - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de ação de repetição de indébito ajuizada por Renata Soares Lazzarato contra ISCP - Sociedade Educacional S/A, cuja r. sentença de primeiro grau de fls. 114/119, de lavra do Magistrado CLÁUDIO PEREIRA FRANÇA, julgou procedente a ação, para condenar a ré a pagar à autora a importância de R$ 28.290,00, corrigida pela tabela prática do TJSP desde a data do desembolso, com juros de mora de 1% ao mês desde a citação e, a título de danos morais, no valor de R$ 10.000,00, corrigido pela tabela prática do TJSP a partir da data da sentença, e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, conforme embargos de declaração acolhidos às fls. 130/131. Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da condenação.

Irresignada, apelou a ré, vencida, buscando reforma, sustentando, em apertada síntese, que não há nos autos elementos que possibilitem a responsabilização da instituição ré, pois: i) houve a contratação do serviço; ii) não houve cancelamento de matrícula; iii) não houve o pagamento dos valores na forma ajustada; e, portanto, entende que a cobrança foi totalmente devida, estando a autora em desacordo com as normas institucionais que versam sobre o assunto; diz que agiu em exercício regular do direito, portanto, ato legítimo, irrefutável e legal, não podendo ser arguido como abuso ou causador de constrangimentos, quando ele é consequência de ato contratual, do qual se presume plena consciência dos que nele acordam, razão pela qual não há que se falar em indenização por danos morais, ou devolução em dobro de valores indevidamente cobrados. Em outra linha de argumentação, caso não seja este o entendimento, requer a redução do "*quantum*" indenizatório.

Recurso regularmente processado, com resposta da autora (fls. 154/164), subiram os autos.

É o relatório.

Conforme se infere dos autos, a alegação da autora é no sentido de que

Acesso ao Sumário

sua filha, Isabella, cursou em 2020 o primeiro ano da faculdade de Medicina; discorre que, no início ao ano, o Centro Acadêmico, em razão da pandemia provocada pelo coronavírus (COVID-19), ajuizou ação civil pública buscando o desconto de 50% no valor das mensalidades; diz que realizou o pagamento de 50% das mensalidades nos meses de abril, maio e junho, no valor de R$ 14.145,00 (fls. 40/41), conforme liminar deferida.

Sobreveio a sentença proferida na ação civil pública, e a ação foi julgada improcedente, apenas com a ressalva que o débito constante no período em que a liminar estava vigente poderia ser pago em até 06 (seis) meses, sem juros apenas com a correção monetária da data da sentença, e que a vencedora não poderia dificultar a matrícula, e nem colocar o nome da autora nos cadastros de inadimplentes (fls. 22/37).

Discorre a autora que a ré efetivou o levantamento dos valores depositados naquele processo, todavia, quando sua filha foi efetuar a matrícula para o 2º ano do curso de medicina, em 11.01.2021, solicitou os boletos para o pagamento a vista do saldo relativo aos meses de abril, maio e junho do ano de 2020, onde reconhecia que havia efetuado o pagamento parcial (R$ 14.145,00) e, assim, efetuaria a rematrícula para o segundo ano.

Discorre a autora que sua solicitação foi negada, sob argumento de que o valor devido era de R$ 28.290,00.

Entretanto, a fim de evitar prejuízos à aluna, tendo em vista que as aulas já haviam se iniciado e poderia haver reprovação por "faltas", a autora efetuou o depósito integral do mesmo valor que já haviam depositado na ação civil pública, vez que a ré não aceitava a rematrícula caso não houvesse pagamento integral do valor. Pretende, portanto, a devolução em dobro da importância de R$ 14.145,00, bem como seja indenizada dos danos morais que alega ter sofrido, em valor não inferior a R$ 11.500,00.

Não obstante os argumentos as alegações da ré, melhor sorte não lhe assiste.

Com efeito, restou comprovado nos autos que a autora realizou o pagamento de 50% dos valores das mensalidades, referentes aos meses de abril, maio e junho de 2020, no valor de R$ 14.145,00 (cf. fls. 40/41).

Portanto, tendo em vista a sentença proferida na ação civil pública, a autora deveria, por ocasião da rematrícula, apenas complementar os valores das mensalidades correspondentes a referidos meses (abril, maio e junho), pagando o restante, ou seja, os outros 50%.

Ocorre que, para que a matrícula fosse efetivada, foi obrigada a pagar o valor de R$ 28.290,00 (fls. 49), cobrança esta que se mostra abusiva, principalmente porque incontroverso que a autora já havia depositado na ação civil pública os valores correspondentes a 50% das mensalidades referentes aos meses

Acesso ao Sumário

de abril a junho de 2020, restando em aberto apenas 50% e não a totalidade dos valores, conforme cobrou a ré/apelante.

Portanto, a devolução do valor indevidamente cobrado deve se dar em dobro, posto considerar que a cobrança foi efetuada de má-fé e de forma abusiva, principalmente porque a ré tinha ciência inequívoca do depósito efetuado pela autora na ação civil pública, tanto que requereu o levantamento do valor, atraindo, assim, a incidência do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, com os mesmos critérios de correção adotados na r. sentença.

Quanto aos danos morais, forçoso reconhecer os danos morais sofridos pela autora, pois evidente que, além de ter que pagar quantia superior a devida, e, caso não tivesse a disponibilidade de respectiva quantia, seria impedida de efetuar a rematrícula de sua filha, o que levaria a perda do semestre e enormes prejuízos, situações que extrapolam o mero dissabor cotidiano.

No que diz respeito ao "*quantum*", entendo que a indenização deve se basear em critérios de significância, razoabilidade e proporcionalidade, sem permitir o enriquecimento do lesado à custa do ofensor, mas suficiente para que ocorra a efetiva reparação da lesão causada, bem como para coibir a repetição da conduta ofensiva.

Na hipótese dos autos, levando-se em consideração as condições sociais e econômicas das partes, o grau de sofrimento provocado e os demais parâmetros norteadores acima declinados, entendo que a indenização fixada em primeiro grau deve ser mantida (R$ 10.000,00), com os mesmos critérios de correção adotados na r. sentença.

Por fim, quanto aos honorários sucumbenciais, em atenção o ao parágrafo 11, do art. 85, do CPC, majoro-os para 17% do valor da condenação.

Ficam as partes advertidas sobre eventuais recursos infundados ou meramente protelatórios, os quais estarão sujeitos às sanções correlatas.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001189-77.2020.8.26.0201, da Comarca de Garça, em que é apelante CCG EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado VERA MÁRCIA CONTIEIRO (JUSTIÇA GRATUITA).

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

Acesso ao Sumário

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36221/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente), GIFFONI FERREIRA e HERTHA HELENA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Rescisão pleiteada pela compradora – Loteamento - Devolução de parcelas pagas - Restituição que deve ser imediata, sob pena de onerosidade excessiva do consumidor, admitida a retenção de 20%, a título de remuneração pelas despesas administrativas - Inteligência do art. 51, IV, § 1º, III, do CDC e da Súmula nº 02 deste Tribunal - Quantia que se mostra suficiente - Arras - Retenção - Descabimento - Natureza confirmatória - Taxa de fruição - Não incidência - Ausência de posse efetiva - Juros moratórios a partir da citação - Não cabimento - Inexistência de mora anterior da vendedora - Aplicação dos juros a partir do trânsito em julgado - Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 137/141, cujo relatório se adota, que julgou procedentes em parte os pedidos para: declarar a abusividade da cláusula 22ª do contrato e, por consequência, resolvido o compromisso de compra e venda, impondo à requerida a obrigação de restituir ao autor o percentual de 80% dos valores pagos pelo autor, sobre o qual incidirá o desconto dos valores devidos à título de IPTU, taxas e tarifas incidentes sobre o imóvel, durante o período de posse precária em que o bem estava na posse do autor, desde a assinatura do contrato, até a reintegração de posse pela parte ré, corrigidos monetariamente de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde as datas dos desembolsos, acrescidos de juros simples de 1% ao mês, contados da citação. A requerida suportará os ônus da sucumbência, com honorária em 10% do valor da causa.

Inconformada, a demandada, com base nos argumentos expostos nas razões de fls. 144/169, impugna a concessão da justiça gratuita; busca majorar o percentual de retenção para 30% (alternativamente, requer 25%); a retenção

Acesso ao Sumário

do montante pago a título de arras; indenização pelo uso do imóvel (taxa de fruição); o pagamento, pela autora, de IPTU e despesas do imóvel, bem como o afastamento do encargo de pagar os juros de mora a partir da citação. Pretende, por fim, a condenação da demandante na integralidade das custas e honorários advocatícios.

Com resposta, os autos foram remetidos para julgamento virtual, por ausência de oposição.

É o relatório.

A r. sentença deve ser mantida, **salvo no que concerne ao termo inicial da contagem dos juros moratórios**, adotando-se seus fundamentos como razão de decidir, nos termos do art. 252 do RITJSP.

Tal dispositivo estabelece que "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*", e tem sido amplamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos[1].

O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j . 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

Inicialmente, afasto a impugnação à concessão da justiça gratuita à autora. A benesse foi deferida de forma integral e a ré não logrou demonstrar alteração na condição econômica da requerente. A tese da incidência de honorários sobre eventual crédito que a vencedora venha a receber, no final desta ação, não altera em definitivo o seu estado de miserabilidade, portanto, não prospera.

Na hipótese dos autos, a demandante ajuizou ação de rescisão contratual cumulada com restituição dos valores pagos, fundamentando a sua pretensão na impossibilidade de continuar pagando as parcelas por dificuldades financeiras.

1 Anote-se, dentre tantos outros: AI nº 99010271130-7, Rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, em 13/04/2010; Apelação 991.09.0841779, Rel. Des. Simões de Vergueiro, em 09/06/2010; Apelação 991000213891, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, em 09/06/2010; Apelação nº 99208049153-6, Rel. Des. Renato Sartorelli, em 01/09.2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. Cesar Lacerda, em 27/07/2010; Apelação nº 99206041759-4, Rel. Des. Edgard Rosa, em 01/09/2010; Apelação nº 99209075361-4, Rel. Des. Paulo Ayrosa, em 14/09/2010; Apelação nº 99202031010-1, Rel. Des. Mendes Gomes, em 06/05/2010; Apelação nº 99010031067-4, Rel. Des. Romeu Ricupero, em 15/09/2010.

Acesso ao Sumário

Vale ressaltar que o consumidor está autorizado pelo ordenamento jurídico pátrio a pleitear a rescisão contratual e a devolução imediata dos valores pagos, considerando-se abusiva e, portanto, nula, toda e qualquer cláusula que exclua o direito à devolução das parcelas pagas, que imponha dedução de elevado percentual ou, ainda, que condicione a forma de devolução, já que evidentemente colocam o consumidor em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC). Aliás, este é o entendimento já consolidado por súmula desta E. Corte:

Súmula 1: O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.

Portanto, o direito de o comprador rescindir o contrato de compromisso de compra e venda e, consequentemente, obter a devolução das parcelas pagas é questão pacificada tanto neste Egrégio Tribunal de Justiça quanto no Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ, AgRg no AI nº 580988/RS, relator Ministro MASSAMI UYEDA, em 2/4/2007).

O percentual de retenção determinado na r. sentença, de 20% sobre os valores pagos, deve prevalecer porque se coadunar ao que vem sendo decidido em casos análogos:

> **RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES** - Loteamento - Parcial procedência - Desistência do comprador que não constitui óbice para que postule a rescisão da avença, tampouco a devolução (parcial, no caso) do quanto adimplido - Inteligência das Súmulas 1 e 2 da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, 543 do C. STJ e art. 53 do CDC - Sentença que determinou a devolução de 90% do montante pago - Insurgência da ré - Cabimento, em parte - De rigor a restituição de 80% do montante adimplido pelo autor, conforme entendimento em casos análogos - Retenção do sinal - Descabimento - A entrada prevista, de valor significativo, possui natureza apenas de arras confirmatórias, com o propósito único de reforçar o vínculo contratual, integrando o preço, sem caráter penitencial, sendo, por esses motivos, descabida a retenção por parte da alienante - Taxa de fruição - Descabimento - Contratação envolvendo a compra de um lote, sem edificação, o que não autorizava a imediata exploração econômica por parte do adquirente - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido. (Apelação n. 1060602-65.2017.8.26.0576 - Rel. Salles Rossi - 8ª Câmara de Direito Privado - j. 04.04.2019).

De rigor, ainda, a restituição do montante de uma só vez, sob pena de colocar-se o consumidor em situação de desvantagem exagerada (art. 53 e art. 51, IV, do CDC), conforme a **Súmula nº 2**, editada por este Egrégio Tribunal

Acesso ao Sumário

de Justiça, a qual dispõe que "A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição".

Oportuno registrar, também, que os riscos advindos da atuação econômica exercida pela apelante são inerentes à sua atividade e não é possível impô-los aos consumidores, mesmo quando a rescisão decorre de seu inadimplemento.

Assim, o pedido de retenção das arras e a indenização pelo uso ou disponibilidade do imóvel, de igual forma, não se mostram cabíveis à hipótese.

O primeiro, por se tratar de arras confirmatórias, que indicam princípio de pagamento e a segunda porque não há indicativo de que a parte autora tenha entrado na posse efetiva do bem, dele usufruindo.

Nesse sentido:

> **COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA**. Aquisição de lote de terreno. RESCISÃO CONTRATUAL. Possibilidade de rescisão contratual pelo promitente comprador. Possibilidade de retenção de parte dos valores pagos para fazer frente aos custos administrativos da ré. Fixação da retenção em 20% dos valores pagos, em conformidade com o entendimento desta C. Câmara - ARRAS. Impossibilidade de retenção das arras confirmatórias, porquanto consistem no pagamento de parte do preço. DESPESAS DO BEM. Autor que foi imitido na posse do imóvel na data da assinatura do contrato, devendo responder pelas despesas com água, luz, IPTU e condomínio. Possibilidade de compensação dos valores, desde que comprovado o seu efetivo pagamento pela ré. INDENIZAÇÃO POR FRUIÇÃO DO BEM. Fixação de lucros cessantes. Lote não edificado, sem uso efetivo e/ou exploração econômica - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação n. 1012579-25.2016.8.26.0576 - Rel. Maria Salete Corrêa Dias - 3ª Câmara de Direito Privado - j.26.03.2019).

Com relação ao pedido de condenação da autora ao pagamento de IPTU e encargos do imóvel, consigna-se que a sentença foi clara: "(...) impondo à requerida a obrigação de restituir ao autor o percentual de 80% dos valores pagos pelo autor, sobre o qual incidirá o desconto dos valores devidos à título de IPTU, taxas e tarifas incidentes sobre o imóvel, durante o período de posse precária em que o bem estava na posse do autor, desde a assinatura do contrato, até a reintegração de posse pela parte ré, (...)". (grifei).

Quanto ao termo inicial dos juros moratórios, contudo, a r. sentença comporta reparo, pois, não sendo o caso de inadimplemento da vendedora, os juros de mora devem incidir a partir do trânsito em julgado deste caso.

A propósito, decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESOLUÇÃO UNILATERAL PELO PROMITENTE- COMPRADOR INJUSTIFICADAMENTE. PARCELA A SER RESTITUÍDA. JUROS MORATÓRIOS. TERMO DE FLUIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. I.

Acesso ao Sumário

Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão. II. Inexistência de mora anterior da ré. III. Recurso especial conhecido e provido. *(REsp 1008610/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2008, DJe 03/09/2008)* grifei

No mesmo sentido já decidiu esta C. Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. Rescisão contratual cumulada com devolução de quantias pagas. Autora, promissária compradora, que firmou distrato com a vendedora, recebendo parte dos valores pagos. Autora que entende como insuficiente a quantia devolvida. Sentença de parcial procedência dos pedidos iniciais, determinando-se a devolução, pela ré, de 80% dos valores pagos pela autora, bem como da quantia adimplida a título de taxa SATI. Insurgência recursal da ré. RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS. Percentual disposto em distrato que se mostra abusivo, alcançando quase 75% dos valores pagos pela autora. Aplicação da retenção de 20% sobre os valores pagos que é suficiente para indenizar os custos administrativos da vendedora. Sentença, neste ponto, mantida. JUROS DE MORA. Iniciativa da rescisão pela promissária compradora. Incidência a partir do trânsito em julgado da decisão. Sentença, neste ponto, reformada. CORREÇÃO MONETÁRIA. Existência de distrato anterior firmado entre as partes. Correção monetária que, excepcionalmente, deverá incidir a partir da citação da ré nos autos. Sentença, neste ponto, reformada. (...). (Apelação n. 1041155-80.2017.8.26.0224 - Rel. José Joaquim dos Santos - j.05.04.2019).

Por outro lado, ressalte-se que apenas os juros de mora têm o seu início de incidência alterado, mantendo-se a correção monetária a partir do desembolso em razão de envolver atualização da moeda, que é sempre devida.

No que concerne à sucumbência, entendo que, ainda que parcialmente provido o recurso da ré, como houve apenas ajuste quanto à incidência dos juros moratórios, sem alteração do resultado da ação, mantenho na forma como arbitrada pelo Juiz.

Majoro, por fim, os honorários advocatícios para 12% do valor da causa, diante da apresentação de resposta ao recurso (fls. 175/183), em atendimento ao comando do art. 85, § 11, do CPC.

E outros fundamentos são dispensáveis, diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Por derradeiro, a fim de evitar a oposição de embargos de declaração, única e exclusivamente voltados ao prequestionamento, tenho por expressamente **prequestionada**, nesta instância, toda a matéria, consignando que não houve ofensa a qualquer dispositivo a ela relacionado.

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

Sendo manifestamente protelatória a apresentação dos embargos de declaração, aplicar-se-á a multa prevista no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC.

Pelo exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001475-70.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALESSANDRO DA SILVA, é apelado METROPOLITAN LIFE SEGUROS E PREVIDÊNCIA PRIVADA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.216)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMPOS PETRONI (Presidente), DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT e LUÍS ROBERTO REUTER TORRO.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

CAMPOS PETRONI, Relator

Ementa: Seguro de vida e acidentes pessoais em grupo. Cobrança. Contrato que teria por objeto a indenização em favor do autor em caso de morte, invalidez permanente (total ou parcial) por acidente ou invalidez funcional por doença. Hipóteses não configuradas. Aplicação do CDC. Princípio do pacta sunt servanda. Intelecção do art. 373, I, do CPC. Improcedência do pedido inicial. Decisum mantido na íntegra. Art. 252

Acesso ao Sumário

do Regimento Interno deste Tribunal. Nega-se provimento ao apelo do autor.

VOTO

É apelação interposta apenas pelo autor contra r. sentença de fls. 831/834, cujo relatório adoto, que julgou **improcedente** ação cobrando indenização securitária. Sucumbente, arcará o acionante com custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em **10%** sobre o valor da causa.

Deu-se à causa o valor de **R$ 44.091,84**, fl. 07, em 2020.

Contestação replicada. Apólice do seguro de vida, fls. 11/12.

A estipulante é Globo Comunicação e Participações S/A SF. Saneador, fl. 726 e produzida prova pericial (Dr. Rubens Eidman), com laudo a fls. 768/799.

Irresignado, insurge-se somente o requerente, fls. 837/848. Afirma, em síntese, que ficou constatado no laudo pericial que a incapacidade parcial e permanente decorrente de patologia colunar do apelante fora agravada por acidente de trabalho (macrotrauma).

Recurso recebido, eis que tempestivo e diante da justiça gratuita que ora concedo ao autor, diante dos documentos de fls. 849/854. Contrarrazões, fls. 857/865.

É o relatório, em complementação ao de fls. 831/832.

A r. sentença está fundamentada, dentro da razoabilidade e deu adequada solução à lide, não comportando reparos.

Consta dos autos que o requerente é funcionário da empresa **Globo Comunicação e Participações S/A**. Narra que por força do contrato de trabalho aderiu a plano de seguro de vida e acidentes pessoais em grupo, firmado com a Seguradora ré, constando a empregadora como estipulante.

Diz o requerente que em 28.11.18, o autor realizava o seu trabalho de auxiliar de iluminação nos estúdios Globo, quando ao manipular uma plataforma elevatória, desiquilibrou-se e acabou por sofrer um grande tranco na coluna, agravando seu quadro de dor na região. Afirma que ficou constatada sua incapacidade parcial e permanente decorrente de patologia colunar agravada por acidente de trabalho (macrotrauma). Requereu a indenização securitária, porém, teria havido recusa e então propôs a presente demanda.

Importante salientar que a presente questão, embora plenamente cabível a aplicação do CDC, envolve o princípio do *pacta sunt servanda*, sendo que o contrato firmado pelas partes tem por objeto a indenização em favor da acionante apenas em caso de morte, invalidez permanente (total ou parcial) **por acidente** ou invalidez funcional por doença, fl. 11.

Ocorre que o conjunto probatório dos autos é desfavorável à tese esposa-

Acesso ao Sumário

da na exordial, pouco ou nada vindo aos autos a enquadrar o demandante como beneficiário em qualquer das hipóteses citadas.

O perito judicial explanou que o autor "*...padece de patologia degenerativa na coluna lombar, com sintomatologia dolorosa desde início de 2018. Em 28.11.18 sofreu um acidente de trabalho (esforço demasiado para suportar - com as mãos - o peso de uma peça). Em razão desse esforço o quadro sintomático doloroso agravou-se sendo necessário um procedimento cirúrgico minimamente invasivo no disco L4-L5 (que já estava comprometido antes do narrado acidente)*", fl. 795.

Concluiu o expert que o acionante "*...padece de patologia degenerativa sintomática da coluna lombar, cujo quadro doloroso agravou-se após o esforço narrado na inicial; fato que se enquadra nas exclusões de cobertura contratual conforme clausula 3.1.2 itens a, c e d (fls. 37). não se enquadra em situação para as indenizações pleiteadas para Invalidez Permanente Parcial por Acidente e nem para Invalidez Funcional Permanente por Doença*", fl. 796.

Por outro lado, esclareceu o profissional, em resposta ao quesito 4 do acionante que a "*incapacidade para o trabalho decorre da doença degenerativa que acomete o autor*", ressaltando que ele "*...faz tratamento para dores em múltiplos locais do corpo (coluna, dois ombros e dois joelhos), o que contribui para sua incapacidade parcial para o trabalho, e foi razão de sua readaptação de função na empresa. A incapacidade é parcial*" (fls. 796/797).

Portanto, não é cabível indenização pelos riscos não contratados ou expressamente excluídos (art. 757, CC), devendo a responsabilidade securitária ser interpretada neste caso, restritivamente, nos termos das cláusulas contratuais.

Com efeito, a situação do apelante não encontra cobertura no seguro, já que a invalidez parcial seria decorrente de **doença**, e não de acidente, este último evento coberto pela apólice. Devendo, portanto, ser mantido o decreto de improcedência do pedido.

Apenas para melhor ilustrar, confiram-se os julgados que seguem, sempre com negritos nossos:

> APELAÇÃO. **SEGURO DE VIDA EM GRUPO**. AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM AÇÃO INDENIZATÓRIA. INCAPACIDADE PARCIAL E TEMPORÁRIA. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENCAIXA NO OBJETO DA COBERTURA DO CONTRATO. INTELECÇÃO DO ART. 760, DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO, PROVIDO O DA RÉ. **Não há como reconhecer o direito à indenização securitária pretendida, pois a incapacidade que acomete o autor não se encontra tipificada na apólice. As cláusulas do contrato de seguro não podem ser interpretadas extensivamente**, sob pena de causar desequilíbrio contratual, aumentando a responsabilidade sem correspondente cobertura. (TJSP; Apelação Cível 0009304-53.2009.8.26.0084; Relator: Adil-

Acesso ao Sumário

son de Araujo; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional de Vila Mimosa - 4ª Vara; Data do Julgamento: 18/06/**2019**; Data de Registro: 18/06/2019).

==========

SEGURO DE VIDA EM GRUPO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Segurado portador de **doença laborativa nos joelhos - Equiparação a acidente - Impossibilidade - Natureza indenizatória do contrato de seguro de vida que não se confunde com a previdência oficial - Inexistência de cobertura para invalidez parcial por doença** - Indenização descabida - Ação improcedente - Recurso desprovido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1007213-39.2018.8.26.0348; Relator: Melo Bueno; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mauá - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/06/**2019**; Data de Registro: 11/06/2019).

==========

Ação de cobrança de **indenização securitária**. Cobertura para invalidez total por doença. Particularização dos riscos imposta pelo Código Civil e que não viola o Código de Defesa do Consumidor. **Invalidez parcial e sem cobertura**. Ação improcedente. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 1001870-74.2015.8.26.0572; Relator: Pedro Baccarat; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Joaquim da Barra - 2ª Vara; Data do Julgamento: 08/11/**2018**; Data de Registro: 08/11/2018).

==========

AÇÃO INDENIZATÓRIA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - CONDENAÇÃO NO PAGAMENTO DE DESPESAS E HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - **INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - INVALIDEZ FUNCIONAL PERMANENTE TOTAL POR DOENÇA - PERÍCIA MÉDICA AFASTANDO ENQUADRAMENTO - CONDIÇÃO QUE NÃO SE ENCONTRA DENTRE OS RISCOS COBERTOS - INCABÍVEL EQUIPARAÇÃO À ACIDENTE** - ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS E INTERPRETAÇÃO CONFORME CDC QUE NÃO TEM CONDÃO DE ALTERAR TAL CONCLUSÃO - SENTENÇA MANTIDA - PREJUDICADOS DEMAIS ARGUMENTOS - PRETENSÃO RECURSAL AFASTADA - PRECEDENTE - HONORÁRIOS MAJORADOS EM VIRTUDE DO TRABALHO RECURSAL, OBSERVADO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA - APELO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação 1000691-82.2015.8.26.0127; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Carapicuíba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/11/**2018**; Data de Registro: 08/11/2018).

==========

SEGURO DE VIDA - Ação de cobrança - Predeterminação da cobertura securitária - **Taxatividade dos riscos segurados - Interpretação restritiva e literal das cláusulas da apólice -** Acidente profissional ocorrido antes da contratação do seguro - **Posterior doença** que acarretou a perda do olho direito, sem caracterizar invalidez total - **Evento explici-**

Acesso ao Sumário

tamente excluído da cobertura - Pagamento indevido do capital segurado - Sentença reformada - Ação improcedente. Agravo retido não provido e apelação provida. (TJSP; Apelação 0000924-09.2008.8.26.0106; Relator: Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Caieiras - 2ª Vara; Data do Julgamento: 08/10/**2018**; Data de Registro: 08/10/2018).

==========

SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS. COBRANÇA SECURITÁRIA. **DOENÇA PROFISSIONAL**. EXCLUSÃO DE COBERTURA. AÇÃO IMPROCEDENTE. **Se a apólice limita e particulariza os riscos do seguro, de forma a excluir da cobertura a incapacidade total ou parcial permanente em decorrência de doenças profissionais, indevido será o pleito**. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 1013945-30.2016.8.26.0405; Relator: Gilberto Leme; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/10/**2018**; Data de Registro: 04/10/2018).

==========

1020317-04.2014.8.26.0554

Classe/Assunto: Apelação/Seguro

Relatora: Penna Machado

Comarca: Santo André

Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 07/02/**2018**

Data de publicação: 15/02/2018

Data de registro: 15/02/2018

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. **Seguro de Vida**. Ação de Ressarcimento de Danos. Sentença de Improcedência. Inconformismo. **Equiparação de doença profissional a acidente. Impossibilidade**. Legislação Previdenciária que não se aplica ao Contrato de Seguro, regido pelo Código Civil. Cobertura prevista para Invalidez permanente e total por doença. Perda da Capacidade Autonômica. Cláusula Abusiva. Violação aos Princípios da Boa-Fé Contratual e Função Social do Contrato. Inteligência do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Invalidez por Doença. Incapacidade Total e Permanente. Configuração. Laudo Pericial. Análise das condições pessoais do Segurado e atividade laboral exercida. Indenização devida. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO, reformando-se a r. Sentença para se Julgar Procedente o Pedido, condenando-se a Seguradora Ré ao pagamento do capital segurado previsto para a indenização securitária de invalidez funcional permanente por doença, com correção monetária desde a propositura da Demanda e juros de mora de 1% (hum por cento) ao mês desde a citação. Diante da inversão do Julgado, a Ré arcará com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios ora fixados em 11% (onze por cento) do valor

Acesso ao Sumário

da condenação.

==========

1009061-97.2016.8.26.0003

Classe/Assunto: Apelação/Seguro

Relator: Luis Fernando Nishi

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 29/01/**2018**

Data de publicação: 29/01/2018

Data de registro: 29/01/2018

Ementa: APELAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - O juiz, destinatário da prova e, em última análise, único legitimado para decidir acerca da suficiência do quadro probatório constante dos autos, entendendo que a matéria controvertida estava suficientemente esclarecida, julgou o mérito - Possibilidade - Desnecessidade da prova pericial na hipótese dos autos, pois a discussão é exclusivamente de direito, limitando-se à existência e abrangência das coberturas previstas nas cláusulas contratuais - PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO - SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRESCRIÇÃO - PRAZO ÂNUO - Termo inicial - Contagem a partir da ciência do fato gerador da pretensão - Necessidade de ciência inequívoca da incapacidade laboral - Pedido de pagamento à seguradora - Suspensão do prazo até que a segurada tenha ciência da decisão - Aplicação da Súmula 229 do Superior Tribunal de Justiça - Ajuizamento da ação securitária dentro do prazo legal - Inteligência do artigo 206, §1º, inciso II, alínea "b", do Código Civil. **SEGURO DE VIDA EM GRUPO - AUSÊNCIA DE COBERTURA - Ação tem como fundamento a incapacidade laboral do autor, decorrente de doença profissional, o que não encontra cobertura no contrato de seguro celebrado, já que não pode ser equiparada a acidente pessoal** - Não se reconhece a violação ao princípio da informação adequada e à boa-fé objetiva, porquanto as cláusulas foram redigidas com clareza e objetividade. RECURSO IMPROVIDO.

==========

1011490-87.2015.8.26.0224

Classe/Assunto: Apelação/Compra e Venda

Relator: Gilberto Leme

Comarca: Guarulhos

Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 22/01/**2018**

Data de publicação: 22/01/2018

Data de registro: 22/01/2018

Ementa: **SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS EM GRUPO**.

Acesso ao Sumário

INCAPACIDADE PARCIAL DECORRENTE DE DOENÇA DE ORIGEM OCUPACIONAL. MOLÉSTIA DECORRENTE DO LABOR. RISCO NÃO COBERTO. SENTENÇA MANTIDA. **Se a apólice prevê cobertura para sinistro decorrente de acidente e a incapacidade do autor advém de doença profissional, expressamente afastada dos casos de indenização, indevido é o pleito**. Apelação desprovida.

Deixou o demandante de cumprir, destarte, com o ônus probatório que lhe competia, nos termos do art. 373, I, do CPC, comprovando os fatos constitutivos de seu direito, de forma que nada mais falta, pois, a não ser confirmar a r. sentença, por seus próprios fundamentos, proferida por quem está muito mais perto das partes e da causa, podendo melhor *sentir*.

Aplicando-se o disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos ao causídico da ré para **12%** sobre o valor da causa, observada a gratuidade deferida nesse voto.

Diante do exposto, sem se olvidar do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal, **nega-se provimento ao recurso do segurado/acionante**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1058634-02.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EXPEDITA UCHÔA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ e SOMPO SEGUROS S.A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48878)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARCOS GOZZO (Presidente) e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos moral e material. Transporte de pessoas. Metrô. Lesão no ombro em virtude de suposta freada brusca da composição. Sentença de improcedência. Apelação da autora.

Preliminar de cerceamento de defesa. Laudo pericial

Acesso ao Sumário

do IMESC suficiente e conclusivo. Questão eminentemente técnica. Despicienda prova testemunhal para os fins requeridos. Preliminar afastada. Mérito. Responsabilidade objetiva da empresa prestadora do serviço pela incolumidade dos seus passageiros. Teoria da Incolumidade. Inteligência do art. 14 do CDC c.c. art. 734 do CC/2002. Responsabilidade objetiva que é excluída quando verificada culpa exclusiva da vítima. Alegação de freada brusca. Ausência de provas contundentes da desaceleração incomum. Documentos apresentados pelo Metrô que comprovam a normal e regular prestação do serviço na ocasião dos fatos. Utilização dos freios que, nessas condições, não convence tratar-se de má prestação do serviço. Incidente atribuível a manifesta imprudência ou negligência da vítima. Sentença mantida. Honorários recursais. Recurso desprovido.

VOTO

Expedita Uchôa dos Santos ajuizou ação de indenização por danos moral e material contra Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, que procedeu a denunciação à lide em face da seguradora Sompo Seguros S.A. O d. Juízo '*a quo*' julgou a ação improcedente [fls. 306/308]. Insatisfeita, a autora apelou, buscando a integral procedência dos pedidos. [fls. 310/318]. Após, vieram as contrarrazões dos réus [fls. 321/333 e fls. 334/344]. Recurso processado, em seguida.

É o relatório.

Cuidam os autos de pedido de indenização por danos moral e material diante da suposta falha na prestação de serviço de transporte pelo Metrô.

A autora narra que no dia 22/12/2018, por volta das 16:30 horas, estava retornando após um dia de trabalho, na condição de passageira do Metropolitano, tendo embarcado na linha azul, estação Ana Rosa, sentido Jabaquara, com destino a Conceição, quando se lesionou gravemente no desembarque, após freada brusca da composição, vindo a fraturar o ombro direito ao segurar-se para evitar queda.

Foi realizada perícia técnica pelo IMESC [fls. 284/296].

Sobreveio a r. sentença de improcedência, na qual o d. Juízo "*a quo*" entendeu não ter sido comprovado o nexo causal entre o dano sofrido pela autora e a prestação de serviços pelo réu, em razão das inconsistências entre as narrativas apresentadas pela autora na ocasião dos fatos e na inicial.

Acesso ao Sumário

Entendeu também que diante dos documentos apresentados pelos réus restou comprovada a regular prestação do serviço na ocasião dos fatos, não tendo ocorrido nenhuma "freada brusca" além da desaceleração e balanço inerentes ao metrô, sendo o incidente ocorrido atribuível a imprudência ou negligência da vítima.

Inconformada, a autora se insurge buscando a reforma da sentença, para determinar a condenação do Metrô ao pagamento do montante indenizatório de 50 salários-mínimos a título de dano moral e 2 salários-mínimos de pensão mensal vitalícia a título de dano material.

Pois bem.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa alegada pela autora. Isso porque cabe ao juiz da causa, num âmbito de discricionariedade que lhe é próprio, decidir se há ou não a necessidade de produção de outras provas para fins de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 355, inciso I do CPC/15.

Afinal, cabe ao juiz, enquanto destinatário da prova, aferir a pertinência de sua realização. Segundo o entendimento do e. STJ, "*tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa*" (REsp 57.861/GO, Rel. Min. Anselmo Santiago).

A autora alega a nulidade do laudo da perita judicial no que tange a extensão da lesão verificada, e também em razão da mesma ser médica do trabalho e não especialista em ortopedia. Tais argumentos não merecem prosperar.

O laudo elaborado pela perita do IMESC, profissional qualificada e imparcial, é deveras conclusivo e suficiente para apreciar as questões técnicas controvertidas nos autos.

Quanto ao indeferimento da prova testemunhal requerida pela autora, também assiste razão ao d. Juízo "*a quo*". Isso porque, segundo consta da apelação, a prova oral seria produzida notadamente para o fim de comprovar a capacidade financeira da autora a ser refletida em danos materiais ou pensão.

Ora, se o laudo pericial já foi categórico ao concluir pela inexistência de sequelas ou incapacidades permanentes, patente a desnecessidade da prova testemunhal requerida, uma vez que se trata de questão eminentemente técnica, tendo-se por despicienda a prova oral para os fins pretendidos.

No mérito, o recurso é desprovido. Explica-se.

Em princípio, cumpre-se ressaltar que a relação existente entre as partes constitui típica relação de consumo, havendo de um lado o consumidor e de outro, o fornecedor. Assim, as questões mencionadas nos autos devem ser analisadas à luz das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

Observa-se no caso concreto a responsabilidade civil objetiva da empresa de transporte, que independe de culpa, nos moldes do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, sendo necessária apenas a comprovação do dano e do nexo de causalidade para configuração do dever de indenizar.

Da mesma maneira, o artigo o artigo 927 do Código Civil, que em seu parágrafo único, diz que "*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*".

E ainda o artigo 734 do Código Civil dispõe que "*O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade*".

Além disso, importante destacar a existência de cláusula implícita de incolumidade nos contratos de transporte, que estabelece que o prestador de serviço tem obrigação de resultado e não de meio.

Sergio Cavalieri Filho esclarece que "*Assentado que a responsabilidade do transportador é objetiva e que, em face da cláusula de incolumidade, tem uma obrigação de resultado, qual seja, levar o transportado são e salvo ao seu destino*" [cf. Programa de responsabilidade civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 297].

Neste ínterim, o professor Carlos Roberto Gonçalves ensina:

"(...) *Quem toma um ônibus, ou qualquer outro meio de transporte, tacitamente celebra um contrato de adesão com a empresa transportadora. Com o pagamento da passagem, o transportado adere ao regulamento da empresa. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzi-lo ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, configura-se inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar, nos termos do art. 389 do Código Civil*" [Direito Civil Brasileiro, volume 04, responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225].

E completa:

"*Qualquer dano sofrido pelo passageiro durante o transporte importa inadimplemento contratual de parte do transportador, que deve ressarcir em perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil, por deixar de cumprir aquela obrigação na forma devida*" [Direito Civil Brasileiro, volume 04, responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 229].

Nesse contexto, as hipóteses que autorizam a exclusão da responsabilidade devem ser interpretadas restritivamente.

Elidem a responsabilidade civil da transportadora, entretanto, o caso fortuito externo, a culpa exclusiva da vítima ou o fato doloso de terceiro na ocor-

Acesso ao Sumário

rência do evento danoso.

Neste sentido o e. Superior Tribunal de Justiça:

"*Na esteira da jurisprudência firmada nesta Corte, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros é contratual e objetiva, nos termos dos arts. 734, caput, 735 e 738, parágrafo único, do Código Civil de 2002, somente podendo ser elidida por fortuito externo, força maior, fato exclusivo da vítima ou por fato doloso e exclusivo de terceiro - quando este não guardar conexidade com a atividade de transporte*" [STJ, AgInt no AREsp n. 908.814/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 09.08.2016].

No caso em tela, com efeito, é de se observar que a própria autora se mostra contraditória sobre os fatos, enfraquecendo, portanto, a versão apresentada.

Na inicial foi sustentado que o trem realizou uma freada brusca e que a autora lesionou gravemente o ombro segurando-se para evitar a queda.

Entretanto, na ocasião dos fatos a narrativa foi diversa, conforme ficha de atendimento em primeiros socorros [fls. 83/84]. No referido documento, a autora informou aos agentes metroviários que "com o balanço do vagão sentiu o braço deslocar". Assim, neste primeiro momento, logo após ao infortúnio, nada foi mencionado acerca da suposta "freada brusca".

Nesse sentido, corretamente asseverou a r. sentença:

"*Ora, freada e balanço não se confundem. A primeira pode ser causada por falha mecânica ou humana e resulta em interrupção brusca do movimento. Já o balanço é decorrente da própria movimentação natural de trem em movimento. E os registros documentais do réu referentes às ocorrências do dia (fls. 251/254) não apontam qualquer intercorrência de tal natureza (freada) com trens da linha utilizada pela autora (Linha Azul sentido sul) durante o período do acidente (por volta das 16h 30min).*

Ou seja, o balanço dos trens, associado com o contexto dos fatos narrados pela própria autora (passageira portando bagagem e não segurando-se no corrimão/balaústre - fls. 83) certamente levaram ao evento narrado, o que consubstanciaria culpa exclusiva da vítima, excludente de responsabilidade.

De qualquer forma, não há registro de freada repentina, nem foi esta a versão narrada pela própria autora quando do acidente. Daí porque os elementos dos autos não permitem concluir pela existência de falha na prestação de serviços".

Assim, importante destacar também que na inicial a autora alega que os funcionários do Metrô sequer a encaminharam para unidade hospitalar. Contudo, na ficha de atendimento de primeiros socorros, consta assinatura do usuário aposta na opção "recusa de encaminhamento" [fls. 83]. Ou seja, mais uma contradição.

Acesso ao Sumário

Além do exposto, o Metrô trouxe aos autos, ainda, documentos comprovando a ausência de falha na prestação do serviço na ocasião dos fatos, onde se demonstrou o funcionamento normal e regular da operação dos trens, além de comprovar a ausência de "freada brusca" ou qualquer outra ação não natural, que pudesse ensejar a má prestação do serviço, no dia e horário em que o fato ocorreu [fls. 85/89].

Esse arcabouço probatório carreado nos autos, somado com as narrativas contraditórias da autora, dando-se especial destaque para as fls. 83, onde anotado que a autora portava bagagem e não se segurava no balaústre, consubstanciam culpa exclusiva da vítima, excludente de responsabilidade.

Em sede de apelação, a autora limitou-se a alegar ausência de força probatória dos documentos trazidos aos autos pelo Metrô, uma vez que produzidos unilateralmente. Tal alegação não merece prosperar, já que os referidos documentos são produzidos através de protocolos previstos pelo serviço de transporte, para lidar justamente com situações corriqueiras e que constantemente se repetem, como a do caso em tela.

Afinal, de que outra forma seria possível ao réu desincumbir-se, nesses casos, de um ônus que lhe é atribuído, se não através da documentação produzida no momento do ocorrido. E mais, na ficha de atendimento em primeiros socorros lavrada pelos funcionários do Metrô, consta assinatura do usuário do serviço [fls. 83].

Ainda, foi a autora que não se desincumbiu de provar a falha na prestação do serviço, consubstanciada numa atuação anormal, numa freada brusca ou qualquer outro fato incomum, que não seja inerente ao próprio balanço natural do desacelerar do metrô.

Nesse sentido, destaca-se a jurisprudência deste e. Tribunal:

"*TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. Ação de indenização por danos materiais e morais. Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô. Queda no interior da composição. Alegação de freada brusca. Ausência de provas contundentes da desaceleração incomum. Passageira que declara ter sofrido a queda ao se levantar para o desembarque, quando o trem se encontrava em baixíssima velocidade. Utilização dos freios que, mesmo um pouco mais acentuada, nessas condições, não convence quanto à má prestação do serviço. Incidente atribuível a manifesta imprudência ou negligência da vítima. Ação improcedente. Recurso da ré provido para esse fim, prejudicado o da autora e o da seguradora denunciada da lide.*" [TJSP; Apelação Cível 1067831-88.2013.8.26.0100; Relator (a): Gilberto dos Santos; Data do Julgamento: 07/04/2016; Data de Registro: 19/04/2016]

Ao contrário, tanto as condições da estação, como as do trem, atendiam as normas de segurança, tendo tudo ocorrido só por conta da conduta imprudente

Acesso ao Sumário

ou negligente da própria vítima, que descurou do dever básico e notoriamente sabido por todos de que durante todo o trajeto o passageiro precisa estar atento e fixado no banco ou nas barras de segurança de modo a não se lesionar nas freadas ou balanços normais e inevitáveis do trem.

Por fim, a perícia médica, por sua vez, não apurou a existência de sequelas ou incapacidades permanentes. Informa a perita que foi "realizado tratamento conservador com repouso por três semanas, evoluindo sem sequelas funcionais" [fls. 287]. Logo, não há como se acolher o pedido de pensão vitalícia.

Assim, considerando que a culpa exclusiva do consumidor é apta para romper o nexo causal ensejador do dever de indenizar, afasta-se a responsabilidade civil do Metrô.

Portanto, mantém-se a r. sentença para julgar a ação improcedente.

Majoram-se os honorários advocatícios fixados na r. sentença em favor dos patronos dos réus para o importe de R$ 2.500,00 para cada, o que se faz para remunerar o trabalho adicional realizado em sede recursal, nos termos do disposto no artigo 85, § 11, CPC/2015, observada a gratuidade concedida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012967-56.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TAP-AIR PORTUGAL S/A - TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES, é apelado AIG SEGUROS BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39951)**

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

São Paulo, 12 de julho de 2021.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Ação regressiva - Extravio de bagagem - Ressarcimento de quantia paga com base em seguro viagem - Prazo prescricional trienal não evidenciado - Sentença de procedência - Decisão corretamente fundamentada - Ratificação nos moldes do art. 252 do

Acesso ao Sumário

Regimento Interno deste Tribunal de Justiça - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença, que julgou procedente a ação regressiva de ressarcimento de danos que AIG SEGUROS BRASIL S/A dirigiu contra TAP AIR PORTUGAL S/A - TRANSPORTES AÉREOS.

Apela a ré sustentando preliminar de prescrição prevista na Súmula 151 do STF. No mérito, aduz que o passageiro já foi diretamente indenizado por ela em razão do extravio da bagagem, inclusive, dando quitação total. Afirma que eventual pagamento da seguradora ao segurado ocorreu por mera liberalidade, não podendo ser condenada a proceder novo pagamento. Aduz que a autora não comprovou os fatos constitutivos do seu direito; quer a aplicação do CDC. Quer a reforma do *decisum*.

Contrariado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

De início, deixo consignado que minha posição quanto ao tema prescrição na ação regressiva promovida por seguradora era de um ano.

Assim decidia porque em minha visão não se poderia ter um prazo superior em favor da seguradora ao que é concedido ao segurado.

Explico meu entendimento e o porquê de alterá-lo:

O Código Civil regula no art. 206, § 1º, II, o prazo prescricional do direito de ação do segurado contra a seguradora em um ano.

O mesmo artigo 206, no § 3º, V, estabelece o prazo de três anos para o direito de ação de reparação de danos (sem se cogitar de contrato de seguro).

Por último, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 27, fixa em cinco anos o prazo prescricional de direito de ação do consumidor para dano decorrente do fato do produto ou serviço.

Assim, quando se cuida de ação regressiva, esta tem como pressuposto de admissibilidade a comprovação da liquidação do sinistro, ou seja, o pagamento pela seguradora ao segurado do prejuízo sofrido e isto ocorrendo NÃO MAIS SE COGITA DE SEGURADO E SEGURADORA, pois aquele contrato foi liquidado.

Dessa forma, a regra a ser aplicada é a do prazo prescricional de três anos previsto no Código Civil, tendo em vista que se trata de "pretensão de reparação civil", isto porque, como já foi dito, o contrato de seguro está liquidado, não havendo que se falar em aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pois também não está em debate dano decorrente do fato do produto ou do serviço.

Estas as razões por que passo a adotar o prazo prescricional de três anos

Acesso ao Sumário

quando se cuidar de ação regressiva tendo como autora empresa seguradora.

Na hipótese, conforme narrado na própria petição inicial e comprovado, as quitações ocorreram em 12/02/2019, sendo a ação ajuizada em 14/02/2020.

Desta feita, observa-se claramente que não ocorreu prescrição.

Ainda sobre este tema não há como se aplicar o enunciado da Súmula 151 do STF, pois esta se refere ao transporte naval, o que não é o caso dos autos.

Restou incontroverso que houve o extravio de bagagem de segurado da autora, em voo partindo do Rio de Janeiro com destino final a Paris, com escala em Lisboa, tendo a seguradora ressarcido os danos materiais sofridos.

Tendo a autora indenizado o segurado pelos prejuízos experimentados, é certo que se sub-roga nos direitos deste, na forma preconizada no art. 346, III, do Código Civil.

Outrossim, não se pode olvidar do disposto na Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal: "*O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro.*"

Desta feita, tem o direito de exigir o reembolso da quantia que despendeu.

Diante do quadro apresentado, observa-se que a procedência da ação era mesmo de rigor, nada havendo para ser alterado na bem lançada sentença, ora mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, nos moldes do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal, ratifica-se a r. decisão monocrática e nega-se provimento ao recurso, não havendo se falar em majoração da verba honorária, pois já fixada no patamar máximo permitido por lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025454-24.2020.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes WAGNER JUSTINO RICARDO e SILVIA SOARES DOS SANTOS RICARDO, são apelados MARCOS REISER, SANDRA APARECIDA GIUGLIANO REISER e ITAÚ UNIBANCO S/A.

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 48.435)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente) e ALCIDES LEOPOLDO.

São Paulo, 12 de julho de 2021.

Acesso ao Sumário

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Indenização por danos materiais e morais. Aquisição de imóvel entre particulares. Referência de que o bem apresentara defeito de tubulação, ocasionando vazamento. Autores mencionam expressamente vício redibitório, consequentemente, a demanda deveria observar a ação redibitória ou a 'quanti minoris', e não indenização por danos materiais e morais. Sentença que observou, de forma clara e precisa, a pretensão. Legitimidade do agente financeiro, que apenas concedeu o financiamento imobiliário, não pode sobressair, uma vez que não tem nenhuma pertinência em relação ao estado físico do imóvel. Avaliação que se limitara ao valor de mercado do bem, e nada mais. Imóvel antigo e que permanecera abandonado por mais de 08 anos, o que era de pleno conhecimento dos compradores, já que não houve nenhuma impugnação específica para tanto. Exclusão do agente financeiro do polo passivo em condições de prevalecer. Improcedência da ação em relação aos réus vendedores apta a prosperar. Sentença que se apresenta adequada. Apelo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente, com base na r. sentença de págs. 460/464, que julgou improcedente ação de indenização por danos materiais e morais, envolvendo imóvel que fora objeto de compra e venda com financiamento imobiliário.

Alegam os apelantes que a sentença merece reforma, haja vista que houve omissão na informação em relação ao problema existente, destacando a responsabilidade solidária dos apelados, pois o Itaú Unibanco S/A financiou a aquisição do imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação, sendo que, na ocasião, fora realizada vistoria do bem por engenheiro civil indicado pela instituição financeira, e somente após é que fora liberado o financiamento, e o contrato de compra e venda se conecta com o contrato de financiamento. Em sequência, fizeram referência a textos legais de que, havendo ação ou omissão, a violação de direito que causar dano a outrem, mesmo que moral, caracteriza ato ilícito cometido, devendo haver a reparação correspondente, tendo, inclusive, transcrito ementas de acórdãos. Continuando, destacaram que o julgamento antecipado

Acesso ao Sumário

se dera de forma irregular, uma vez que pretendiam produzir prova testemunhal, transcrevendo inúmeras ementas de acórdãos, bem como trechos de textos legais. No mais, ressaltaram ausência de fundamentação da decisão, haja vista que pleitearam depoimentos pessoais dos apelados e testemunhos de pedreiros, vizinhos, além da corretora de imóveis. A seguir, salientaram a ocorrência de cerceamento de defesa, pleiteando, afinal, o provimento do recurso para anulação da sentença, bem como para designação de fase instrutória.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão dos apelantes, págs. 493/504 e 505/516.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

Na hipótese vertente, vislumbra-se que o pedido certo e determinado é a indenização por danos materiais e morais, destacando que o imóvel adquirido apresentava anomalias que originaram vazamentos, atingindo a casa vizinha, ante o aparecimento de tubulação de canos de esgotos danificada, e uma caixa de esgoto vedada de forma irregular.

Outrossim, a inicial fizera constar, expressamente, à pág. 05, tratar-se de vício oculto, o qual não poderia ser percebido de maneira aparente pelos autores, por conseguinte, a causa de pedir é fundamentada na presença de mencionado vício.

Desta forma, o vício oculto tão somente admite ação redibitória, ou até *quanti minoris*, no entanto, a pretensão do polo ativo fora indenização por danos materiais e morais.

Ademais, seria irrelevante o pedido dos autores para a produção de prova oral, uma vez que os defeitos referidos pelos autores sequer foram impugnados pelos réus, que se limitaram a destacar que se tratava de imóvel antigo, com mais de 26 anos de construção, e que por mais de 08 anos se encontrara abandonado, consequentemente, não abrange ponto controvertido em relação aos vazamentos e aos reparos efetuados.

Frise-se que os compradores tiveram a oportunidade de analisar o imóvel de forma pormenorizada quando da aquisição, além do que, era ônus do polo ativo comprovar que a real situação do bem foi omitida.

Com efeito, a extinção do processo, sem alcançar o mérito, em relação ao agente financeiro, o qual simplesmente concedeu o financiamento imobiliário, está apta a sobressair, e o fato de o engenheiro ter vistoriado o imóvel, o fez a fim de verificar se o valor do bem em relação ao mercado suportava ou não a concessão do financiamento, e nada mais.

Por outro lado, se os compradores efetivamente pretendem algo, que o façam de forma correta na busca da prestação jurisdicional, pois alegação de vícios redibitórios, com pretensão de indenização por danos materiais e morais,

Acesso ao Sumário

não tem supedâneo, como bem salientado pelo magistrado sentenciante.

No mais, reitere-se que a referência sobre cerceamento de defesa também não merece prosperar, uma vez que, inclusive, não teria efetividade em relação ao desfecho da ação, visto que o pedido formulado encontra óbice em relação ao vício redibitório mencionado, cuja pretensão do polo ativo encontraria eventual suporte em ação redibitória ou *quanti minoris*, o que não ocorreu na espécie.

Assim, não há embasamento para a alteração da sentença, a qual se apresenta clara e precisa, além de devidamente fundamentada, cujos termos ora são ratificados.

Por fim, cabe registrar que "*O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. (...) Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada*" (EDcl no MS 21315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi - Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016).

Em decorrência do desfecho da demanda, majora-se a verba honorária devida aos patronos dos apelados para 12% do valor da causa atualizado, em observância ao artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

3. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao apelo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1091212-81.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante P.G. CONTRERAS LTDA., é apelado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36541)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 12 de julho de 2021.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. Execução por título extrajudicial proposta pela operadora de plano de saúde, cobrando o valor de duas mensalidades em face da resolução antecipada do contrato, sem aviso prévio de 60 dias. Sentença de improcedência. Insurgência. Acolhimento. Abusividade da cláusula contratual que exige notificação prévia de cancelamento reconhecida. Cláusula que tinha por fundamento o parágrafo primeiro do artigo 17 da Resolução Normativa 195/09 da ANS. Dispositivo normativo declarado nulo em decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na ação coletiva 0136265-83.2013.4.02.5101, movida pelo Procon/RJ em face da ANS. Dispositivo que, ademais, foi expressamente revogado nos termos da Resolução Normativa nº 455, publicada 30/03/2020. Efeito erga omnes da decisão que se estende ao presente feito. Precedentes desta Câmara. Sentença reformada, para julgar procedentes os embargos à execução e reconhecer a inexigibilidade do débito indicado nos autos principais, com extinção da execução, nos termos dos arts. 917, I e 924, ambos do CPC. RECURSO PROVIDO.

VOTO

P.G. CONTRERAS LTDA. propôs *Embargos à Execução* em face de **SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE**, julgados **improcedentes** pela sentença ora recorrida. Ônus de sucumbência a cargo da autora. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa (fls. 258/262).

Nas razões do apelo, **P.G. CONTRERAS LTDA**. sustenta, em síntese, que: houve cerceamento de defesa, sendo necessária a apresentação das gravações das conversas mantidas com a operadora, bem como a colheita de depoimento pessoal e de testemunhas; não existe respaldo legal na cobrança perpetrada pela Apelada, a Resolução Normativa 412 da ANS prevê a proibição na cobrança de multa, em caso de pedido de rescisão (fls. 264/273). O recurso é tempestivo e preparado.

Contrarrazões ofertadas (fls. 280/292).

Não registrada oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

No caso concreto, em síntese, discute-se a regularidade da cobrança de

Acesso ao Sumário

valores, pela operadora, relativos às mensalidades dos meses de agosto e setembro de 2019, após solicitação de cancelamento do contrato de plano de saúde empresarial, formalizada em agosto do mesmo ano.

Não há que se falar em cerceamento de defesa, pois as circunstâncias fáticas essenciais estão bem delineadas, não havendo controvérsia que demande a apresentação de outras provas. A questão é eminentemente de direito, e por isso as provas que alude o recorrente mostram-se desnecessárias.

A r. sentença assim dispôs:

"*Em primeiro lugar, é curial se observar que nesta ação o contrato celebrado entre as partes e que serve de título executivo extrajudicial nos autos principais é de natureza coletiva empresarial, consoante se colhe do acervo documental acostado às fls. 56, 58, 59/61 e 66/151, ponto que paira incontroverso!* É dentro desse espectro jurídico, portanto, que este Juízo afasta, desde logo, a incidência do artigo 7º, § 3º, da Resolução Normativa nº 412/16 (fls. 18/24), visto que esta dispõe, exclusivamente, sobre a solicitação de cancelamento de 'contrato do plano de saúde individual ou familiar, e de exclusão de beneficiário de contrato coletivo empresarial ou por ***adesão.'*** *(fls. 18 - grifei) No caso vertente dos autos, como é cediço, ao invés da supracitada norma, se aplicaria o que estatui o artigo 17, § único, da mencionada Resolução Normativa nº 195/09; entretanto, não se desconhece que referido dispositivo foi anulado pela recente Resolução Normativa nº 455, de 30 de março do corrente, in verbis: 'Art. 1º Em cumprimento ao que determina a decisão judicial proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0136265-83.2013.4.02.51.01, fica anulado o disposto no parágrafo único do art. 17, da Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009.' (grifei)* ***Todavia, referida norma passou a vigorar no dia seguinte, isto é, em 31 de março deste ano, não se podendo cogitar de sua retroação ainda que se aceite a intervenção estatal nessa modalidade especial de avença , sob pena de fulminar-se o ato jurídico perfeito, pois, esta lide deve ser analisada à luz do comando normativo anterior § único do artigo 17, da Resolução Normativa nº 195/2009 e do contrato firmado entre as partes, assinado em 22 de agosto de 2.017 (fls. 56)****. Nesse diapasão, da análise das peças destes autos, verifica-se que no bojo desse contrato de saúde coletivo empresarial, havia cláusula de cancelamento que estipulava o seguinte em seu item 30.1.1. (fls. 111), ipsis litteris: 'O cancelamento imotivado do seguro por iniciativa da Seguradora e/ou do Estipulante, sem direito a devolução dos prêmios pagos, somente poderá ocorrer após 12 (doze) meses de contrato e mediante comunicação por escrito por qualquer das partes, com no mínimo 60 (sessenta) dias de antecedência da data do efetivo cancelamento, e o pagamento dos prêmios deverá ocorrer neste período.' (grifei)*

Acesso ao Sumário

Destarte, independentemente da incidência do Código de Defesa do Consumidor in casu, não se vislumbra qualquer abusividade na cobrança das parcelas confessadamente vencidas em agosto e setembro de 2.019, vez que o cancelamento do contrato, pela embargante, se deu em agosto daquele ano (fls. 16/17); assim, havendo imposição contratual de aviso prévio por escrito, com antecedência de 60 dias para o cancelamento do plano de saúde, o que a embargante tenciona é ignorar dispositivo contratual lícito, que permanece, pois, hígido mesmo em face da invocada Lex consumerista. (destaque não original)"

Respeitado o entendimento do R. Juízo "*a quo*", esta Câmara tem adotado posicionamento diverso:

"***PLANO DE SAÚDE. DECLARATÓRIA***. *Insurgência da autora em face da sentença de improcedência. Contrato de plano de saúde coletivo contratado pela estipulante em 30/11/2018. Pedido de distrato em 24/12/2020. Discussão sobre a abusividade da cobrança, pelo plano de saúde, das mensalidades vencidas até 60 dias após o pedido de rescisão da empresa estipulante. Abusividade reconhecida na Ação Civil Pública nº 0136265-83.2013.4.02.5101, com eficácia sobre todo território nacional, reconhecendo a nulidade do parágrafo único do art. 17 da RN 195/2009.* ***Decisão proferida na Ação Civil Pública que tem efeitos retroativos, abrangendo os contratos firmados antes da referida decisão****. Precedentes. Sentença reformada, reconhecendo a inexistência de relação jurídica e a inexigibilidade de débitos, após o pedido de rescisão contratual enviado pela autora.* ***Recurso provido.***" (**Apelação nº 1000263-50.2021.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES**, 03/07/2021 - destaque não original).

"*APELAÇÃO. Plano/Seguro saúde.* ***Embargos à execução. Rescisão unilateral do plano de saúde coletivo por adesão. Possibilidade, sem imposição de multa contratual em razão da fidelidade de 12 meses de permanência ou, ainda, de pagamento antecipado de 2 mensalidades. Nulidade do parágrafo único do art. 17 da RN ANS nº 195/2009, declarada por decisão irrecorrível da Ação Civil Pública nº 0136265-83.2013.4.02.5101 (18ª Vara Federal do Rio de Janeiro), a ensejar o cancelamento daquela norma administrativa pela RN ANS nº 455/2020. Exigência do aviso prévio de 60 dias afastada, assim como do pagamento correlato****. Sentença reformada, repassados os ônus sucumbenciais integralmente para a apelada, majorada a verba honorária para 12% do valor atualizado da dívida ora declarada inexistente. Precedentes. RECURSO PROVIDO, com inversão da sucumbência e majoração da verba honorária.*". (TJSP; Apelação Cível 1015466-13.2020.8.26.0003;

Relator (a): **BERETTA DA SILVEIRA**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/03/2021; Data de Registro: 26/03/2021, **destaque** não original)

"*PLANO DE SAÚDE. EMBARGOS À EXECUÇÃO. I. Pretensa declaração de inexigibilidade de débitos decorrentes da extinção do contrato coletivo de plano de saúde. Acolhimento na origem. Irresignação da embargada. Manutenção. II.* ***Extinção do negócio securitário celebrado que decorreu do pedido resilitório imotivado do aderente. Exigência contratual de notificação prévia, com prazo mínimo de 60 dias, que possuía respaldo no artigo 17, parágrafo único, da Resolução Normativa 195/2009. Ato normativo supralegal, todavia, que foi declarado nulo em ação civil pública, julgada pelo TRF da 2ª Região, com produção de efeitos em âmbito nacional. Fato, inclusive, que conduziu à revogação do dispositivo por meio da Resolução Normativa nº 455/20, da ANS. Carência, pois, de fundamento à cobrança de mensalidades após o cancelamento do seguro saúde****. Precedentes desta Câmara.*". SENTENÇA PRESERVADA. APELO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1002478-13.2020.8.26.0244; Relator (a): **DONEGÁ MORANDINI**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Iguape - 1ª Vara; Data do Julgamento: 27/04/2021; Data de Registro: 27/04/2021, **destaque** não original)

"***APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. Execução por título extrajudicial proposta pela operadora de plano de saúde, cobrando o valor de duas mensalidades em face da resolução antecipada do contrato, sem aviso prévio de 60 dias. Sentença de improcedência. Insurgência. Acolhimento. Abusividade da cláusula contratual que exige notificação prévia de cancelamento reconhecida. Cláusula que tinha por fundamento o parágrafo primeiro do artigo 17 da Resolução Normativa 195/09 da ANS. Dispositivo normativo declarado nulo em decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na ação coletiva 0136265-83.2013.4.02.5101, movida pelo Procon/RJ em face da ANS. Dispositivo que, ademais, foi expressamente revogado nos termos da Resolução Normativa nº 455, publicada 30/03/2020. Efeito erga omnes da decisão que se estende ao presente feito. Precedentes desta Câmara. Sentença reformada, para julgar procedentes os embargos à execução e reconhecer a inexigibilidade do débito indicado nos autos principais, com extinção da execução, nos termos dos arts. 917, I e 924, ambos do CPC. RECURSO PROVIDO.***" **(Apelação nº 1000473-39.2021, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador VIVIANI NICOLAU, 22/06/2021- v.36270).**"

Acesso ao Sumário

A relação entre as partes, de início, é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, nos termos não apenas da **Súmula 608** do C. Superior Tribunal de Justiça, mas também do que se depreende das cláusulas contratuais.

Nas condições gerais da apólice (fls. 69), o item "04" dispõe que:

> ***"Natureza do Contrato***
>
> ***Trata-se de um Contrato de Seguro regido pela Lei n.º 9.656, de 1998.*** É ***contrato de adesão*** ***e bilateral, que gera direito e obrigações, a ele se aplicando o Código Civil Brasileiro, bem como o Código de Defesa do Consumidor, de forma subsidiária.".***

Ainda que a partir da previsão de aplicação subsidiária, o próprio contrato prevê a incidência do diploma consumerista. O fato de se tratar de contrato de adesão, ademais, coaduna-se com o art. 54 do CDC.

Superada a aplicabilidade do CDC, tem-se que a cobrança que originou a execução está fundamentada, conforme aduz a própria embargante, na cláusula nº 30.1.1 do contrato celebrado entre as partes, que prevê a necessidade de solicitação de cancelamento mediante o aviso prévio de 60 dias. A cláusula possui a seguinte redação (fls. 111):

> "*30.1.1 O cancelamento imotivado do seguro por iniciativa da Seguradora e/ou do Estipulante, sem direito a devolução dos prêmios pagos, somente poderá ocorrer após 12 (doze) meses de contrato e mediante comunicação por escrito por qualquer das partes, com no mínimo 60 (sessenta) dias de antecedência da data do efetivo cancelamento, e o pagamento dos prêmios deverá ocorrer neste período.*".

A redação encontrava amparo no art. 17, parágrafo único, da Resolução Normativa nº 195/2009 da ANS:

> "*Art. 17 As condições de rescisão do contrato ou de suspensão de cobertura, nos planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial, devem também constar do contrato celebrado entre as partes.*
>
> *Parágrafo único.* ***Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias***". (sem destaque no original)

Contudo, tal norma foi declarada **nula** em decisão proferida pelo E. **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO**, em 12/05/2015, na **Ação Civil Pública nº 0136265-83.2013.4.02.5101**, transitada em julgado em **08/10/2018**, movida pela Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro (Procon/RJ) contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

"*ADMINISTRATIVO. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. ART. 17 DA RESOLUÇÃO 195 DA ANS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA DE FIDELIDADE. ABUSIVIDADE. (...) A controvérsia sobre a validade e o conteúdo das cláusulas do contrato de plano de saúde coletivo atrai a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, haja vista os beneficiários do plano de saúde se enquadram no conceito de consumidor, pois utilizam os serviços na condição de destinatários finais, previsto no art. 2º da Lei 8078/90, e as empresas de plano de saúde se enquadram no conceito de fornecedor de serviços, uma vez que prestam serviços de assistência à saúde, mediante remuneração, nos termos do que dispõe o art.3º, caput e §2º, do mesmo Diploma Legal. O verbete nº 469 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça formou diretriz de que: 'Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde'. A relação firmada em contrato de plano de saúde coletivo é consumerista, ainda que decorrente da relação triangular entre o beneficiário, o estipulante e a seguradora/plano de saúde, pois, embora se assemelhe ao puro contrato de estipulação em favor de terceiro, dele difere na medida em que o beneficiário não apenas é titular dos direitos contratuais assegurados em caso de sinistro, mas também assume uma parcela ou a totalidade das obrigações, qual seja, o pagamento da mensalidade ou prêmio.* ***A autorização, concedida pelo artigo 17 da RN/ANS 195/2009, para que os planos de saúde coletivos estabeleçam, em seus contratos, cláusulas de fidelidade de doze meses, com cobrança de multa penitencial, caso haja rescisão antecipada dentro desse período, viola o direito e liberdade de escolha do consumidor de buscar um plano ofertado no mercado mais vantajoso, bem como enseja à prática abusiva ao permitir à percepção de vantagem pecuniária injusta e desproporcional por parte das operadoras de planos de saúde, ao arrepio dos inciso II e IV, do art. 6º, do CDC. Remessa necessária e recurso desprovidos***" (destaque não original).

A decisão proferida produz efeitos em âmbito nacional, sendo, portanto, extensível ao presente feito, nos termos do entendimento firmado pelo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** no julgamento do Recurso Especial nº 1.243.887/PR pela sistemática dos recursos repetitivos (temas 480 e 481):

"Os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido.".

"A competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais possuem os 'limites da lide e das questões decididas' (art. 468, CPC). A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de

Acesso ao Sumário

desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.".

Por conseguinte, inclusive, **a Agência Nacional de Saúde (ANS) expressamente revogou o parágrafo único ao art. 17 da Resolução Normativa nº 195/2009**, nos termos da Resolução Normativa nº 455, publicada em **30/03/2020**.

Neste cenário, considerando que a embargada tomou ciência da intenção de desfazimento unilateral do contrato pelo embargante em **22/08/2019** (fls. 16, 231), como aliás ela mesma consignou em sua impugnação, e que os valores cobrados são posteriores ao trânsito em julgado do v. acórdão prolatado na mencionada Ação Civil Pública, a exigência do pagamento das duas mensalidades subsequentes após a notificação do cancelamento é indevida (vencimentos em 29/08/2019 e 29/09/2019). A disposição consagra um ônus excessivo imposto em contrato de adesão, revelando-se abusiva.

Em conclusão, o recurso é provido e a sentença é reformada para **julgar procedentes os embargos à execução e reconhecer a inexigibilidade do débito indicado nos autos principais. Por conseguinte, a execução é extinta**, nos termos dos artigos 917, I e 924, ambos do CPC.

Com a reforma da sentença, o ônus da sucumbência passa a recair sobre a embargada **SUL AMÉRICA**, que deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em **15% do valor atualizado da causa**, nos termos do art. 85, §2º do CPC.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados no recurso interposto. Vale lembrar que 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, um a um. Sobre o tema, confira-se a jurisprudência (STJ, EDcl no REsp nº 497.941/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, publicado em 05/05/2004; STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 522.074/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, publicado em 25/10/2004).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 4002944-02.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante MC DE AZEVEDO PENTEADO ME, é apelado BERTOLINI S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

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 28494)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MORAIS PUCCI (Presidente) e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 13 de julho de 2021.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO - RESCISÃO CONTRATUAL - OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER - Celebrado contrato de distribuição em que estipulada a obrigação de a Requerida repassar parte dos valores obtidos com a venda dos móveis planejados à Autora (fabricante dos bens) e de não gerar prejuízo à marca "Evviva-Bertolini" (quando da venda dos bens aos consumidores) - Laudo pericial comprova o inadimplemento contratual da Requerida (ausência do correto repasse dos valores obtidos com a venda dos móveis planejados à Autora) - Reclamações efetuadas por consumidores junto ao Procon-SP que consignam a não entrega dos móveis no prazo contratado (o que gera prejuízo à marca "Evviva-Bertolini") - Incabível o acolhimento do pedido de "arrolamento de bens e lançamento, sobre os automóveis da Requerida, de registro da existência da ação judicial" (pois ausente pedido indenizatório da Autora) - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, para declarar rescindido o contrato de distribuição, condenando a Requerida à obrigação de não fazer consistente na "abstenção da revenda dos móveis planejados sob a marca Evviva-Bertolini", e à obrigação de fazer consistente na "descaracterização do seu estabelecimento comercial, abstendo-se de usar a marca, com retirada de todos os materiais de escritório, do logotipo da marca e encerramento do uso do domínio da internet" - RECURSO DA REQUERIDA IMPROVIDO

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Requerida contra a sentença de fls.1.207/1.227, prolatada pelo I. Magistrado Celso Alves de Rezende (em 14 de maio de 2020), que julgou parcialmente procedente a "ação de resilição contratual", para declarar rescindido o contrato de distribuição, condenando a Requerida à obrigação de não fazer consistente na "abstenção da revenda dos móveis planejados sob a marca Evviva-Bertolini", e à obrigação de fazer consistente na "descaracterização do seu estabelecimento comercial, abstendo-se de usar a marca, com retirada de todos os materiais de escritório, do logotipo da marca e encerramento do uso do domínio da internet", arcando a Requerida com as custas e despesas processuais e os honorários advocatícios do patrono da Autora (fixados em R$ 5.000,00).

Alega que caracterizada a falta de interesse processual ("de forma superveniente, a empresa fechou suas portas, deixando de ter qualquer relação com a marca Evviva"), que caracterizada a culpa da Autora pela rescisão do contrato ("pois provocou problemas graves de produção, tais como peças com medidas erradas, cores erradas, peças faltantes e atraso nas entregas"), e que não deve arcar com as verbas da sucumbência. Pede o provimento do recurso, para a extinção do processo, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, ou para a improcedência da ação, ou para a condenação da Autora ao pagamento das verbas da sucumbência (fls.1.229/1.253).

Contrarrazões a fls.1.270/1.274.

É a síntese.

Caracterizado o interesse processual, pois a Autora alega a culpa da Requerida pela rescisão do contrato, salientando-se que o interesse processual "deve ser aferido *in status assertionis*, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo[1]", e que necessária a apreciação acerca da responsabilidade pelo alegado inadimplemento da obrigação (mesmo que extinta a relação contratual).

A Autora alega, na petição inicial, que "em meados de 2007, as partes entabularam relação comercial de distribuição, em que a Requerida, comerciante de móveis, iniciou a comercialização de móveis fabricados pela Autora, sob a marca Evviva, e a formalização dos termos ocorreu somente em 2011", que "a relação entre as partes vem se degastando há cerca de dois danos, em razão do comportamento da Requerida, que vem sistematicamente descumprindo o contrato de distribuição", que "a Requerida recebe pagamentos e não os repassa à fornecedora (Autora)", que "a Requerida tem dispensado péssimo atendimento aos clientes" e que "os projetos prometidos pela Requerida aos consumidores estão atrasados e parados na fábrica".

Acrescenta que "a presente ação visa a resilição do contrato, bem como

1 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008, p. 98.

Acesso ao Sumário

notificação para que a Requerida cesse, de imediato, suas atividades como revendedora da marca Evviva", e que "também deve a Requerida retirar a marca Evviva Bertolini de todos os seus materiais de escritório, além de cessar o uso do domínio de internet com a expressão Evviva".

A Requerida sustenta, na contestação de fls.160/196, que "os atrasos em entrega da mercadoria são de responsabilidade da fabricante", que "desde outubro de 2011 a Requerente tem provocado alterações consideráveis nos modelos e medidas de grande parte das peças utilizadas nos produtos", que "são falsos os fundamentos apresentados para justificar a rescisão do contrato", e que "sendo a Requerente responsável pelas circunstâncias pelas quais justificou a rescisão contratual, devem ser julgados improcedentes os pedidos".

Incontroverso que as partes celebraram o "Termo de Relacionamento Comercial, Autorização de Uso de Marca e Outras Avenças" (em 13 de setembro de 2011 - fls.402/406), em que a "Fornecedora (Autora), de forma continuada, comercializará os produtos de sua linha de fabricação para a Compradora (Requerida), a qual os comercializará para os consumidores finais", e que "a Compradora pagará à Fornecedora o preço previamente ajustado nos pedidos, conforme tabela de preços vigente na data do pedido, disponível no programa VD Max" (fls.403).

O artigo 712 do Código Civil dispõe que "O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente", de modo que cabe à Requerida empregar diligência habitual na revenda dos móveis planejados disponibilizados pela Autora e no repasse da quantia avençada (fls.403).

Nesse sentido, em relação à diligência da Requerida no cumprimento de suas obrigações contratuais, o laudo pericial contábil de fls.691/714 e os esclarecimentos de fls.1.068/1.084 consignam que a Requerida não comprovou o regular repasse de valores pagos pelos adquirentes dos móveis à Autora ("considerando que a Requerida não entregou os livros contábeis solicitados no termo de diligência de fls.678/679, esta profissional não possui elementos para afirmar qual o destino dos valores recebidos pela Requerida em razão da venda dos móveis planejados Evviva Bertolini. Apenas a título de informação, a empresa Requerida entregou alguns demonstrativos dos anos de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012, sem valor contábil/fiscal" - fls.703), e em resposta à solicitação para que "A Sra. Perita enumere a quantidade de vendas realizadas pela Requerida cujo pagamento não foi repassado à Requerente", a Perita do Juízo afirmou que "solicitou à empresa Requerida que comprovasse as vendas realizadas, cujo pagamento não foi devidamente repassado à empresa Requerente, em todo o período de relacionamento entre as partes, mas a empresa Requerida nos informou que não há vendas com valores não repassados, e que sempre foram pagos via boletos bancários, envio de cheques e depósitos bancários" - fls.705/706).

Acesso ao Sumário

Ademais, o "Instrumento Particular de Composição e Confissão de Dívidas e outras Avenças" (firmado em 13 de setembro de 2011 - fls.71/72) evidencia a desídia da Requerida em adimplir os valores avençados com a Autora, uma vez que, à época, constava o inadimplemento de notas fiscais no valor total de R$ 536.966,37, cheques vencidos no montante de R$ 95.587,00 e cheques devolvidos na quantia de R$ 395.300,15 (fls.72), o que robora as alegações da Autora acerca do descumprimento das obrigações contratuais da Requerida (quanto à ausência de repasse dos valores recebidos com a venda dos móveis planejados), destacando-se que "Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: o requerido não efetuar a exibição" (artigo 400, inciso I, do Código de Processo Civil), e a Requerida não entregou os documentos contábeis solicitados pela Perita do Juízo a fls.675/679 para comprovar a regularidade dos pagamentos à Autora.

Anota-se, ainda, que eventual defeito de fabricação das peças fornecidas pela Autora ou o suposto atraso na entrega dos bens à Requerida (que não foi comprovado pela Requerida, ônus que lhe incumbia), por si, não justificam o inadimplemento da obrigação de a Requerida repassar parte dos valores obtidos com a venda dos móveis à Autora, notando-se que as reclamações efetuadas por consumidores junto ao Procon-SP (fls.45/57) versam sobre a não entrega dos móveis planejados no prazo contratado (e não sobre defeito de fabricação dos móveis) - o que gera prejuízo à marca "Evviva-Bertolini" e viola a cláusula terceira, parágrafo segundo, do contrato de distribuição ("Ambas as partes se obrigam a zelar pelo bom nome dos produtos Evviva-Bertolini e das próprias partes, abstendo-se da prática de qualquer ato ou omissão que possa vir a prejudicar as suas reputações" - fls. 404).

Assim, comprovado o inadimplemento contratual da Requerida (ausência do correto repasse dos valores obtidos com a venda dos móveis planejados à Autora), correta a rescisão contratual, vedando-se à Requerida a utilização da marca "Evviva-Bertolini" ou a alienação dos móveis planejados desta marca (salientando-se que a Requerida admite que cessou suas atividades empresariais de venda de móveis planejados - fls.1.247), nos termos da sentença.

Por fim, considerando a culpa da Requerida pela resolução da avença, e porque houve sucumbência mínima da Autora (rejeitado apenas o pedido de "arrolamento de bens e lançamento, sobre os automóveis da Requerida, de registro da existência da ação judicial" - fls.16), correta sua condenação ao pagamento das verbas da sucumbência, pois deu causa ao ajuizamento da ação (princípio da causalidade).

Destarte, de rigor o improvimento do recurso.

Razoável a majoração do valor dos honorários advocatícios do patrono da

Acesso ao Sumário

Autora para R$ 7.500,00, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo. Anoto que atribuído à causa o valor de R$ 10.000,00.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e majoro os honorários advocatícios do patrono da Autora para R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), com correção monetária desde hoje e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde o trânsito em julgado da decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002287-81.2020.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante RONALDO DE SOUZA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32577)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente) e CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

São Paulo, 14 de julho de 2021.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: Promessa de compra e venda de imóvel - Ação de devolução de valores - Não há abusividade na cobrança, pelo promitente vendedor, de valor relativo a serviços de despachante, sem relação com serviços de assessoria técnico-imobiliária (SATI) - Sentença mantida - Apelo não provido.

VOTO

Trata-se de apelo interposto por autor de "ação de restituição" contra sentença que julgou o pedido procedente em parte, para condenar a ré à "devolução do valor pago a título de 'taxa de cancelamento de hipoteca' (....), com atualização desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação", e ao pagamento de metade das custas e despesas processuais e ao de honorários advocatícios de 10% do valor da condenação.

O autor foi condenado ao pagamento da outra metade das custas e despesas e de honorários advocatícios de 10% da diferença entre os valores da causa

e da condenação (fls. 389/394).

O autor sustenta que: a) é abusiva a cobrança da taxa de assessoria imobiliária em promessa de compra e venda de bem imóvel; b) a sentença analisou o termo aditivo apresentado pela ré de maneira superficial; c) foi obrigado a assinar o referido termo, a par do compromisso de compra e venda, na mesma data; d) o serviço em questão é inerente ao contrato principal, não serviço autônomo e facultativo oferecido pela ré; e) não houve contratação de despachante, como a ré alega, o que se vê pelo fato de o citado termo não ter feito menção a profissional da área e no de a ré não exercer esse tipo de atividade; f) a ré não prestou serviço que não fosse decorrente do próprio contrato; g) se trata de cobrança por serviço congênere ao serviço de assessoria técnico-imobiliária; h) a relação é disciplinada pelo Código do Consumidor; i) se aplica ao caso o entendimento expresso no julgamento do Recurso Especial nº 1.599.511-SP, pelo Superior Tribunal de Justiça; e j) faz jus à restituição do valor indevidamente pago. Pede, com base nisso, a reforma da sentença (fls. 409/419).

Recurso tempestivo. Sem preparo, porque o apelante é beneficiário da justiça gratuita.

Houve resposta.

É o relatório.

As partes firmaram compromisso de compra e venda de imóvel situado na cidade de Birigui, em 05.02.2017 (fls. 21/34), e instrumento denominado "Termo de Opção - Serviços de Registro de Contrato", na mesma data, este último tendo por objeto a prestação, pela ré, de serviços de "emissão da guia de ITBI" e de "registro do contrato de financiamento no respectivo Cartório de Registro de Imóveis" (fls. 210/211).

O autor propôs a ação, em 25.03.2020 (fl. 1), questionando a cobrança, pela ré, de "taxa" pela prestação de serviço de assessoria técnico-imobiliária ("taxa SATI"), no valor de R$800,00, e de emolumentos relativos ao cancelamento da hipoteca que incidia sobre o imóvel, no valor de R$190,17. Pediu, ao cabo da petição inicial, que tais cobranças fossem declaradas abusivas e, também, a devolução do que pagou, com juros e correção monetária (fls. 12/14).

Na contestação, a ré aduziu que não houve cobrança de "taxa SATI" e sim de "taxa de despachante", que é legal, tanto quanto a cobrança dos emolumentos relacionados ao cancelamento da hipoteca (fls. 171/185).

A sentença acolheu a tese de defesa, no que se refere à "taxa SATI", e julgou o pedido procedente, no tocante ao valor despendido para o cancelamento da hipoteca.

No julgamento do Recurso Especial repetitivo nº 1.599.511-SP, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, relator o E. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, definiu que o serviço de assessoria técnico-imobiliária ("SATI") consiste

Acesso ao Sumário

"na prestação de esclarecimentos técnicos e jurídicos acerca das cláusulas do contrato e das condições do negócio", o que constitui "serviço inerente à celebração do próprio contrato", relacionado ao cumprimento do dever de informação do promitente vendedor, e não "um serviço autônomo oferecido ao adquirente", cuja cobrança é indevida, nos termos do artigo 51, IV, do Código do Consumidor:

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.
>
> I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:
>
> 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.
>
> 1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.
>
> II - CASO CONCRETO:
>
> 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1.
>
> 2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2.
>
> III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> (2ª Seção, REsp 1599511/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24/08/2016, DJe 06/09/2016)

Acesso ao Sumário

No caso em exame, não houve cobrança por serviço de assessoria técnica (ou por atividade congênere), e sim por serviços típicos de despachante - emissão de guia para recolhimento de tributo e registro de contrato em cartório de imóveis -, que visaram "facilitar as providências burocráticas a cargo do comprador do imóvel" (sentença, fl. 390).

A circunstância de não ter constado, do termo de fls. 210/211, o nome do despachante ou do escritório designado para a prestação dos serviços não releva, pois eles seriam prestados a mando e sob a responsabilidade da ré.

Não se vislumbra, pelo que consta dos autos, vício de consentimento ou abusividade.

Distinguindo a "taxa SATI" de valores cobrados do promitente comprador por serviços de despachante e respaldando a legalidade desta última cobrança, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. SERVIÇOS DE DESPACHANTE OU A COBRANÇA DE TAXAS DE SERVIÇOS CARTORÁRIOS. VALIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. ADESÃO VOLUNTÁRIA. APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA NO RECURSO ESPECIAL JULGADO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. SÚMULA 83/STJ. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. NÃO INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
>
> 1. A abusividade da SATI não deve implicar enriquecimento sem causa do consumidor, de modo que eventual serviço específico prestado ao consumidor, como eventuais serviços de despachante ou a cobrança de taxas de serviços cartorários, podem ser efetivados. Precedente.
>
> 2. Modificar o entendimento do Tribunal local, no que se refere à conclusão de que a recorrente teria se comprometido, expressamente, a pagar pelos serviços contratados, que não se confundiria com a taxa SATI, incorrerá na interpretação de cláusulas contratuais e em reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável, devido aos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ.
>
> 3. O mero não conhecimento ou a improcedência de recurso interno não enseja a automática condenação à multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC, devendo ser analisado caso a caso.
>
> 4. Agravo interno improvido.
>
> (3ª Turma, AgInt no REsp 1920357/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 01/06/2021, DJe 07/06/2021, *grifo nosso*)

Embora a conclusão do negócio dependesse das providências descritas no "Termo de Opção", é certo que o autor não estava obrigado a contratar a ré para o seu cumprimento. Ele poderia ter contratado terceiro para auxiliá-lo, ou, se não, ele mesmo poderia ter tomado as providências acima citadas.

O pedido de devolução da denominada "taxa de despachante" é, pois, improcedente, como a sentença concluiu.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004821-

Acesso ao Sumário

75.2020.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante RP COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO EM TELECOMUNICAÇÕES LTDA., é apelada VIVIAN ROVINA FRANCO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.819/2021)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e CLAUDIO HAMILTON.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA MÓVEL - RELAÇÃO CONSUMERISTA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. Requerente que narra cobrança indevida por falha do serviço na alteração do plano de telefonia celular. Sentença que declarou a inexigibilidade da cobrança excessiva e condenou a requerida ao pagamento de danos morais. Apelo da requerida prestadora de serviços. Prova nos autos da falha do serviço, pois a requerida efetuou alteração indevida do plano da requerente, fato não elidido pela contestação. Danos morais devidos e fixados em patamar razoável e proporcional. Procedência. Sentença mantida. Recurso de apelação não provido, devida a majoração da verba honorária devida com base no parágrafo 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, de 10% (dez por cento) para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com reparação de danos morais fundada em prestação de serviços de telefonia celular, julgada procedente pela sentença de folhas 330/337, declarada inexigível a cobrança objeto do litígio, condenada a requerida ao pagamento de danos morais de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária e juros de mora da

citação. Sucumbente, a requerida deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformada, recorre a requerida prestadora de serviços pretendendo a reforma do julgado (folhas 339/344). Alega, em suma, ausência de prova de falha da prestação do serviço, não se prestando para tanto os documentos carreados aos autos. Narra que a requerente expressamente concordou com a alteração do plano de telefonia celular, desta forma gerando-se a cobrança. Defende a ausência de dano moral, pois os fatos afirmados pela requerente limitam-se a mero aborrecimento. Aduz a necessidade de limitação do "quantum" reparatório, observada a impossibilidade de utilização do salário mínimo como parâmetro, sendo que, utilizado salário mínimo, não pode haver incidência de correção monetária. Pede a reforma da sentença para afastamento da condenação; subsidiariamente, pleiteia a redução do montante condenatório.

Recurso tempestivo, preparado (folhas 345/346), bem processado e respondido (folhas 349/356), subiram os autos.

Petição da requerida informando o pagamento do valor da condenação (folha 361).

Este é o relatório.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade positivos, conhece-se do recurso interposto.

Cuida-se de ação declaratória e inexigibilidade de débito cumulada com reparatória de danos morais, pela qual a consumidora requerente narra cobrança indevida com espeque em prestação de serviços telefônicos.

Narra a requerente que procurou a prestadora de serviços, com intenção de adquirir aparelho de telefonia com desconto, vinculada a aquisição a pacote de serviço em dependência do plano de seu companheiro conjugal.

Contudo, teria havido inclusão em pacote diverso, com cobrança de contas em patamar não reconhecido, desta forma a requerente solicitando a readequação, ao que a requerida efetuou aplicação de multa, bem como mantendo a cobrança pelo pacote não contratado.

A respeitável sentença recorrida acolheu os pedidos, declarando a inexigibilidade da cobrança excessiva e condenando a requerida ao pagamento de danos morais de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A requerida se insurge, alegando ausência de prova dos fatos narrados, pleiteando o afastamento da condenação.

Contudo, sem razão.

A prova dos autos, concernente a reprodução de conversas com prepostos da requerida, além de degravações de áudio, indica que efetivamente a reque-

Acesso ao Sumário

rente adquiriu pacote de serviços atrelado a compra e venda de aparelho de telefonia novo, com valor mensal de R$ 19,90 (dezenove reais e noventa centavos).

Ocorre que a requerida efetuou a inclusão em combo diverso, denominado Claro Pós APP, gerando cobrança indevida.

Após, efetuada reclamação pela requerente, a requerida alterou o plano de pacote de serviços, contudo aplicando multa por violação a prazo de fidelidade.

Ora, a alteração do plano decorreu de inclusão indevida de pacote de serviços, devido a falha da própria operadora, assim, descabida a cobrança de multa.

Conclui-se de forma inequívoca pela infração contratual, que acarretou cobrança em patamar não contratado, além de incidência de multa.

Tocante aos danos morais, a sentença também não comporta reforma.

Devido a cobrança excessiva pelo pacote não contratado, a requerente suportou a incidência de multa, demandando reiterados contados com prepostos da requerida para adequação do serviço, vendo frustrada sua pretensão, necessitando de o ajuizamento de ação judicial para satisfação de seu direito.

Os fatos narrados implicam em dano, seja pela cobrança indevida, seja pela teoria do desvio produtivo, observando-se a sensação de impotência da parte consumidora.

No que diz respeito ao valor da reparação, observada a natureza da matéria, ademais do porte econômico das partes, visando bem reparar os fatos narrados, a quantia arbitrada em primeiro grau, de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), reputa-se adequada e proporcional para a reparação do dano.

Em suas razões de apelação, a requerida defende a impossibilidade de fixação dos danos morais utilizando-se o valor do salário mínimo como parâmetro.

Contrariamente ao afirmado, a sentença estabeleceu valor líquido para a condenação, sem vinculação ao valor do salário mínimo, ausente prejuízo neste tocante.

Acesso ao Sumário

É o caso, pois, de manutenção da sentença que bem dirimiu a controvérsia mediante os ditames legais pertinentes.

Rejeitado o apelo, incide a majoração da honorária advocatícia prevista no parágrafo 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, de 10% (dez por cento) para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação, devida a majoração da verba honorária advocatícia sucumbencial prevista no parágrafo 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, nos moldes desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1035860-78.2019.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA VITANIA ROUBEDAKIS, são apelados AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA e CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26313)**

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

São Paulo, 16 de julho de 2021.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Transporte aéreo de pessoas - Cancelamento de voo doméstico - Sentença de extinção do processo em face da corré Avianca e de parcial procedência do pedido - Recurso da parte autora - Preliminar de ilegitimidade passiva afastada - Voo na modalidade codeshare, hipótese de colaboração interempresarial apta a ensejar responsabilidade solidária entre o transportador contratual e aquele de fato - Responsabilidade solidária das empresas que integram a cadeia de fornecedores - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Falha na prestação de serviços caracterizada - Responsabilidade objetiva da ré (CDC, art. 14) - Dano moral in re ipsa - Atraso de cerca de 11 horas na chegada ao destino - Viagem que precisou ser custeada pela autora por via terrestre, diante da ausência de assistência material da ré, inclusive na realocação em outro voo - Reforma da sentença para afastar a preliminar de ilegitimidade passiva e majorar o valor de indenização arbitrado - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1.- A sentença de fls. 251/254, cujo relatório é adotado, a) acolheu preliminar de ilegitimidade passiva e julgou extinto o processo em relação à requerida Avianca, sem resolução do mérito, condenando a autora a arcar com custas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa; b) julgou parcialmente procedente o pedido em ação indenizatória, condenando a ré CVC a pagar à autora a indenização por danos morais de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária e juros de mora, além de custas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da condenação.

Apela a autora às fls. 257/271, requerendo a reforma da sentença. Em síntese, sustenta: a) legitimidade passiva da apelada Avianca, pois forma grupo econômico com a empresa Oceanair e a distinção entre empresas é invisível ao mercado e ao consumidor, visto que até mesmo nos bilhetes há a identificação da apelada Avianca, inexistindo qualquer elemento que possa distinguir qual companhia operou o voo; b) necessidade de majoração da verba indenizatória, nos termos da inicial, pois não teve assistência material da apelada e precisou pegar um ônibus até Curitiba, chegando ao destino final com atraso de aproximadamente 11 horas; c) necessidade de majoração dos honorários advocatícios para 20% do valor da condenação, ou arbitrados em quantia que remunere de forma condigna o advogado.

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 276/280 e 281/293).

É o relatório.

2.- De início, cumpre registrar que se trata de recurso interposto de sentença disponibilizada na vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Respeitado o entendimento do magistrado *a quo*, a sentença merece reparos.

Não prospera a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela apelada Avianca (fls. 94/108), devendo ser afastada. Com efeito, a passagem foi adquirida junto à Avianca, e tal dado consta claramente da passagem (fl. 16), sendo ela a titular da relação jurídica de direito material firmada com a autora.

Acesso ao Sumário

O fato de o voo ter sido efetivamente operado por companhia aérea parceira (*Oceanair*), por meio do sistema *codeshare*, não afasta a pertinência subjetiva da apelada para responder por danos provocados aos passageiros, diante da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie.

No sentido, a jurisprudência:

TRANSPORTE AÉREO - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - CANCELAMENTO DE VOO - Aquisição da passagem pelo sistema *codeshare* que não afasta a legitimidade passiva da ré com quem a contração foi realizada - Problemas operacionais - Fato que caracteriza fortuito interno - Responsabilidade objetiva da ré, nos termos

do artigo 14 do Código do Consumidor, ínsita ao contrato de transporte aéreo - Indenização devida, com valor mantido - Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Correção, de ofício, do termo inicial dos juros de mora - Recurso desprovido, com determinação.

(TJSP; Apelação Cível 1005576-84.2019.8.26.0100; Relator (a): Vicentini Barroso; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 29ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/10/2019; Data de Registro: 11/10/2019).

AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. Parcial procedência. Insurgência da ré. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Inocorrência. Compra de passagens aéreas junto à ré. Operação de trecho do voo por companhia parceira. Situação que não retira a pertinência subjetiva da empresa aérea contratada de responder, solidariamente, por alegados danos sofridos pelos passageiros. Preliminar afastada. Contrato de transporte aéreo internacional de passageiros. Relação de consumo. Responsabilidade civil objetiva. Atraso de voo. Perda de conexão. Ausência de prévia informação. Situação que ocasionou o retardo total de cerca de 14 horas para a chegada dos autores, no outro dia, ao destino final. Defeito. Transtornos experimentados pelos consumidores que superam o mero aborrecimento. Danos morais evidenciados. Dever de indenizar caracterizado. Valor arbitrado adequado. Mantença integral da conclusão de primeiro grau. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1015148-97.2018.8.26.0068; Relator (a): Sebastião Flávio; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/03/2019; Data de Registro: 14/03/2019).

Prevê a legislação consumerista que toda a cadeia de serviços ou de produtos responde solidariamente perante o consumidor, independentemente de culpa, nos termos dos artigos 14, 23 e 34, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, ainda que as requeridas Avianca e CVC não tenham sido diretamente responsáveis pelo procedimento do cancelamento do voo e atraso na viagem, foram elas que firmaram contrato com a autora, vinculando seu nome e serviço às empresas que o fazem, configurando a responsabilidade solidária das empresas e sua legitimidade para figurar no polo passivo da ação.

Quanto ao valor da reparação dos danos morais, deve se pautar pelos critérios de equidade, que levem em consideração a posição social do ofendido, o comportamento do ofensor, a repercussão da ofensa e o caráter punitivo da indenização, visando a desestimular a prática reiterada de atos como o narrado nos autos.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

> "PROCESSUAL CIVIL - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - Majoração do quantum indenizatório. Desnecessidade. Verba ressarcitória fixada com moderação. I - A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza."[1]

No caso em exame, a chegada da autora ao destino teve atraso de aproximadamente 11 horas, sem qualquer assistência material fornecida pela ré. É incontroverso nos autos que a autora foi obrigada a realizar a viagem por ônibus, tendo em vista que a companhia aérea informou que não teria mais voos com destino a Curitiba e não teve sucesso em realocá-la em voos de outras companhias.

Assim, sopesando os fatos narrados e em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e, tendo em vista a reprovabilidade da conduta ilícita, intensidade e duração do sofrimento experimentado, bem como a capacidade econômica da requerida causadora do dano, mostra-se razoável acolher o pedido de majoração de indenização por danos morais, fixando-a no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme pretensão inicial.

A correção monetária sobre o valor ora arbitrado a título de indenização por danos morais incidirá a partir da publicação do presente julgado, nos termos da Súmula 362 do STJ, a saber:

> Súmula 362. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Merece, portanto, a sentença ser reformada para afastar a preliminar de ilegitimidade passiva da ré Avianca e julgar procedente o pedido, condenando as rés a indenizar a autora, solidariamente, a título de danos morais, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir da publicação do presente acórdão e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil.

Em razão da sucumbência, responderão as rés pelas custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001818-

1 STJ, Terceira Turma - AGA 598700/SP (200400557948) 604242 Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - Relator: Ministro Antonio de Pádua Ribeiro - J. 08/03/2005 DJ 18/04/2005 p. 314.

71.2020.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é apelante SUL AMÉRICA SEGUROS DE PESSOAS E PREVIDÊNCIA S.A., é apelada ODETE MARIA DA SILVA DE SOUZA (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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36331)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 16 de julho de 2021.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO - SEGURO DE VIDA - RECUSA DA SEGURADORA QUE INSISTE NO ENVIO DE DOCUMENTOS COMPLEMENTARES A FIM DE VERIFICAR A EFETIVA CAUSA DA MORTE DO SEGURADO - EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA NO CONTRATO - AUTORA QUE ENVIOU TODOS OS DOCUMENTOS SOLICITADOS, OS QUAIS SE MOSTRARAM SUFICIENTES PARA O ACOLHIMENTO DE SEU PEDIDO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. Apelação improvida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 196/200, que julgou procedente ação de cobrança de indenização securitária. Embargos de declaração foram parcialmente acolhidos apenas para corrigir erro material (fls. 207/208).

A ré alega a inexistência de falha na prestação de serviço, vez que a autora não apresentou os documentos complementares solicitados, necessários para a regulação do sinistro e pagamento do capital segurado. Requer a reforma da sentença para que seja julgada improcedente a ação, ou, subsidiariamente, que a correção monetária seja computada a partir do ajuizamento da ação.

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 224/229).

É o relatório.

Tratam os autos de ação de cobrança de indenização securitária. A autora, viúva do segurado, era a única beneficiária do contrato firmado em 01.10.2014, o qual previa cobertura para morte natural ou acidental. Ela encaminhou à segu-

Acesso ao Sumário

radora os prontuários médicos, o laudo pericial original e o complementar, mas a seguradora insistiu na cobrança de documentos complementares, sem os quais não pagaria a indenização.

Do que se vê dos autos, a morte do segurado se deu aparentemente por causas naturais e foi instaurado um inquérito policial para sua apuração, tendo em vista ter ocorrido de forma súbita e de maneira não convencional.

Da certidão de óbito (fls. 113) constou causa indeterminada e aguardo de exame complementar.

O laudo médico, a princípio, não pôde apurar a causa determinante da morte (fls. 38/40). Já o laudo complementar, que analisou fragmentos do coração do falecido, atestou a existência de "*ateroesclerose coronariana moderada à grave; hipertrofia miocárdica e focos de fibrose intersticial (miocardioesclerose)*" (fls. 41).

Na ficha de atendimento do segurado, realizado no pronto socorro em 29.02.2020, dia de sua morte, há informação que o paciente era hipertenso e chegou ao hospital já sem sinais de reflexos. A causa da morte constou como desconhecida, sendo anotado com um ponto de interrogação "*aneurisma*?". Segundo o documento, a esposa afirmou que seu marido havia acordado cedo, saiu para cortar o cabelo e na volta caiu no chão, sendo que no dia anterior havia se queixado de cefaléia.

O relatório final de inquérito policial concluiu: "*Constou dos autos que a filha da vítima chegou em casa e viu seu pai estacionar sua moto em frente ao portão, entretanto não conseguiu entrar, vez que o mesmo estava trancado. Abriu o portão e pediu para ele retirar a moto. Como ele estava demorando, foi ver o que estava ocorrendo e encontrou-o caído no chão, 'babando'. Chamou a ambulância e levou-o ao Hospital Estadual de Mirandópolis-SP, dando entrada no mesmo já em óbito. (...) O laudo necroscópico do IML deu conta de que a vítima morreu em decorrência de causa indeterminada, no entanto na realização do exame não havia evidência de lesões externas de interesse médico legal. (...) Em declarações, a filha da vítima alega que o pai tinha pressão alta, corroborando no demais a versão constante neste preâmbulo.*"

Junto aos documentos enviados à seguradora, havia também um documento preenchido pelo médico assistente do sinistrado, que atestou como indeterminada a causa da morte e que o falecido sofria de hipertensão arterial, doença que poderia estar relacionada à causa do óbito.

A seguradora considerou insuficientes todos os documentos enviados pela recorrida alegando que em nenhum deles constava a causa da morte do segurado. Afirma que sua conduta está amparada pelas cláusulas 14.3, 14.4 e 14.7 das condições gerais do seguro e que a regulação do sinistro somente é possível com a comprovação da efetiva *causa mortis*.

Acesso ao Sumário

Constou da sentença:

"***Não merece acolhida a alegação de que a requerente não apresentou documentação suficiente para processamento do pedido. Isso porque,*** é ***certo que com a inicial foram acostados diversos e-mails encaminhados à seguradora contendo documentos solicitados.***

De outro lado, a requerida não comprovou ter solicitado documentação complementar à autora por meio do envio da juntada de notificação ou mesmo correspondência física ou digital.

Também não houve a comprovação, por parte da seguradora de risco excluído, nos termos do artigo 6º do contrato se seguro (fls. 138/187)

Nesse contexto probatório, de rigor a acolhida do pedido."

E dos embargos de declaração:

"***Conforme evidencia a sentença, houve a procedência total dos pedidos formulados (seguro e auxílio funeral), no patamar trazido em exordial.***

Acrescento, por oportuno, que no documento da apólice de seguro não há a informação da necessidade de comprovação das despesas com o funeral e o documento acostado que traz a cláusula invocada pela requerida não foi assinado pelo consumidor, de modo que a não há prova de ciência inequívoca por parte da requerente da necessidade de apresentação da documentação para a obtenção do seguro funeral.

Saliento, por fim, que nos inúmeros contatos feitos pela requerente com a empresa requerida por e-mail não há informação de que os documentos lhe foram solicitados, conforme constou na sentença prolatada, o que viola o dever de informação e a boa-fé.

Diante disso e a fim de evitar inconsistências no cumprimento de sentença ACOLHO PARCIALMENTE os embargos de declaração de fls. 203-206 para que conste no dispositivo: 'Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão inicial, a fim de CONDENAR a requerida ao pagamento da indenização securitária prevista na apólice para a hipótese de morte do segurado bem como a verba decorrente do seguro funeral, no patamar máximo, no valor global de R$ 44.923,00 (quarenta e quatro mil, novecentos e vinte e três), o qual deverá ser acrescido de correção monetária desde a celebração do contrato até a data do efetivo pagamento, e de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

Sucumbente, arcará a requerida com custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil.

No mais, fica a decisão mantida em seus próprios termos."

Correta se afigura a decisão.

Acesso ao Sumário

Como visto, a apelada enviou todos os documentos solicitados pela apelante e em todos eles a causa da morte restou indeterminada em razão das circunstâncias do caso concreto, contudo o quadro fático sugere que tenha sido decorrente de problemas cardíacos e/ou da hipertensão arterial, o que culminou num mal súbito.

As cláusulas invocadas pela recorrente para justificar a recusa da indenização em nada lhe auxiliam, pois em nenhuma há a exigência da determinação da causa da morte, sendo que a cláusula 14.7 apenas lhe dá a possibilidade de solicitar outros documentos que entender pertinentes, caso haja dúvida fundada e justificável. No caso, todos os documentos juntados se mostram suficientes para o acolhimento do pedido da autora.

Nesse sentido:

"***SEGURO DE VIDA EM GRUPO. AÇÃO DE COBRANÇA C. C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Seguro contratado com a finalidade de garantir o pagamento de operação de crédito bancário. Falecimento do contratante. Alegação de doença preexistente não demonstrada. Documentos exigidos após o sinistro ('morte'), não contemplados pelo contrato que revela recusa indevida do pagamento da indenização securitária. Sinistro previsto em apólice que obriga o pagamento da indenização nos limites contratados. Recurso provido, em parte.*** (...) *Conclui-se, portanto, que a exigência de documentação complementar, não prevista no contrato do seguro de vida em grupo, é medida abusiva, sem a devida fundamentação, configurando recusa administrativa e retenção indevida do pagamento.*" (TJSP; Apelação Cível 1048609-06.2014.8.26.0002; Relator (a): Dimas Rubens Fonseca; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/03/2019; Data de Registro: 27/03/2019)

Assim, a sentença é de ser mantida e, quanto ao termo inicial da correção monetária, suficiente anotar que o julgado está em consonância com a Súmula 632 do STJ: "*Nos contratos de seguro regidos pelo Código Civil, a correção monetária sobre a indenização securitária incide a partir da contratação até o efetivo pagamento*".

Em atenção à previsão de artigo 85, parágrafo 11, do CPC, ficam os honorários advocatícios majorados para 12% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1058910-

38.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SCHIOPPA 19 DO BRASIL LTDA., é apelada ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S/A.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 42620)**

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

São Paulo, 1º de julho de 2021.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: COBRANÇA. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. DESMORONAMENTO PARCIAL DE FÁBRICA. RECUSA DE COBERTURA. IMPROCEDÊNCIA. APELO DA AUTORA. FATO GERADOR DOS DANOS (DESMORONAMENTO) PREVISTO NO MANUAL DO SEGURADO. DOCUMENTO VINCULANTE EM RELAÇÃO AO CONSUMIDOR. APÓLICE ENVIADA À CONTRATANTE DOIS MESES APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO, CHEGANDO ÀS SUAS MÃOS EXATAMENTE NO MÊS EM QUE SE DEU O SINISTRO. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDIU A APELANTE DE TER CIÊNCIA CLARA E INEQUÍVOCA DA DITA CLÁUSULA RESTRITIVA DE COBERTURA INVOCADA PELA APELADA. CONJUNTO DE NORMAS PROTETIVAS PREVISTAS NO CDC (ESPECIALMENTE OS ARTIGOS 46 E 47). FATO GERADOR DO SINISTRO (DESMORONAMENTO PARCIAL DA EMPRESA) INCONTROVERSO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. VALOR DOS PREJUÍZOS MATERIAIS APURADOS EM LAUDO PERICIAL. LUCROS CESSANTES DESCABIDOS. EVENTO DANOSO NÃO DECORREU DE ATO ILÍCITO IMPUTÁVEL À APELADA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE, INVERTIDOS OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por SCHIOPPA 19 DO BRASIL LTDA. contra a r. sentença (fls. 1324/1327), relatório adotado, que julgou improcedente o pedido formulado em ação de cobrança proposta contra ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S/A.

Em preliminar, defende a nulidade da sentença, pois considera configurado o cerceamento de defesa. No mérito, insiste no direito à cobertura, à luz do contrato e do laudo pericial. Sustenta a aplicação do CDC. Cita jurisprudência sobre a matéria. Pede a reforma da sentença e a total procedência do pedido (fls. 1340/1369).

Recurso processado e contrariado.

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança de indenização securitária.

A apelante (indústria fabricante de carrinhos de compras e equipamentos voltados ao varejo) celebrou com a apelada "*contrato de seguro empresarial de grande risco*" (apólice n° 99.18.9285506), com previsão de cobertura para danos materiais (prédio, máquinas, móveis, utensílios, mercadorias e matéria prima) no valor de R$ 20.000.000,00 e R$ 1.000.000,00 para despesas fixas (fls. 256/260).

No dia 30/01/2016, diante do alto volume de chuvas que assolou a região, ocorreu o desmoronamento parcial da empresa (em área de 2.500m2), o que ocasionou os danos descritos na petição inicial, retratados nas fotografias de fls. 261/289 e 827/865.

Acionada, a ré negou a cobertura securitária, sob o argumento de ausência de previsão contratual para o referido evento (desmoronamento).

É pacífico o entendimento de que as apólices de seguro são contratos de adesão e, por consubstanciarem típica relação de consumo, submetem-se às regras impostas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Não bastasse isso, a apelante enquadra-se no conceito de hipossuficiente, pois o Código de Defesa do Consumidor não leva em conta somente a fragilidade econômica e jurídica do consumidor, mas também o desconhecimento técnico do serviço ofertado.

Nessas relações contratuais, os documentos são produzidos unilateralmente pela fornecedora, o que impede a prévia análise por parte do aderente.

Aplicável, portanto, os artigos 46 e 47 do CDC, que dispõem:

"Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos ins-

Acesso ao Sumário

trumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance".

"Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

Além disso, as cláusulas abusivas ou obscuras (que obriguem prestações excessivas ou desvirtuem a finalidade do contrato) devem ser peremptoriamente afastadas.

Assentadas tais premissas, entendo que o recurso comporta parcial provimento.

A cláusula n° 11 das condições gerais do segurado (fls. 55 e 119) prevê expressamente a cobertura para "***desmoronamento***", *in verbis*:

"11. CLÁUSULA DE DESMORONAMENTO.

"11.1. Riscos cobertos.

Esta cobertura indenizará, até o limite máximo de indenização, ratificado na apólice, os danos materiais de origem súbita, imprevista e acidental sofridos pelos bens segurados, diretamente causadas por desmoronamento total ou parcial do imóvel objeto do seguro.

Considera-se caracterizado o desmoronamento parcial somente quando houver desmoronamento de paredes ou de qualquer elemento estrutural (coluna, viga, laje de piso ou teto)".

O fato de o dispositivo em questão estar localizado nas "*condições gerais*" e não na apólice propriamente dita se apresenta irrelevante, pois ambos os documentos têm caráter vinculante em relação ao consumidor.

A seguradora, ao enviar ao cliente as "*cláusulas gerais do contrato*" prevendo a cobertura para toda sorte de eventos (tais como o desmoronamento), cria naquele a justa expectativa de amparo contratual.

De modo que ocorrido o sinistro, não pode pretender se isentar do dever de pagar o prêmio baseando-se no fato de que o evento não estava previsto especificamente na apólice.

Tal comportamento induz o consumidor em erro e gera desequilíbrio contratual, o que não se pode admitir.

A apelada alega que na cláusula intitulada "desmoronamento" há menção expressa de que tal evento deve ser contratado expressa e especificamente (fl. 312). Mas essa restrição, no entanto, não está inseria na cláusula constante do manual do segurado trazido aos autos pela apelante (fl. 55).

Ainda que assim não fosse, a indenização não poderia ser afastada.

Isto porque, embora a assinatura do contrato tenha ocorrido em novembro de 2015, o manual do segurado e a apólice só foram recebidos pela apelante em janeiro de 2016, mês em que ocorreu o sinistro.

Parece claro, portanto, que a empresa contratante foi impedida de ter

Acesso ao Sumário

ciência clara e inequívoca da (dita) cláusula restritiva de cobertura, à luz do conjunto de normas protetivas previstas no CDC.

Em caso análogo, já decidiu esta Câmara (em julgamento com a minha participação):

> "COBRANÇA DE SEGURO. Sinistro consistente em roubo do estabelecimento comercial segurado. Materiais de informática. Cláusula contratual que expressamente exclui da cobertura 'bens em trânsito, notebooks, lap-tops e similares'. Afastada a aplicabilidade da cláusula de exclusão de cobertura. 'Manual do Segurado' recebido pelo consumidor apenas após a celebração do negócio. Seguradora que não demonstrou que, nos termos do art. 46 do CDC, deu conhecimento prévio ao segurado das condições da apólice. Ademais, exige-se interpretação mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do CDC. No caso dos autos, não se tratam os bens subtraídos de 'bens em trânsito', mas de mercadoria posta à venda. Em se tratando de empresa atuante, justamente, no ramo de vendas de artigos de informática, interpretação diversa implicaria falta, pela seguradora, com seu dever de boa-fé objetiva, ao ofertar seguro evidentemente imprestável aos propósitos da autora. Consumidor pessoa jurídica. Irrelevância. Dever de lealdade que não está condicionado à eventual vulnerabilidade da parte contrária. Indenização, contudo, indevida, porquanto não demonstrado o prejuízo. Prova ao alcance do consumidor e de fácil produção. Não há qualquer elemento idôneo nos autos que permita a análise da extensão do dano, com a delimitação da indenização devida. Mantida a improcedência do pedido, ainda que por fundamento diverso. Recurso desprovido" (Ap. n° 0159212-68.2011.8.26.0100, rel. Ana Lucia Romanhole Martucci, j. em 1109/2014).

Quanto à causa do sinistro, o *expert* do juízo foi assertivo: "A causa que culminou com o sinistro foi a ocorrência de um movimento de massa (especificamente um deslizamento rotacional) do talude contíguo ao galpão industrial da empresa, resultando no desmoronamento, com consequente desabamento parcial da fábrica de propriedade da Autora" (fl. 1055).

Acesso ao Sumário

Nesse cenário, inafastável o dever de pagamento da indenização securitária. O valor, a seu turno, foi minuciosamente apurado pelo perito (fl. 1056):

1) R$ 630.831,49 (seiscentos e trinta mil, oitocentos e trinta e hum reais e quarenta e nove centavos) - para a regularização do processo produtivo da fábrica;

2) R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) - para a reconstrução do galpão atingido pelo desmoronamento.

Assim, considerando que o limite máximo de cobertura perfaz a quantia de R$ 21.000.000,00 (vinte e hum milhões de reais), de rigor a condenação da ré ao pagamento de R$ 5.430.831,49 (cinco milhões, quatrocentos e trinta mil,

oitocentos e trinta e hum reais e quarenta e nove centavos), com juros de mora a partir da citação e correção monetária contada da data do evento danoso.

A pretensão de indenização por lucros cessantes, por fim, não procede.

Não há comprovação da efetiva repercussão do evento na capacidade produtiva da recorrente.

Ainda que assim não fosse, a suposta paralisação da fábrica (devido ao desmoronamento) não decorreu de ato ilícito imputável à apelada, de modo que esta não pode ser responsabilizada por eventuais prejuízos da empresa no período.

Por tais razões, reforma-se a r. sentença e julga-se parcialmente procedente o pedido, nos termos da fundamentação supra, invertidos os ônus sucumbenciais (diante do sucumbimento mínimo da apelante).

Os honorários advocatícios sucumbenciais são fixados em 11% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §§3º e 11, do NCPC.

Diante do exposto, e para os fins explicitados, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1046646-47.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUCAS SANTOS DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CLARO S/A.

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 44.987)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARIA LÚCIA PIZZOTTI.

São Paulo, 2 de julho de 2021.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Prestação de serviços - Acesso à *Internet* - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica, com pleitos cumulados de indenização por danos morais e de antecipação de tutela de urgência - Demanda de pessoa natural em face de concessionária de serviço **público - Sentença de parcial procedência, excluído o pedido indenizatório por prejuízos morais - Recurso**

Acesso ao Sumário

do autor - Parcial reforma do julgado - Cabimento - Autor que nunca contratou qualquer tipo de serviço com a ré, mas foi por três vezes cobrado com emissão de faturas e ameaça de negativação do nome junto aos cadastros de maus pagadores - Reclamações administrativas não atendidas - Fatos incontroversos - Constrangimento, frustração e perda de tempo útil - Dano moral evidenciado - Indenização devida, com reflexo na distribuição da sucumbência. Apelo do autor provido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de recurso de apelação interposto em ação declaratória com pleitos cumulados de indenização por danos morais e de tutela antecipada de urgência, fundada em prestação de serviços de acesso à *Internet*, ajuizada por Lucas Santos de Oliveira em face de "Net Serviços de Comunicação S/A", onde proferida sentença que julgou parcialmente procedentes as pretensões deduzidas para confirmar a tutela antecipatória e declarar a inexistência da relação jurídica entre as partes. Sucumbência recíproca e igualitária, cada uma arcará com o pagamento de metade das custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios da adversa, fixados por apreciação equitativa em R$ 1.000,00.

Aduz o autor que o julgado merece parcial reforma à argumentação, em apertada síntese, de que o Juízo da causa deixou de enfocar a questão sob o prisma da perda do tempo útil e da teoria do desvio produtivo, já que perdeu cerca de 300 minutos tentando resolver administrativamente a problemática, mas não logrou sucesso, ao que teve que se socorrer do Poder Judiciário para ver seus direitos reconhecidos. Sustenta que, dessa forma, faz jus à indenização por danos morais, que sugere seja arbitrada em R$ 10.000,00.

Após contrarrazões, vieram os autos conclusos a este relator.

É o relatório.

O apelo comporta acolhimento, com a máxima vênia.

Resta incontroverso nos autos, até porque a ré deixou de recorrer da sentença em comento, que em abril de 2020 o autor foi surpreendido com a cobrança de uma fatura relativa a prestação de serviços de acesso à *Internet* no valor de R$ 62,99, referente ao mês de novembro de 2019, absolutamente desconhecida, pois jamais havia entabulado qualquer tipo de contratação com a ré.

Comprovou ter formulado reclamação administrativa junto à Ouvidoria da empresa por meio do Protocolo nº 078202522604635, ocasião em que informado no sentido de que havia 3 (três) faturas de cobrança em seu nome e que

Acesso ao Sumário

a pendência financeira estava sendo executada na cidade de Porto Alegre-RS, local em que nunca residiu. Demonstrou, ainda, ter sido alvo de ameaça de negativação do nome junto aos cadastros de maus pagadores - v. fls. 03 e 04.

Postulou, dessa forma, pela concessão de tutela antecipada de urgência visando fossem cessadas as indevidas cobranças, a declaração judicial de inexistência de relação jurídica entre as partes e, por fim, a condenação da ré no pagamento de indenização por prejuízos de ordem moral.

Assim colocados os fatos, torna-se de rigor observar que a concessionária é prestadora de serviços públicos e essenciais, responsável legal por sua disponibilização e pelo bom atendimento dos usuários.

A Lei nº 9.472/97 garante ao usuário dos serviços de telecomunicações o direito de acesso, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional, bem como à reparação dos danos causados por sua violação.

Isso sem falar no art. 6º, III e VI, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê o direito à informação clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de qualidade e quantidade, sob pena de ter seus prejuízos patrimoniais e morais reparados.

E a precariedade no desempenho da apelada é flagrante quando se constata que não encetou contratação com o autor, mas procedeu a indevidas cobranças mediante ameaça de negativação do nome e, ainda, deixou de conferir o devido atendimento ao consumidor, quando solicitado.

De tudo exsurge evidente o prejuízo de ordem moral, ínsito aos fatos, vez que notório o constrangimento e desgaste psicológicos por que passa a pessoa que é compelida a efetuar inúmeras reclamações sem ter o direito atendido, ser cobrada por serviço não prestado e, ainda, ver-se obrigada a se socorrer do Poder Judiciário a fim de restabelecer o *status quo ante*.

Dessa forma, levando-se em consideração o grau do prejuízo experimentado, as condições socioeconômicas das partes e, mormente, o caráter preventivo da penalização, arbitro a indenização por danos morais em R$ 10.000,00, a serem corrigidos monetariamente a partir da publicação deste Acórdão e acrescidos de juros moratórios legais contados da citação.

O resultado do recurso traz reflexo na distribuição da sucumbência, que é integral da ré, que arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação, já observado o disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, confiro provimento ao apelo do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002694-09.2019.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que são apelantes/apelados M.F.A. e R.F.A., são apelados/apelantes G.F. e R.F.A. (POR CURADOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.072)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA (Presidente sem voto), MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL e JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES.

São Paulo, 13 de julho de 2021.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Cerceamento de defesa. Inocorrência. Dilação probatória despicienda. Conjunto probatório sólido. Princípio do livre convencimento motivado. Persuasão racional. Pretendida nulidade do julgado que requer a identificação em concretude de prejuízo processual. Aplicação do adágio pas de nullité sans grief. Prejuízo não demonstrado. Prova postulada, ademais, que incumbe à própria parte. Preliminar rejeitada.

Alimentos. Pleito deduzido pela mãe (58 anos de idade, sob curatela) em face de dois filhos maiores. Sentença de procedência. Alimentos fixados em 1/3 do salário mínimo para cada descendente. Irresignação do alimentando. Desacolhimento. Os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Exegese do art. 229 da Constituição Federal. Obrigação alimentar que é recíproca entre pais e filhos e extensiva a todos os ascendentes (art. 1.696 do Cód. Civil). Dever de assistência material que emana do direito natural e da lei civil, bem como do princípio da solidariedade familiar. Alimentos considerados necessários ou naturais, restringindo-se ao estritamente indispensável para a mantença da vida digna do alimentado. Necessidade da genitora demonstrada e especialmente agravada por seu frá-

Acesso ao Sumário

gil estado de saúde (transtorno depressivo recorrente grave com sintomas psicóticos). Ponderação dos valores que circundam o Direito de Família, com especial predomínio do princípio da solidariedade. Arbitramento plausível.

Quantum alimentar. Binômio necessidade-possibilidade (art. 1.694, § 1º, do Código Civil) observado. Impossibilidade material do descendente não evidenciada. Arbitramento modesto e razoável que não onerará excessivamente os alimentantes, ainda que não possuam rendas expressivas. Majoração inviável, eis que indemonstrada a possibilidade econômica do provedor apta a suportar o encargo em maior extensão. Partilha do possível. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

VOTO

Da r. sentença que julgara parcialmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial, condenando os réus a pagarem, mensalmente, cada um, o valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente em favor da autora, a título de alimentos (fls. 241/245), apelam as partes (fls. 251/257 e 258/265) pugnando pela reforma do julgado.

Em suas razões recursais sustentam os requeridos, em síntese, que:

a) os alimentos deverão ser reduzidos para o valor equivalente a 15% do salário mínimo;

b) é operário/trabalhador junto à empresa S.G.T.C.L., sendo que aufere mensalmente rendimentos em valor inferior a R$ 2.000,00;

c) já está pagando mais do que as suas possibilidades financeiras de alimentos à apelada (R$ 313,50), inclusive comprometendo a sua própria subsistência;

d) o correquerido R.F.A. (seu irmão e filho da apelada), apesar de intimado, deixou de apresentar contestação e sequer comprovou que está prestando qualquer auxílio financeiro à genitora, a indicar que tanto a representante legal desta quanto aquele estão buscando o sustento integral da mãe em face de um único filho;

e) as alegações da apelada na inicial não restaram comprovadas, sendo que faltaram com a verdade, conforme assinalado na conclusão do estudo social de fls. 220;

f) permaneceu como curador da genitora pelo período de 02/07/2008 até 28/11/2016 e sempre promoveu o auxílio necessário e os cuidados indispensá-

Acesso ao Sumário

veis à saúde da apelada, dentre outros;

g) mesmo após a mudança da curatela, continuou auxiliando e prestando ajuda financeira na medida de suas possibilidades, havendo diversos recibos de depósitos efetuados diretamente na conta poupança da irmã/curadora e juntados aos autos;

h) o aluguel mensal no valor R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) deixou de compor a renda da apelada e sem qualquer justificativa por parte de sua representante legal, o que leva a crer que tal ocorreu por mero capricho;

i) a representante legal da apelada omitiu o auxílio mensal que a interditada recebe (bolsa família) no valor de R$ 91,00 (noventa e um reais);

j) vive em união estável, sendo certo que sua família é dependente para o sustento e provendo dos alimentos, medicamentos, lazeres e demais despesas hodiernas;

k) o sustento dos genitores é de responsabilidade de todos os filhos, deste modo não pode deixar de prestar auxílio a qualquer de seus descendentes e esposa ou priorizar um em detrimento dos demais, além do fato de que os alimentos devem ser fixados em quantidade que possa suportar;

l) o binômio necessidade de quem recebe x capacidade contributiva de quem paga os alimentos deverá ser observado. Requer o provimento do apelo (fls. 251/257).

A autora, a seu turno, argumenta que:

a) houve cerceamento do direito processual de defesa atrelado à produção de provas, razão pela qual a r. sentença deverá ser anulada;

b) há necessidade de exaurimento de todos os meios de provas de que dispõe e necessita, especialmente o depoimento do apelado, sua movimentação bancária e de cartões de crédito, além da oitiva de testemunhas;

c) a alimentanda conta atualmente com 57 anos de idade e é interditada devido a problemas psiquiátricos sérios (portadora de transtorno depressivo recorrente grave com sintomas psicóticos, condição que prejudica parcial e definitivamente sua capacidade de autogerir e administrar seus bens);

d) não possui rendimentos, sendo que todas as despesas de alimentação, moradia, vestuário, medicamentos, tratamentos médicos etc., têm sido custeadas pelos pequenos "bicos" efetuados por R. (sua representante legal) e com a ajuda do outro filho R.;

e) a curadora R. possui um filho de 04 (quatro) anos de idade, H.F.S., que convive na mesma residência e também depende dela;

f) os alimentos deveriam ter sido fixados em porcentagem sobre os rendimentos percebidos mensalmente pelo apelado, haja vista que possui emprego fixo e é assalariado;

Acesso ao Sumário

g) o recorrido não é o único responsável pelas despesas da casa, pois sua esposa também trabalha junto à P.M.M.;

h) mesmo após a fixação dos alimentos, o apelado não se dispôs a pagar nada à genitora, tampouco a perguntar se ela precisa de qualquer auxílio;

i) os alimentos devem ser majorados ao montante equivalente a 1/3 dos rendimentos auferidos pelo apelado. Pede o provimento (fls. 258/265).

Recursos isentos de preparo e respondidos (fls. 268/274 e 275/279).

O parecer ministerial é no sentido do desprovimento dos recursos (fls. 296/299).

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Da preliminar de cerceamento de defesa

De plano, afasta-se a preliminar de nulidade do julgado arguida pela recorrente G.F., porquanto não há, no caso em análise, prejuízo processual pela não produção de outras provas.

Com efeito, formada a convicção do ilustre Magistrado sentenciante pelo conjunto probatório existente, não é causa de nulidade o julgamento da lide sem as providências solicitadas.

Fosse como fosse, a avaliação acerca da necessidade de maior elasticidade probatória constitui faculdade do órgão julgador, dentro da persuasão racional, o que guarda harmonia com princípio do livre convencimento do Magistrado (artigos 370 e 371 do CPC).

Não há, pois, nenhuma nulidade a ser declarada.

Acresça-se que, para a caracterização do cerceamento de defesa, é necessária a identificação em concretude de prejuízo processual ao apelante, sem o qual se embaraça a imagem de nulidade da r. sentença.

A propósito, aclara FREDIE DIDIER JR, *verbis*:

> "A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. Não há nulidade processual sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo" (Curso de Direito Processual Civil, V. 1, 9ª ed, *Jus*PODIVM, 2007, p. 231).

Vigora, pois, o adágio no tom de que onde não há prejuízo, nulidade não há (*pas de nullité sans grief*).

Nesse quadrante, somente cabível a anulação da r. sentença com a correlata reabertura da instrução processual quando presente o binômio necessidade/pertinência na produção das provas requeridas.

Acesso ao Sumário

Por conseguinte, a supressão de diligências inúteis e desnecessárias que em nada contribuam para o deslinde do feito, não caracteriza cerceamento de defesa arguida, tampouco negativa de prestação jurisdicional, máxime diante do princípio constitucional da celeridade e da razoável duração processual (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Rechaça-se, pois, a aludida prejudicial de mérito.

Dos alimentos

Trata-se de ação de alimentos proposta pela genitora G.F. (58 anos de idade - fls. 11), enferma e interditada (fls. 18) em face dos dois filhos maiores.

Sobreveio a r. sentença de parcial procedência, a qual condenara cada qual dos requeridos a pagar à autora, a título de alimentos, o valor de 1/3 do salário mínimo em vigência (fls. 245).

Insurge-se o co-requerido M. em face do *quantum* arbitrado, negando a possibilidade de atendê-lo, com ênfase à capacidade da genitora de prover o sustento próprio e à impossibilidade de prestar-lhe auxílio material sem prejuízo de sua respectiva mantença.

Do dever de prestar alimentos

De plano, reconhece-se o direito dos pais de receberem pensão dos filhos em caso de necessidade, o que corresponde ao dever destes de prestá-la.

A propósito, o art. 229 da Constituição Federal, *verbis*:

> "Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

Importa marcar que a pensão alimentícia, em casos tais, decorre do dever de solidariedade e assistência material entre familiares, podendo ser exigida se comprovada a necessidade do alimentado e a possibilidade dos alimentantes.

Nesse percurso, incide o art. 1.696 do Código Civil, *verbis*:

> "Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros".

Diferentemente dos alimentos civis, que abrangem outras necessidades, os alimentos necessários ou naturais restringem-se ao estritamente indispensável para a mantença da vida digna do alimentado, ou seja, são destinados precipuamente à alimentação, medicamentos, vestuário, habitação, tratamento de saúde, dentre outras despesas essenciais.

Destarte, inexiste dúvida acerca da obrigação dos filhos de promover o sustento dos genitores, quando idosos e comprovadamente carentes de auxílio material.

A despeito da manutenção ou não dos vínculos afetivos, certa a exigência

Acesso ao Sumário

de ponderação dos valores que circundam o Direito de Família, com especial predomínio do princípio da solidariedade.

Desta forma, estreme de dúvidas que os filhos apresentam melhores condições de, na atualidade, proverem parte das necessidades da genitora enferma e interdita.

Da necessidade da alimentanda

No caso em apreço, malgrado o inconformismo do alimentante, as necessidades da autora restaram demonstradas, não havendo dúvidas de se trata de pessoa enferma e que passa por situação de grande dificuldade com sua filha/curadora R. (vide o estudo social de fls. 184/187).

De tal sorte, não há nada que sinalize na linha de teórica teratologia da r. sentença, a qual acertadamente reconhecera que as condições da autora lhe acarretam cuidados e despesas que demandam o auxílio material dos filhos, notadamente porque seu benefício de prestação continuada fora cassado (fls. 177/180).

Em que pese a combativa tese recursal, o fato de a genitora possuir um imóvel desocupado, o qual, inclusive, necessita de reformas para que seja destinado à locação, não descaracteriza, por si só, a propalada necessidade à percepção da verba alimentar.

A propósito, cravara a r. sentença apelada, *verbis*:

> "Quanto às necessidades da autora, o estudo social de fls. 184/187 afirmou que a mesma passa por situação de grande dificuldade com sua filha/curadora R., pois esta deixou o trabalho como técnica em enfermagem para se dedicar aos cuidados com a genitora, vez que não reúne condições de contratar terceiro para auxiliá-la com os cuidados.
>
> A assistente social também concluiu que é a filha/curadora R., juntamente com o réu R., que dispensam os cuidados básicos e necessários para amenizar o sofrimento da autora, sendo fundamental que o réu M. auxilie os irmãos na sua assistência, que tendo em vista que se apresentou física e psiquicamente doente, sem conseguir se locomover sem ajuda de terceiros.
>
> Além disso, o estudo relatou que seu benefício de prestação continuada foi cessado (fls. 177/180) e que o imóvel, situado na cidade de Macaubal-SP, encontra-se desocupado, pois necessita de reformas para poder ser alugado" (fls. 243).

Dentro dessa quadra, o balanço dos elementos de convicção amealhados permite aquilatar que a genitora efetivamente necessita do auxílio financeiro dos acionados para a mantença de uma vida digna, pelo tempo necessário ao completo restabelecimento de sua saúde, cujo lapso exato não é possível determinar ou estimar.

Do valor dos alimentos

No que concerne ao justo valor da verba alimentar, é cediço que o art.

Acesso ao Sumário

1.694, §1º, do Código Civil estabelece que "*Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*".

Sobre o assunto, aclara CLÓVIS BEVILAQUA, *in verbis*:

> "os alimentos são proporcionais às faculdades do fornecedor e às necessidades do alimentário. Como se prestam periodicamente, e não de uma só vez, desde que haja mudança na fortuna de um ou de outro, deve ser alterada a dívida alimentar. Se, por exemplo, o alimentante sofrer considerável depressão econômica, que o impossibilite de manter a pensão fixada, deve ser dele dispensado; se os seus bens apenas diminuíram, a pensão deve ser reduzida. Cabe-lhe o direito de requerer ao juiz a dispensa ou a redução" (Código civil comentado, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1954, vol. II, pág. 305).

Na lição de CAIO MÁRIO, *verbis*:

> "Necessidade. São devidos alimentos quando o parente que os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo trabalho, à própria mantença. Não importa a causa da incapacidade, seja ela devida à menoridade, ao fortuito, ao desperdício, aos maus negócios, à prodigalidade. (...)
>
> Possibilidade. Os alimentos devem ser prestados por aquele que os forneça sem desfalque do necessário ao próprio sustento. O alimentante os prestará sem desfalque do necessário ao próprio sustento. Não encontra amparo legal que a prestação de alimentos vá reduzi-lo a condições precárias, ou lhe imponha sacrifício de sua própria subsistência, quando aquele que se porá em risco de sacrificála se vier a dá-los. Se o alimentante não os puder fornecer na razão de seu próprio sustento, prestá-los-á dentro daqueles limites, cumprindo ao alimentado reclamar de outro parente a complementação.
>
> Proporcionalidade. Os alimentos hão de ter, na devida conta, as condições pessoais e sociais do alimentante e do alimentado. Vale dizer: serão fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Não tem cabida exigi-los além do que o credor precisa, pelo fato de ser o devedor dotado de altas posses; nem pode ser este compelido a prestá-los com sacrifício próprio ou da sua família, pelo fato de o reclamante os estimar muito alto, ou revelar necessidades maiores (§ do art. 1.964)". (*in* Instituições de Direito Civil, VI e V, Direito de Família Ed. Forense, p. 497/499).

Na peculiaridade dos autos, são dois os filhos alimentantes e os alimentos foram fixados no valor equivalente a 1/3 do salário mínimo para cada qual (1/5 de R$ 1.100,00 = R$ 366,66).

Inobstante bata-se o alimentando na tese de que a desproporção é evidente, com desequilíbrio e inobservância do binômio alimentar, tal valor afigura-se modesto, razoável e não causará grande impacto em seu orçamento, ainda que sua respectiva renda não se afigure expressiva.

Acesso ao Sumário

A referida verba, pois, deve bastar ao complemento do custeio das despesas essenciais da genitora, sem prejuízo do acionamento do Estado em caso de insuficiência da quantia, na forma do art. 14 da Lei nº 10.741/03, *verbis*:

> "Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social".

Nesse amplo contexto fático-probatório, não ressaem das razões recursais elementos seguros que justifiquem a redução ou a majoração do valor dos alimentos fixados na origem.

Trata-se, ao revés, de montante compatível com o trinômio legal necessidade/possibilidade/proporcionalidade, sendo suficiente para atendimento parcial das necessidades da alimentanda sem onerar em demasia os filhos alimentantes.

Acresça-se, por oportuno, do parecer ministeral, *verbis*:

> "Sabe-se que o valor fixado a título de pensão alimentícia deve observar proporcionalmente a necessidade da alimentanda e a possibilidade do apelante em fornecer os alimentos.
>
> As alegações do alimentante, como bem constatou o DD. Promotor de Justiça de primeiro grau, *são todas descabidas, sendo que ele chegou ao cúmulo de informar nos autos que auxilia uma enteada. Se faz isso, por que não ajudar a genitora*? (fls. 239). Acrescenta-se que a enteada deve ser sustentada pelos seus responsáveis, que têm o dever de criar, educar e dar assistência à filha menor.
>
> Ademais, a contribuição com a enteada é ato elogiável, aliás, tal despesa deve ser considerada uma liberalidade, incapaz de reduzir a sua responsabilidade com a genitora.
>
> A alimentanda não possui rendimento suficiente para a sua subsistência. É beneficiária de programa social do Governo Federal (R$ 91,00 por mês), quantia irrisória para fazer frente às suas necessidades.
>
> Não possui outra fonte de renda, pois restou demonstrado que o imóvel da alimentanda está desocupado, segundo afirmação do próprio alimentante.
>
> Por outro lado, a fixação dos alimentos em salário mínimo estabeleceu valor suficiente para a manutenção da alimentanda. A fixação nos rendimentos líquidos acaba por inviabilizar a sobrevivência do alimentante e também de sua família.
>
> Diante desse quadro fático, a obrigação alimentar fixada na r. sentença observa a proporcionalidade entre o binômio legal da possibilidade necessidade" (fls. 298/299).

Nesse conjunto de fatos, no interlúdio entre o cunho humanista do instituto e as peculiaridades da situação individual de cada parte, afigura-se justo o arbitramento da verba alimentar, tal e qual determinado.

Objetivamente inviável, por conseguinte, qualquer alteração no r. julgado

Acesso ao Sumário

de primeiro grau.

Por esses fundamentos, meu voto rejeita a preliminar suscitada e nega provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022181-71.2020.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANA MARIA DE CARVALHO TELLES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.031)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCOS GOZZO (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 13 de julho de 2021.

HÉLIO NOGUEIRA, Relator

Ementa: Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela de evidência c/c pedido de danos morais. Sentença de improcedência. Inconformismo. Instituições financeiras que não se submetem ao máximo de 12% a.a. em relação aos juros. Alegação de aplicação de taxa de juros maior que a contratada. Diferença representada pelo Custo Efetivo Total (CET). Custo total da operação de financiamento, cujo percentual fica acima da taxa de juros contratada. Tarifas administrativas. Tarifas de Avaliação do Veículo Usado Financiado e Registro Contrato-Órgão de Trânsito. Recurso Especial repetitivo nº 1.578.553/SP. Tarifa de Avaliação do Veículo Usado Financiado. Legalidade, desde que comprovada a prestação do serviço e não abusiva a cobrança. Abusividade da cobrança, por ausência de prova de que esse serviço foi efetivamente prestado ao consumidor. Termo de avaliação de veículo apresentado que não se presta à

Acesso ao Sumário

avaliação do estado e valor do automóvel financiado. Registro Contrato-Órgão de Trânsito. Ausência de prova da despesa do registro no DETRAN. Distinção entre registro de contrato e pré-gravame em relação a veículos. Restituição dos valores das rubricas devida, de forma simples. Quantias que deverão sofrer correção monetária desde o desembolso e acréscimo de juros moratórios desde a citação, restituídas ou decotadas por recálculo do contrato, em havendo obrigações vincendas. Sentença parcialmente reformada. Requerente que decai da maior parte de sua pretensão. Sucumbência mantida a seu cargo, conforme artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e da mesma forma em que lançada na r. sentença, anotada a justiça gratuita que lhe foi deferida. Recurso provido em parte.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível que objetiva a reforma da respeitável sentença de fls. 147/152, que, em ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela de evidência c/c pedido de danos morais, julgou improcedentes os pedidos. Em razão da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das despesas processuais, além de honorários advocatícios estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, quantia que está em consonância com os critérios do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, ressaltando-se que a parte é beneficiária da Assistência Judiciária gratuita.

A autora, não conformada com a decisão, apela (fls. 155/162).

Alega, em síntese, que a instituição financeira informou no contrato de financiamento uma taxa de juros de 1,75% a.m. e, por erro de cálculo, aplicou na realidade taxa de juros superior, de 1,85% a.m., consoante parecer econômico-financeiro que instruiu a inicial.

Argumenta que, como se pode observar, o Banco Apelado informou uma taxa de juros no contrato e na realidade aplicou outra bem maior, distanciando-se do conteúdo pactuado.

Assevera, no mais, que no tocante à obrigatoriedade da contratação de serviços como Tarifa de Avaliação do Bem e Registro de Contrato, ainda que haja o entendimento quanto a "validade da cobrança, em contratos bancários, de despesas com serviços prestados por terceiros, registro do contrato e/ou avaliação do bem", em virtude o REsp 1.578.553/SP, deve haver a demonstração da realização de tais serviços por parte da aludida instituição financeira a fim de

Acesso ao Sumário

que não haja lesão ao consumidor.

Pugna, assim, pelo integral provimento da apelação, para reformar a respeitável sentença, para que seja aplicada a taxa de juros realmente pactuada de 1,75% a.m., em detrimento da taxa apurada de 1,85% a.m., requerendo, ainda, o ressarcimento do valor pago em dobro das ilegalidades das cobranças apontadas, bem como seja o apelado, compelido a comprovar a realização de tais serviços, sob pena de indenização.

Em contrarrazões, a apelada postula seja negado provimento ao recurso e mantida na íntegra a r. sentença (fls. 166/172).

O recurso foi recebido no seu regular efeito.

É o relatório.

Incontroversa a relação contratual firmada entre as partes.

A autora, por entender que o contrato contém encargos abusivos, propôs a demanda em tela, pleiteando a sua revisão.

O juízo "a quo", contudo, julgou improcedente o pedido de revisão, motivo pelo qual a autora se insurge.

E com razão parcial no seu inconformismo.

Não se ignora que a relação estabelecida entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297 do STJ).

Todavia, a aplicação do regime de referido estatuto, por si só, não assegura a procedência dos pedidos formulados por quem é consumidor.

Observa-se, no caso, que a autora tinha conhecimento das regras contratuais expressas no instrumento de fls. 16/17, bem como do valor fixo das contraprestações, para as quais aderiu livre e de forma voluntária, sem que houvesse demonstração de qualquer vício de consentimento, não lhe sendo lícito sustentar nulidade ou ilegalidade do contrato, exceto em questões pontuais.

O contrato celebrado entre as partes, ainda que tenha natureza jurídica de adesão, é válido e, por si só, não gera nulidade.

Assim, para demonstrar a abusividade dos juros contratados é necessário que esteja efetivamente comprovado nos autos tal ilícito e o desequilíbrio contratual gerado ou o lucro excessivo, o que não ficou comprovado.

E quanto aos juros serem estabelecidos dentro dos limites gizados, as instituições financeiras não sofrem as restrições impostas pela Lei de Usura, a teor do enunciado na Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido mesmo, o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

"As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada pela Lei de Usura (Decreto 22.626/33, Súmula 596/STF). A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. (...)". (REsp. 1.061.530/RS, 2ª Seção. Rel. Ministra Nancy

Acesso ao Sumário

Andrighi, j. 22.10.2008).

À evidência, encargos significativos, mas, enquanto juros remuneratórios, de fixação livre, a Súmula 648 do STF definiu de modo cabal: "A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar", esta jamais editada.

Em relação aos parâmetros de razoabilidade dessa rubrica, que se apura na conferência do que vigente e praticado no mercado financeiro (referência se há abusividade ou não), no caso dos autos, os juros previstos foram fixados à taxa mensal de 1,75%, sendo a anual de 23,14%, que não malferem os praticados à época do negócio jurídico.

E não houve o desequilíbrio contratual, pois a taxa de juros pactuada não se mostra abusiva para a necessária intervenção judicial.

Neste ponto, repetindo trecho de voto no julgamento da Apelação nº 0018837-48.2011.8.26.0510, E. 22ª Câmara, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. em 29.05.2014, extrai-se em destaque excerto de voto da lavra do Nobre e Culto Desembargador Campos Mello, membro desta Colenda Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado:

"Ressalve-se que é possível, em certas circunstâncias, ser considerada abusiva a contratação que em muito ultrapasse a taxa média para operações similares. Por exemplo, já foi reconhecida a abusividade na contratação de juros remuneratórios aproximadamente 150% mais elevados do que a taxa média de mercado (Rec. Esp. 327.727/SP, 4ª T., Rel. Min. César Asfor Rocha, DJU 8.3.2004, p. 00166). O entendimento mais razoável é o que considera admissível o reconhecimento da abusividade em caso de taxa que comprovadamente discrepe de modo substancial da média de mercado e, mesmo assim, se tal elevação não for justificada pelo risco da operação, tal como já se decidiu naquela Corte (Rec. Esp. 407.097/RS, 2ª Seção, Rel. p. o acórdão Min. Ari Pargendler, DJU 29.9.2003, p. 00142). Mais recentemente, ao ser julgado na Segunda Seção o Recurso Especial 1.061.530/RS, em incidente de processo repetitivo, conforme a previsão do art. 543-C, §7º, do C.P.C., aquela Corte, à qual compete a padronização da interpretação do direito federal infraconstitucional, proclamou que só é possível o controle judicial quando se tratar de juros manifestamente abusivos e, assim mesmo, apenas em relação a contratos sujeitos ao regime da Lei 8.078/90, desde que tal abusividade esteja cabalmente demonstrada. Na ocasião, foram enumerados os diversos precedentes no mesmo sentido: Rec. Esp. 915.572/RS, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 10.3.2008, Rec. Esp. 939.242/RS AgRg-, 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 14.4.2008, Rec. Esp. 881.383/MS AgRg, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJU 27.8.2008, Rec. Esp. 1.041.086/RS AgRg, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves,

Acesso ao Sumário

DJU 1.9.2008, Rec. Esp. 1.036.857/RS, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, DJU 5.8.2008, Rec. Esp. 977.789/RS, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, DJU 20.6.2008, Rec. Esp. 1.036.818/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 20.6.2008". (Apelação nº 0000387-82.2012.8.26.0458, J. 06.12.2012).

Como se observa, não basta que os juros remuneratórios sejam superiores à taxa média de mercado para que se reconheça a sua abusividade (até porque o conceito de "taxa média" supõe que existam taxas acima dela e que compuseram o seu cálculo) - é necessário, em verdade, que a discrepância seja extrema, o que não é o caso.

De outro modo, e para que não fique a ideia de divergência entre os juros contratados com o Custo Efetivo Total (CET) aplicado, é imperioso ressaltar que este é um índice que, por força de Resolução do CMN nº 3.517/2007, deve estar obrigatoriamente previsto em todos os contratos bancários e discrimina o custo total da operação de financiamento, custo este que, não raro, não se limita aos juros remuneratórios, abrangendo outros valores (tais como tributos, tarifas e seguro).

Isso explica eventual discrepância entre a taxa prevista no contrato para os juros remuneratórios e o custo que, na prática, foi cobrado mês a mês do devedor no caso. Basta ver que o CET mensal previsto contratualmente foi de 1,75% e o anual previsto foi de 26,98% (fl. 16).

Desse modo, a mera discrepância entre os juros remuneratórios mensais e os anuais, ou mesmo entre àqueles e o CET não é enfoque pelo qual se identifica abusividade no contrato.

Portanto, não há irregularidades no contrato neste ponto, pois as taxas de juros aplicadas constaram expressamente do instrumento assinado e se encontram em conformidade à legislação aplicável.

Quanto às tarifas administrativas, a autora, na inicial, formulou pedido para que do valor do empréstimo fosse excluída a cobrança relativa à Tarifa de avaliação do bem R$ 550,00 e Registro de contrato R$ 116,09.

Quanto às tarifas de registro de contrato e avaliação do bem, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, de igual sorte em sede de recurso especial repetitivo (1.578.553/SP), fixou as seguintes teses:

"(...) 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto (...)".

Quanto à tarifa de registro de contrato (que não se confunde com o registro de pré-gravame por alienação fiduciária), identificada como "Registro de Contrato - Órgão de Trânsito (Res. 320 CONTRAN)" (item B.9 de fl. 16),

anota-se ser importante a distinção com o pré-gravame referido no artigo 1.361 do Código Civil, que em julgamento o Excelso Supremo Tribunal Federal firmou a constitucionalidade para o registro, mas com a compreensão de que para veículos basta o registro do contrato no DETRAN, que é a hipótese da tarifa questionada.

Porém, no caso dos autos, malgrado haja cópia do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo, no qual consta o nome da autora, com observação de alienação para a ré (fl.19), não há comprovação da despesa do registro do contrato no DETRAN, nem mesmo pela "tela sistêmica" reproduzida à fl. 79, pelo que deve haver a devolução dessa tarifa ao requerente.

No que diz respeito à Tarifa de Avaliação do Veículo Usado Financiado (R$ 550,00), embora o veículo financiado (e dado em garantia) seja um automóvel usado (que necessita de avaliação), o dado efetivo nos autos é o de que a ré não demonstrou que houve a realização da avaliação por terceiros para transferir esse custo à autora.

Sabidamente, o mercado como regra (e os órgãos de Estado, em particular) se vale de tabelas oficiais publicadas (Tabela FIPE, por exemplo) para estipular o valor dos veículos. Logo, se na particularidade do financiamento, a instituição financeira se serve de um avaliador específico, não pode deixar de produzir sua prova do custo para realizar o repasse ao cliente.

Assim, se a ré não trouxe a prova de que realizou essa despesa, ilícita a cobrança da Tarifa de Avaliação do Veículo Usado Financiado, sendo de rigor o seu decote, consignado que o termo de avaliação de veículo apresentado à fl. 75 não se presta à avaliação do estado e valor do automóvel financiado.

Desta forma, resta mesmo à autora, direito seu, ter restituída a importância da tarifa de avaliação de bens e registro de contrato.

A restituição do valor da Tarifa de Registro Contrato (R$ 116,09) e da Tarifa de Avaliação de Bem (R$ 550,00), deverá acontecer na forma simples e não em dobro como pretendido.

A interpretação que emana dos elementos extraídos do julgamento do EAREsp nº 676608/RS pela Corte Especial do E. STJ, ao que consta Acórdão ainda não publicado, ele versa diversas teses, que, embora imbricadas, no ponto com interesse aqui neste julgamento não permite traduzir, sede de revisional de contrato efetivamente firmado, que se estenda a ele a interpretação de que a repetição do indébito deva ser em dobro.

Confere-se em excertos publicados na mídia especializada, que a situação paradigma analisada no julgamento da Corte Superior diz respeito à devolução de valores cobrados por serviços de telefonia não contratados, onde, em relação à prescrição, firmou-se interpretação de que na hipótese há sujeição ao prazo prescricional de dez anos, conforme a norma geral prevista no artigo 205 do

Acesso ao Sumário

Código Civil.

E definiu-se, em relação a essa hipótese mesmo - serviço cobrado não contratado e não prestado e pago - que a restituição em dobro dos valores pagos indevidamente (orientação do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor), independe da motivação do agente que fez a cobrança, sendo suficiente conduta contrária à boa-fé objetiva.

Referida quantia deverá sofrer correção monetária desde o desembolso e acréscimo de juros moratórios desde a citação, restituída ou decotada por recálculo do contrato, em havendo obrigações vincendas.

Assim, reforma-se parcialmente a r. sentença, para que os pedidos sejam parcialmente procedentes, com a condenação da ré a devolver à autora os valores relativos à tarifa de registro e de avaliação de veículo.

E, como a requerente decaiu da maior parte de sua pretensão, inclusive levando-se em consideração o valor da causa, de R$ 14.969,64 (fl. 10), a sucumbência fica mantida a seu cargo, e da mesma forma em que lançada na r. sentença, nos termos do artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, por meu voto, dá-se provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033550-93.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante MR COSMOS LOCAÇÃO DE VEÍCULOS E MÁQUINAS LTDA. EPP, é apelado CRISTIANE GOUVEIA GUINDASTES ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50941)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MORAIS PUCCI (Presidente) e MELO BUENO.

São Paulo, 19 de julho de 2021.

ARTUR MARQUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CIVIL. LOCAÇÃO DE BEM MÓVEL. APRESENTAÇÃO DE DEFEITO. RESPONSABILIZAÇÃO DA LOCATÁRIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE USO INADEQUADO DO PRODUTO. PROVA PERICIAL INVIABILIZADA

PELO REPARO PREMATURO. PROVA TESTEMUNHAL INCONCLUSIVA. IMPROCEDÊNCIA QUE DECORRE DO DESCUMPRIMENTO DO ÔNUS PREVISTO NO ART. 373, I, CPC.

1. Forçoso concluir, pelo limitado conjunto probatório amealhado no curso da instrução, que a autora não logrou demonstrar que os danos causados ao equipamento locado decorreram de uso inadequado por parte da empresa requerida, daí a improcedência da ação pelo descumprimento do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito.

2. Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de ação de reparação de danos que **MR COSMOS LOCAÇÃO DE VEÍCULOS E MÁQUINAS LTDA. EPP** promove em face de **CRISTIANE GOUVEIA GUINDASTES ME**, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 392/397, cujo relatório se adota, condenada a autora ao pagamento das custas, despesas processuais, e verba honorária sucumbencial arbitrada em 14% sobre o valor atualizado da causa, observado o disposto no art. 98, §3º, CPC.

Inconformada, apela a autora. Alega que a apelada não é hipossuficiente técnica, aceitando por contrato a responsabilidade de reparar os danos que tenha causado ao equipamento locado, devendo ser salientado que "nenhuma queixa apresentou os dirigentes da recorrida, senão na fatídica sexta-feira, 12/12/2014, quando já se encontrava na posse e uso regular diário desse equipamento por exatos 131 dias, ou, 4 meses e 9 dias, considerando celebração contratual no dia 04/08/2014". Constata-se, pois, que caberia à empresa apelada ter laborado com "zelo e cuidados diários durante seu uso, de modo a configurar na espécie, equivocada o ônus probatório carreado pela r. sentença à empresa ora recorrente, se referido equipamento não estava sob sua posse, guarda, menos ainda, uso".

Processado o recurso sem preparo (a apelante é beneficiária da gratuidade judiciária) e com contrarrazões (fls. 411/421).

É o relatório.

2. Consta da peça vestibular que a autora, em 04/08/2014, locou para a requerida "o conjunto de Guindaste Hidráulico, marca Zoomlion ZMC, ano de fabricação 2012" mediante pagamento de aluguel mensal de R$22.000,00, realizando a entrega do equipamento "em bom estado de uso e conservação", conforme "atestado de capacidade técnica" expedido por empresa especializada em 27/03/2014. Afirma que, em 12/12/2014, tomou conhecimento de proble-

Acesso ao Sumário

mas no equipamento, deixado na cidade de Sumaré/SP, "defronte a Rua Aluízio Bernardo da Silva Júnior, 36, em local próximo Rodovia Anhanguera", sendo constatada "diversas avarias nos equipamentos, tais como: motor fundido (danos irreparáveis no virabrequim, camisas, anéis e pistões, bloco do motor), parte da lataria frontal e lateral amassadas, para-brisa frontal quebrado, farol dianteiro esquerdo quebrado, retrovisor dianteiro esquerdo quebrado, para-choque dianteiro quebrado, estribo danificado, amassamento na coluna da porta dianteira esquerda, obrigando a microempresa autora encaminhar o conjunto para reparos em assistência técnica especializada". Assevera que o equipamento ficou sem uso entre 12/12/2014 e 28/08/2015. Pretende, pois, ser ressarcida dos danos materiais experimentados, o que compreende os danos emergentes com o reparo do equipamento e os lucros cessantes no período em que não pôde ser utilizado em nova locação.

Na contestação, a requerida alega que o equipamento apresentou problema de superaquecimento, sendo orientada a estacioná-lo no local até a chegada de equipe de apoio. Ocorre que, "após alguns dias da devolução do equipamento, a requerida entrou em contato com a requerente para exigir um novo equipamento, quando foi surpreendida com a informação de que teria que pagar pelo conserto do outro guindaste, sob a alegação de que o seu operador havia fundido o motor do equipamento". Destarte, "tomou conhecimento que o equipamento acabou sendo levado à retifica RETIBRAS, na Av. São Judas Tadeu, 83 - Jardim São Judas Tadeu, em Sumaré/SP, sem reboque, ou seja, o equipamento foi deslocado de forma forçada por quase 5 km". Defende, pois, que os próprios mecânicos da autora fundiram o motor do veículo.

Tecidas as ponderações necessárias, verifica-se que as partes controvertem quanto as causas que ensejaram a necessidade de substituição do motor do veículo avariado, o que repercute na responsabilidade pela realização dos reparos, bem assim do período em que permaneceu inoperante.

Não havendo relação de consumo entre as partes, tampouco hipossuficiência técnica ou econômica a justificar a inversão do ônus da prova, resta que a lide, tal como assinalado por ocasião do despacho saneador, deve ser solucionada a partir das regras ordinárias do art. 373, do Código de processo civil.[1]

A dispensa da prova pericial em decisão saneadora não foi contestada pe-

Acesso ao Sumário

1 Cândido Rangel Dinamarco leciona que "fatos constitutivos, como o nome diz, dão vida a um direito antes inexistente. Têm relevância jurídica constitutiva os fatos a que a norma atribui a consequência de dar origem ao direito de que ela cuida. São ordinariamente considerados fatos constitutivos a celebração de um matrimônio, a prestação de um serviço, a realização de um mútuo, um ato ilícito e culposo seguido de dano a terceiro etc. São impeditivos os fatos ou circunstância anteriores ou simultâneos ao constitutivo, que lhe impedem a produção dos efeitos ordinariamente produziria (...) fatos extintivos têm a eficácia de provocar a morte dos direitos, pondo-lhes fim à existência quando eles realmente existissem. Tal é a eficácia do pagamento, da prescrição, da remição da dívida (...) modificativos são responsáveis por alterações objetivas ou subjetivas da relação jurídica substancial, como a novação ou a cessão de crédito, sem ressalva". (*Instituições de Dir. Proc. Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002. Vol II. nº 524)

las partes, devendo ser aceito como incontroverso[2] o argumento de que o reparo no equipamento avariado inviabiliza a possibilidade de realização da prova de forma indireta, o que haverá de repercutir de forma decisiva no desate da causa.

Afinal, a prova testemunhal pouco elucidou sobre a dinâmica fática relacionada ao evento em que constatado o vício, sendo certo que os agentes da autora alegam que, rompendo uma mangueira de óleo durante o uso, permaneceu o condutor operando equipamento por longo período, o que teria fundido o motor do equipamento; a requerida, por sua, vez, alega que o problema constatado era apenas de superaquecimento, sendo que o travamento do motor somente poderia ocorrer em razão de os agentes da autora terem conduzido o equipamento avariado em funcionamento até a empresa de retifica, percorrendo longo trajeto.

A prova documental, por fim, além dos termos contratuais, é centrada basicamente no atestado de inspeção do veículo que, como expressado pelo magistrado "a quo", não se encontrava em vigor quando da celebração do negócio jurídico.

Ademais, ainda estivesse o atestado dentro do período de certificação, por certo persistiria a dúvida de o dano decorreu ou não de uso inadequado, pois cabia à autora a realização da manutenção do equipamento, de sorte que os vícios decorrentes de desgastes naturais eram de sua responsabilidade.

Forçoso concluir que, pelo limitado conjunto probatório amealhado no curso da instrução, a autora não logrou demonstrar que os danos causados ao equipamento locado decorreram de uso inadequado por parte da empresa requerida, daí a improcedência da ação pelo descumprimento do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito.

Fernando Gajardoni[3], sobre o tema, leciona:

> Não sem razão, Bentham acentuava que a arte do processo não é em substância senão a arte de produzir as provas ... As proposições de fatos, como descritivas de uma suposta realidade, episódios da vida (Lebensvorgang), são apofânticas, podendo ser verdadeiras ou falsas, sendo as provas o pendor da ocorrência da "fatia da vida", tranches de vida, judicializada. Não raramente, por diversas razões, falha-se em tal arte de proceder, não se aportando para o processo as provas necessárias

2 Cândido Rangel Dinamarco esclarece que "*questão significa ponto controvertido de fato ou de direito (Carnelutti). Toda demanda deve apoiar-se sobre determinados pontos, que são os fundamentos necessariamente presentes (causa de pedir). Também o réu, ao defender-se, suscita pontos, ou seja, ele arrola os fundamentos de sua resistência à pretensão do autor. Na medida de sua relevância para o julgamento, todos esses pontos serão apreciados na sentença - e nesse exame consiste a motivação. Os pontos sobre os quais as partes não controvertem permanecem como pontos mesmo e, quando se trata de alegação de fato, a lei os dispensa de prova (art. 334, inc. III): tais são os pontos incontroversos ou, como se diz na linguagem comum, pontos pacíficos. A controvérsia entre as partes sobre um ponto erige-o em questão - e daí ser esta conceituada como dúvida em torno de um ponto de fato ou de direito ou, como também se diz, ponto controvertido de fato ou de direito*" (*Instituição de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002. Vol. II. Nº 483).

3 Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015: vol. 2 São Paulo: MÉTODO, 2018.

Acesso ao Sumário

> ao julgamento. Ainda assim, o juiz é obrigado a se pronunciar em todo caso, mesmo que não tenha formado sua convicção (...). Surge então o ônus da prova como critério normativo para decisão, na hipótese em que as provas faltem para o julgamento. O ônus da prova enucleia uma regra de juízo que visa estabelecer a resposta que será dada ao processo, na situação em que não aportaram provas a permitir o julgamento pelo juiz: "(...) é uma necessidade evidente que a lei tenha algum dispositivo acerca do que deve ser feito quando, entre duas partes e com referência a uma específica norma do direito, não for estabelecida a aplicabilidade ou não da pertinente 'consequência jurídica' (...)". Aliás, cientes de tal regra de resolução para tratamento da anemia probatória, as partes ordenam sua conduta processual, especificamente pautam sua atuação probatória. Em tal perspectiva, pode-se dizer que o ônus da prova é a espinha dorsal do processo civil.

Improvido o recurso, eleva-se a verba honorária sucumbencial para 15% sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 85, §11, CPC, observado o disposto no art. 98, §3º, CPC.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004523-72.2016.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante SUPERMERCADO IRMÃOS LOPES S.A., são apelados ANDERSON PEREIRA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e B.R.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 29864)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

MILTON CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação de indenização por danos morais. Abordagem truculenta realizada em supermercado. Seguranças que equivocadamente acusam o autor de furto de mercadoria, desferindo socos que acabam por lesionar o autor e

sua filha, coautora. Situação vexatória ocorrida na presença de outros clientes. Ilicitude do ato configurada. Lesões corporais devidamente comprovadas. Dano moral caracterizado. Quantum indenizatório reduzido para R$10.000,00 para cada autor, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Acolhimento do pedido da parte de alteração dos juros moratórios e correção monetária no caso. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais, julgada parcialmente procedente pela respeitável sentença de fls. 355/365, integrada por fls. 370, cujo relatório se adota, para condenar o réu ao pagamento de R$20.000,00 a cada autor, a título de danos morais, atualizado pela tabela prática do Tribunal a partir da sentença e acrescido de juros de mora legais desde a citação, bem como a arcar com as custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação. Na mesma ocasião, foi julgada procedente a denunciação da lide para condenar os denunciados solidariamente ao pagamento do valor da condenação, restando também solidariamente condenados nas verbas sucumbenciais, com honorários arbitrados em 15% da condenação.

Inconformado, ***apela o réu*** sustentando que a condenação foi exarada sem a devida observância do contexto probatório; que a demora dos apelados em ajuizar a demanda prejudicou o contraditório; que a abordagem do segurança foi realizada dentro dos padrões da normalidade, não configurando ato ilícito, mas sim exercício regular de direito; que não há elemento nos autos que permita concluir que as agressões partiram do seu preposto, não havendo que se falar na suposta abordagem truculenta; que as imputações que constam da inicial são inverídicas; que a informante ouvida em juízo se limitou a informar que não se recorda de fatos desfavoráveis aos autores; que as lesões na apelada menor não são de sua responsabilidade, pois configuram culpa exclusiva do consumidor, uma vez que cabe aos pais a vigilância de seus filhos; que a situação não ensejou abalo moral indenizável; que o valor da indenização indicado na sentença é exagerado, devendo ser reduzido a um patamar razoável; e que a condenação deve ser atualizada pela SELIC a partir da citação, taxa esta que já inclui também os juros de mora, vedada cumulação (fls. 371/384).

Houve resposta (fls. 390/397).

É como relato.

O apelo comporta parcial provimento.

Consta da inicial que, em 05/01/2014, os autores (pai e filha) e demais

Acesso ao Sumário

membros da família (mãe e segunda filha) estiveram no supermercado réu para fazer compras. Narram que, depois de realizado o pagamento, perceberam que um dos produtos (fardo de cerveja) apresentava defeito (latas vazias e estouradas), sendo o autor Anderson orientado pela funcionária do caixa a trocar o item defeituoso. Efetivada a troca, o autor foi autorizado a passar por fora do caixa, pois o produto já estava pago. Porém, ao sair do estabelecimento, foi abordado por seguranças do réu que, acusando-o de furto, passaram a desferir socos, que causaram lesões nos autores. Diante do exposto, pediram o pagamento de indenização por danos morais no valor de R$220.000,00.

O pedido foi julgado parcialmente procedente nos termos mencionados e, em que pese o entendimento do douto Juízo* a quo*, a respeitável sentença merece reparos.

Restou incontroverso que o autor foi abordado pelo segurança do supermercado réu, sob acusação de furto de mercadorias. As questões que remanescem controvertidas com o recurso apresentado pelo réu se relacionam à efetiva dinâmica dos fatos (quem deu causa ao evento) e consequente extensão e distribuição das lesões dele provenientes.

E, no presente caso, em que pesem as alegações do réu, os fatos narrados não configuraram mero exercício regular de direito, mas sim ato ilícito, apto a configurar abalo de ordem moral.

A informante Simone Ramos dos Santos declarou que *Estava no supermercado no dia 5 de janeiro de 2014 para fazer uma compra. Estávamos eu, Anderson e minhas duas filhas. Quando passamos no caixa, vimos que a cerveja estava estourada. Mas a caixa cobrou a cerveja e pediu para o Anderson voltar e trocar. Ele foi até o centro da loja trocar, sendo que a funcionária disse que poderia trocar e não precisaria voltar ao caixa. Quando realizou a troca, veio o segurança agredindo o Anderson, falando que ele tinha roubado. Ele estava com minha filha, que caiu e se machucou. [Os fatos ocorreram] dentro do supermercado, do lado da entrada (...). Dois [seguranças, que estavam dentro do mercado, agrediram os autores]. Não [viu o senhor Anderson esboçar reação], estavam preocupados em socorrer a filha, que era novinha e estava machucada. [Os dois seguranças] agiram direto com força, sem perguntar o que estava acontecendo ou onde estaria a nota fiscal. Foram agredindo automaticamente. [Os socos foram desferidos] no rosto e no olho de Anderson, na Beatriz foram na cabeça, pescoço e braço. Não [foi prestado qualquer tipo de socorro]. Sim [os dois tinham uniforme de segurança]. Essa parte do extintor eu não vi, porque automaticamente fui socorrer minha filha, e o Anderson também. Não [houve troca de socos], [Anderson] só recebeu, foram duas pessoas contra uma e uma criança, pessoal que estava na frente do mercado foi socorrer minha filha e o Anderson. Ela [filha] estava com o Anderson, do lado do Anderson. Dentro do carrinho, na parte onde fica o bebê. Quando ele pegou a cerveja e colocou*

Acesso ao Sumário

no carrinho, o cara já veio agredindo ele, virando o carrinho. Por ela ter caído no carrinho, ela machucou pescoço, cabeça, braço. Sim [a briga acabou ocasionando na queda do carrinho, onde estava a filha]. Não [houve agressão do segurança direto na menor], soco nela não. Mas por ele ter empurrado o carrinho, pra ele agredir, terminar de agredir o Anderson, supostamente ele foi culpado (mídia acostada aos autos).

Apesar de ouvida na condição de informante por ser esposa do autor, inexiste qualquer elemento concreto que permita desclassificar o seu depoimento, tendo em vista que presenciou o acontecimento e foi devidamente compromissada a dizer a verdade pelo Juízo da causa (fls. 355).

Com efeito, o robusto substrato probatório trazido com a inicial (fls. 18/35), aliado à condição de consumidores dos apelados e ao depoimento prestado, confere maior prestígio à versão autoral do que àquela apresentada pelo réu.

A nota fiscal de fls. 18 atesta a compra do produto que ensejou a discussão. O boletim de fls. 21/24 traz a descrição dos fatos pelo autor e pelos funcionários do réu. E os documentos de fls. 25/35 demonstram as lesões corporais sofridas em razão do evento.

Pois bem.

A versão defendida pelo réu, de que a conduta do autor que teria dado causa à briga, inclusive com troca de socos e arremesso de um extintor de incêndio, restou isolada nos autos. Isso porque tal dinâmica consta apenas do boletim de ocorrência de fls. 21/24, sem qualquer espécie de reiteração na fase processual.

E nem se alegue que o decurso de tempo entre os fatos e a propositura impediu o exercício do contraditório, pois, apesar de prejudicada a juntada das gravações, ainda assim seria perfeitamente possível que o réu pedisse a oitiva dos funcionários envolvidos no incidente (operadora de caixa Ana Paula - fls. 18; Jefferson, Valter e Natanael - fls. 22/24), algo que decerto não fez ao protestar por provas.

A alegação de que a abordagem teria se dado apenas por um segurança, auxiliado por terceiro que teria tentado apaziguar os ânimos, também não comporta guarida. Isso porque, segundo consta do próprio boletim de ocorrência, ambos seriam funcionários do réu, tendo declinado o mesmo endereço e telefone do estabelecimento em suas qualificações, caindo por terra referida tese.

Ademais, ainda que admitida a versão apresentada por aquele que expressamente se identificou como segurança, assim também reconhecido pelo apelante, o desfecho da lide permaneceria o mesmo. Isso porque sua atitude, de contar com a intervenção do outro funcionário e partir para a agressão, mostra-se flagrantemente desproporcional à conduta imputada ao autor, de ostentar a nota fiscal depois de questionado sobre o pagamento do produto.

Acesso ao Sumário

As genéricas impugnações acerca das lesões também não prosperam. Os apelados buscaram ajuda médica em intervalo compatível com os fatos narrados (fls. 31/32), com posterior confecção de laudos periciais lavrados pelo instituto médico-legal atestando a ocorrência de lesões corporais de natureza leve (fls. 33/35), inexistindo qualquer indício probatório trazido pelo apelante capaz de infirmar tais provas.

Assim, como bem decidiu o douto Juízo *a quo*, restou amplamente demonstrada a abusividade e ilicitude da conduta dos funcionários do réu, assim como as lesões sofridas pelos autores. Nas palavras do ilustre magistrado singular:

> *Não há dúvida das agressões sofridas pelo autor, consoante fotografia de fls. 25, que demonstra hematoma na face e laudo médico, às fls. 35, que aponta a existência de lesão corporal leve. Ademais, apresentou receita médica (fls. 32) e demonstrou que houve lesão também à coautora, conforme fotografias, fls. 26/27, receituário (fls. 31) e laudo médico (fls. 34).*
>
> *Os documentos colacionados à inicial (boletim de ocorrência, com descrição contemporânea dos fatos; fotografias e laudos médicos) são suficientes a amparar a versão apresentada na inicial. Mais não seria possível exigir do autor, mormente em razão de sua condição de consumidor, parte hipossuficiente, bem como em razão da inversão probatória operada. Da ré seria exigível que armazenasse as imagens internas do sistema de segurança, a fim de resguardar-se de eventual imputação, oportunidade em que seria possível aferir se, de fato, como sustenta, teria sido o autor o responsável pelo início das agressões. Todavia, não há um único documento a respaldar a versão apresentada pela ré.*
>
> *A única testemunha ouvida em juízo foi a esposa do autor que reiterou a versão apresentada no boletim de ocorrência, ao afirmar que, sem ao menos exigir o comprovante fiscal, o funcionário da ré começou a proferir socos no autor, que estava com a criança no carrinho de compras no supermercado, o que fez com que o objeto tombasse no chão, provocando lesões também na autora.*
>
> *Assim, não bastasse tratar-se de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, como já dito, não seria mesmo crível que o autor, correto em relação a compra no estabelecimento da ré, iniciasse o entrevero, mormente porque o segurança confirmou em sua versão que abordou o autor com os produtos do supermercado. Neste momento, é natural que o autor negasse qualquer irregularidade - de resto inexistente - o que não impediu a abordagem truculenta e despreparada dos prepostos da ré.*
>
> *Desta forma, diante da incontroversa responsabilidade do réu pelos danos causados à autora, de rigor a condenação ao pagamento de indeni-*

Acesso ao Sumário

zação a título de danos morais. (fls. 360/361) (grifo não original).

É certo que a vida moderna impõe uma série de aborrecimentos no dia a dia das pessoas sem que isso motive apoio para indenização. Contudo, pelo que restou incontroverso nos autos, tem-se que a atuação dos funcionários do réu ultrapassou esse limite aceitável, sendo evidente o nexo causal e, consequentemente, o ilícito a sustentar a indenização.

Assim sendo, os danos morais restaram devidamente caracterizados ante a situação vexatória vivenciada pelos autores, somada às agressões sofridas, capazes de provocar verdadeiro abalo psíquico a ensejar reparação.

No entanto, a quantia indenizatória deve ser estabelecida em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, considere sua natureza punitiva e compensatória. A primeira, como uma sanção imposta ao ofensor, por meio da diminuição de seu patrimônio. A segunda, para que o ressarcimento traga uma satisfação que atenue o dano havido.

Não há que se falar em indenização inexpressiva, pífia, que gera a impunidade e o descaso nas relações civis, no que diz respeito ao causador do fato, nem em exorbitância que acarreta o enriquecimento sem causa, no que diz respeito ao ofendido.

E levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, mais precisamente o grau de culpa do réu que, por meio de seus funcionários, causou danos à honra, à integridade física e à imagem dos consumidores, sopesadas essas realidades e valendo-se dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, suficiente para compensar o sofrimento dos autores e punir o réu, deve ser reduzido ao montante de **R$10.000,00** para cada autor, totalizando R$20.000,00.

Nesse sentido, em casos análogos:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Estabelecimento comercial - Abordagem de cliente por agentes de segurança na saída de supermercado - Emprego de violência - Lesões corporais - Ação de indenização por danos morais *- Sentença de improcedência - Apelo do autor - Determinação, na decisão saneadora, para o réu exibir as gravações internas do dia do fato - Ausência de exibição e de apresentação de justificativa - Decisão, ademais, não impugnada e atingida pela preclusão - Admissão como verdadeiros dos fatos que por meio das gravações o autor pretendia provar -* ***Ação procedente - Lesões corporais comprovadas - Ato ilícito e dano moral caracterizados - Indenização exigível*** *- Apelação provida.* **(TJSP; Apelação Cível nº 1002158-73.2019.8.26.0348; Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan; 29ª Câmara de Direito Privado; j. 12/05/2021)** (realces não originais)

Apelação. Ação de indenização por danos morais. Revista em supermercado por suspeita de furto *de filtro de café. Sentença de procedência.*

Acesso ao Sumário

Consumidora abordada por funcionária do mercado (de propriedade de sua família) após efetuar o pagamento de suas compras. Consumidora constrangida a exibir o conteúdo de sua bolsa. Não comprovado que a autora tenha pego algum objeto do mercado e colocado em sua bolsa. Não arrolada como testemunha a cliente que teria avisado a funcionária sobre a autora ter colocado na bolsa um filtro de café de plástico. Não apresentadas as imagens das câmaras do dia dos fatos. Constrangimento indevido. Revista pessoal e exibição de conteúdo de bolsa em caso de suspeita de furto que podem ser feitos e exigidos apenas por autoridade policial e não por seguranças particulares ou funcionários do supermercado. Consumidora que registrou boletim de ocorrência. ***Estado emocional de aflição, tristeza e indignação da autora que restaram comprovados. Dano moral configurado e mantido no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais).*** *Honorários majorados. RECURSO DESPROVIDO.* **(TJSP; Apelação Cível nº 1057805-47.2017.8.26.0114; Rel. L. G. Costa Wagner; 34ª Câmara de Direito Privado; j. 31/03/2021)** (realces não originais)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AUTORA QUE FOI ACUSADA POR FUNCIONÁRIOS DA LOJA DA RÉ, UM SUPERMERCADO, DE TER FURTADO UM PACOTE DE BALAS*** *- AUTORA ABORDADA NO CORREDOR DE SHOPPING, NO QUAL SE LOCALIZA A LOJA DA RÉ, E LEVADA POR SEGURANÇAS A UM ESPAÇO RESERVADO - RÉ QUE CONSTATOU QUE NADA FOI FURTADO PELA AUTORA - CONSTRANGIMENTO EVIDENTE - FATOS NARRADOS NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO NÃO IMPUGNADOS PELA RÉ, QUE SÓ CONTESTOU A AÇÃO CAUTELAR ANTECEDENTE QUE FOI PROPOSTA PARA PRESERVAÇÃO DAS IMAGENS INTERNAS DO LOCAL - RÉ QUE FOI DEVIDAMENTE INTIMADA DE QUE DEVERIA APRESENTAR CONTESTAÇÃO À AÇÃO PRINCIPAL, SOB PENA DE REVELIA -* ***VALOR FIXADO PELO MAGISTRADO QUE, ENTRETANTO, MERECE REDUÇÃO, PARA QUE FIQUE EM CONSONÂNCIA COM O QUE ESTA CÂMARA TEM FIXADO EM CASOS SEMELHANTES - MONTANTE REDUZIDO DE R$ 15.000,00 PARA R$ 8.000,00*** *- SENTENÇA PARCIALMENTE ALTERADA. Recurso parcialmente provido*. **(TJSP; Apelação Cível nº 1037252-24.2017.8.26.0002; Rel. Jayme Queiroz Lopes; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 26/02/2021)** (realces não originais).

Por fim, comporta acolhimento o pedido da parte acerca da aplicação da taxa SELIC para correção monetária e juros moratórios, vedada a cumulação por já abarcar ambos os institutos.

Por tais razões, ***dá-se parcial provimento*** ao recurso do réu para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$10.000,00 para cada autor, totali-

Acesso ao Sumário

zando R$20.000,00, a ser corrigida pela taxa SELIC a partir da citação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027774-30.2020.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante SANTO COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS LTDA., é apelado SANDRA CRISTINA PEREZ (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.433)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE e ENÉAS COSTA GARCIA.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Indevida abordagem de consumidora na saída do estabelecimento, pelo seu segurança. Exposição à situação que constituiu mais que mero transtorno. Prova suficiente da ocorrência. Dano moral existente. Indenização devida e bem arbitrada. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 61/62) que julgou parcialmente procedente a ação, para o fim de condenar a ré ao pagamento de indenização moral, arbitrada no valor de R$ 5.000,00, bem assim dos ônus de sucumbência, fixados honorários de 10% do valor da condenação. Sustenta a ré, em sua irresignação, que havido cerceamento de defesa, não produzida a prova oral requerida. Aduz que, no dia dos fatos, foi identificada movimentação suspeita da autora, a qual foi educadamente abordada e questionada sobre possível esquecimento dos chinelos em sua bolsa. Afirma que, explicado o ocorrido, tendo a autora apenas guardado uma bolsinha escura, e após nova consulta às imagens, os funcionários e o gerente imediatamente se desculparam, o que não foi aceito pela autora e por seu marido. Nega que a autora tenha sido exposta a vexame ou abordada em voz alta diante de outros clientes, tendo o

Acesso ao Sumário

questionamento se realizado em sala própria. Aponta que a própria autora reconheceu que pegou a bolsa para dela tirar seus óculos, o que confirma a plausibilidade da suspeita. Alega que a abordagem, por si só, não implica violação à honra ou à privacidade, bem assim que ao estabelecimento comercial é autorizado zelar por seu patrimônio e segurança. Questiona a força probatória do Boletim de Ocorrência juntado, bem como a ausência de prova de abusividade no seu agir. Assevera que, a despeito do aborrecimento havido, ele não é suficiente para configurar o dano moral, sob pena de sua banalização. Aponta que, tendo a autora requerido danos morais de R$ 70.000,00, ela sucumbiu na maior parte, pelo que os ônus de sucumbência devem ser impostos unicamente a ela.

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 103/110).

É o relatório.

O recurso não merece acolhida.

A autora narra ser cliente do supermercado réu, tendo ali comparecido, no dia 30/07/2020, para realizar suas compras. Diz que, em determinado momento, diante de um par de chinelos, retirou de sua bolsa os óculos para enxergar os preços e modelos. Escolhidos os chinelos, a autora explica que prosseguiu em suas compras e, após passar pelo caixa, foi abordada por seguranças, que a acusaram de *esquecer* um par de chinelos dentro da bolsa.

Depois, afirma que foi levada a uma sala, na qual foi constrangida a abrir a bolsa, até que, com a chegada do gerente, que conferiu novamente as gravações de segurança, se verificou o equívoco e os presentes se desculparam. Aponta que todo o ocorrido foi presenciado por outros clientes e funcionários, pelo que lavrou Boletim de Ocorrência (fls. 18/19) e, depois, ajuizou a presente ação, requerendo a condenação do réu ao pagamento dos danos morais.

O réu, na contestação, não nega a abordagem, posto apresente diferente versão aos fatos. Afirma que, identificada atividade suspeita por parte da autora, de colocar um objeto escuro na bolsa, ela foi acompanhada em suas compras e, após o pagamento, foi questionada, de forma educada e respeitosa, se teria porventura esquecido algum objeto na bolsa. Afirma ter a autora explicado que colocou apenas uma bolsinha escura na bolsa e que a informação foi confirmada, após nova checagem das gravações, então com imediato pedido de desculpas dos funcionários. Aponta, também, que não houve qualquer situação vexatória à demandante, assim na frente de terceiros, pois todo o ocorrido se deu em sala privada.

Acesso ao Sumário

Pois, nesse contexto, acertada a condenação do réu ao pagamento da indenização. E isso, desde já se anote, sem qualquer cerceamento a reconhecer.

Certo que é ao juiz, como destinatário das provas, que incumbe aquilatar a necessidade e pertinência das provas especificadas, voltadas à formação de seu convencimento. É oportuno lembrar que "*a prova tem como objeto os fatos*

deduzidos pelas partes, tem como finalidade a formação da convicção em torno desses fatos e como destinatário o juiz, visto que ele é que deve ser convencido da verdade dos fatos já que ele é que vai dar solução ao litígio" (**Jurid XP, 21ª Ed., Comentário ao art. 332 do Código de Processo Civil**). E é por isso que o Colendo Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem assentado que "*o Juiz é o destinatário da prova e a ele cabe selecionar aquelas necessárias à formação de seu convencimento.*" (**REsp** nº 431058/MA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 23.10.06).

Nesse contexto, posto as provas dos autos não permitam, com exatidão, saber as palavras precisamente utilizadas e dirigidas à autora, ou se os seguranças da ré a constrangeram a abrir sua bolsa, e diante de terceiros, fato é que os demais elementos da versão narrada pela própria ré, por si só, já permitem entrever a configuração do ato ilícito.

Afinal, incontroversa a abordagem, a ré reconheceu que ela se deu de modo equivocado. Posto aduza que, no início, havia uma suspeita de ocultação de objetos dentro da bolsa, a própria ré reconhece que, após nova checagem das imagens, constatou-se que nenhum furto ocorreu. Tal o que já configura um primeiro equívoco no agir dos prepostos da ré, que não analisaram, no primeiro momento, as gravações do local com a devida atenção. Se o tivessem feito, verificariam que a autora estava tão somente - e o que é bastante corriqueiro - retirando e depois guardando os óculos na bolsa, o que se constatou na segunda análise, mais atenta.

Depois, de se anotar que a autora efetivamente adquiriu o par de chinelos, o que colhe da nota fiscal juntada (fls. 17)). Vê-se do documento que foi realizada uma compra doméstica expressiva, de diversos itens, totalizando mais de trezentos reais. Ou seja, o contexto todo também não indicava qualquer potencial ocorrência de furto, o que no mínimo demandava maior cuidado da ré. Bastava aos seguranças, havida qualquer dúvida na saída do caixa, indagar a ré e conferir a nota fiscal, na qual expressamente consta a aquisição do produto. Não lhes cabia, evidentemente, levar a ré a uma sala privada, para inquiri-la, em situação, por si, de claro constrangimento.

Certo não se negar o direito de o estabelecimento checar as aquisições e de se assegurar contra a ocorrência de crimes. Mas, nas circunstâncias do caso, não cabia a abordagem tal como efetuada, sem o devido cuidado, como se viu.

Quanto ao Boletim de Ocorrência lavrado (fls. 18/19), de um lado não se pode presumir que a pessoa compareça perante a autoridade policial para comunicar fato incorrido, portanto cometendo falsidade. De outro, no caso a iniciativa coaduna-se com os antecedentes narrados, já descritos e em boa medida reconhecidos, insiste-se, pela própria demandada.

Daí que, por tudo isso, mais que mero dissabor, havida real afronta a di-

Acesso ao Sumário

reito essencial da autora, a justificar o dano moral a ser indenizado.

Nessa senda, ainda a tanto não se reduza, em sua mais ampla acepção (*v.g.* **Anderson Shreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 118-119**), para o caso em tela importa a compreensão do dano moral como qualquer violação a direitos que têm seu valor fonte na dignidade humana. Ou seja, os direitos chamados da personalidade. E porque objeto de especial proteção, tem-se que o dano já esteja na própria conduta de violação. Daí dizer-se que o dano moral seja ou esteja "*in re ipsa*".

Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes (***Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 130**), o dano moral há de ser reconduzido, diretamente, ao valor básico do sistema, elevado ao nível de princípio fundante da República (art. 1º, III, da CF/88), que é a dignidade da pessoa humana. Nas suas palavras, o que o ordenamento faz é "*concretizar ou densificar* a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade *psico-física, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas*". (***Op. cit*. p. 131**).

É mesmo uma preocupação com a concretização do princípio da dignidade, de que, na intenção de preservar a integridade físico-psíquica da pessoa, a obrigação de segurança é forte matiz e o dano moral é instrumento (sobre esse movimento de concretização, inclusive no campo da responsabilidade civil, conferir: **Antônio Junqueira de Azevedo, Caracterização jurídica da dignidade humana. *In*. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 181**.

Certo que, inclusive como levado ao texto do **Enunciado 159 do CEJ**, a violação havida deve ser grave, a fim, até, de se evitar o que Anderson Schreiber chama de *demandas frívolas*. Na visão do autor, insta obstar a mercantilização de situações existenciais, envolvendo direitos essenciais, em demandas nas quais se pleiteiem danos morais em virtude de acontecimentos, ainda no seu dizer, *banais*, apequenando o sistema protetivo em que se concebe a indenização moral (*in* ***Novos paradigmas da responsabilidade civil*, Atlas, p. 187-190**). Daí afirmar-se descaber esta indenização diante de meros transtornos ou dissabores próprios da vida de relações.

No mais, de se anotar que, no caso, a indenização foi fixada em R$ 5.000,00, assim muito aquém do valor pleiteado pela autora (R$ 70.000,00), e do que ela não recorreu. O valor é compatível com os fatos efetivamente comprovados e assumidos pela ré, suficiente para a compensação do dano, a indicar a desnecessidade da reabertura da instrução e o acerto da sentença.

E não se cogita, portanto, de qualquer redução. Não é demais anotar que a indenização, além da função compensatória, cumpre também um papel dissuasório. A propósito, lembra Fernando Noronha que a própria responsabilida-

Acesso ao Sumário

de civil ganha, hoje, novas funções, além daquela reparatória, dentre as quais, justamente, a dissuasória, que também quer *preventiva* (*in* **Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *In*: Revista dos Tribunais. Ano 88. v. 761. março 1999. p. 31-44**). Na mesma esteira, ainda que à luz de sistema diverso, acentuam G.L. Williams e B.A. Hepple que a indenização, em casos como o presente, nos quais havidos danos que chamam de exemplares, serve a preservar a força do direito e a constituir um sistema de prevenção (*in* ***I fondamenti del diritto dei "torts"*. Trad. Mario Serio. Ed. Scientifiche Italiane. Camerino. 1983. p. 52-53**).

Por fim, e com relação aos ônus de sucumbência, acertada sua imposição unicamente à ré, dados os expressos termos da **Súmula 326** do STJ ("*na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*".)

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, majorados os honorários a 15% do valor da condenação, nos termos do art. 85, par. 11º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000272-44.2020.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante FABIO OZELOTO LEMES, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.056)**

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

São Paulo, 16 de julho de 2021.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - ACORDO EXTRAJUDICIAL - Desistência do Requerente - Homologação - Honorários de sucumbência - Cabimento - Cumprimento de sentença ajuizado por equívoco do Autor - Requerente deve pagar verbas sucumbenciais - Jurisprudência

Acesso ao Sumário

iterativa desta Corte Bandeirante - Art. 90, do Código de Processo Civil - Valor da causa excessivo - Precedente do C. STJ - Fixação de honorários, nos termos do § 8º, do art. 85, do Código de Processo Civil - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação em face da r. sentença de fl. 146, que julgou extinto o cumprimento de sentença, com fundamento no art. 924, inciso I, do Código de Processo Civil, e deixou de fixar honorários de sucumbência, vez que inexistiram atos executórios.

Embargos de declaração (fls. 149/155) rejeitados (fl. 156).

Apela o procurador do Requerido (fls. 159/175), sustentando, em síntese, que tanto a ação de conhecimento, quanto a fase de cumprimento de sentença foram ajuizados em razão de erro do Banco Apelado, pois havia acordo extrajudicial assinado com o cliente do Apelante. Após impugnação na fase de cumprimento de sentença, o Banco Autor desistiu da ação, reconhecendo expressamente o adimplemento do Impugnante. Por conseguinte, o Banco Recorrido deve suportar as custas e os honorários sucumbenciais. Pretende que sejam fixados honorários no importe de 10% do valor executado erroneamente.

Preparado (fls. 176/177), o recurso foi processado (fl. 178), havendo contrarrazões (fls. 181/187).

É o relatório.

O BANCO BRADESCO S/A moveu ação de cobrança em face de JULIO MANUEL SANTIS GARCIA, visando o recebimento de dívida no valor de R$ 120.057,20, em razão de dívida vencida e não paga, ação esta que foi julgada procedente (fl. 04).

Com a regular intimação do Requerido (fl. 45), foi ofertada impugnação, em que foi informado que o débito havia sido negociado na esfera extrajudicial (fls. 46/57).

Posteriormente, o Banco Requerente apresentou concordância com a extinção do feito (fls. 141/145), que foi homologada pelo Juízo singular (fl. 146).

Com as ressalvas ao entendimento da Autoridade Prolatora, o recurso comporta provimento.

Nos termos do disposto no artigo 85, do Código de Processo Civil, o vencido deverá pagar os honorários advocatícios ao vencedor.

No vertente caso, após regular intimação, o Requerido compareceu nos autos (fl. 46), impugnando o cumprimento de sentença, por existência de acordo extrajudicial prévio.

Acesso ao Sumário

Sobreveio petitório do credor, concordando com a extinção do feito, o que equivale à desistência da ação.

Assim, pretendida a desistência, ainda que motivada, é de rigor o pagamento das custas e honorários advocatícios.

Nesse sentido, existem diversos precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> **"EXECUÇÃO INDIVIDUAL - DESISTÊNCIA DA AÇÃO - Irresignação quanto aos honorários advocatícios arbitrados - Descabimento - Homologação da desistência - Verba honorária do arbitrada nos moldes dos parágrafos 2º e 8º, ambos do artigo 85 do Código de Processo Civil- Recurso improvido" (TJSP; Apelação Cível 1023459-02.2019.8.26.0405; Relator (a): Carlos Alberto Lopes ; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2020; Data de Registro: 31/08/2020)**
>
> **"EXECUÇÃO - Extinção da execução por desistência, nos termos do art. 485, VIII do CPC - Honorários advocatícios - Comparecimento espontâneo da executada antes da citação e da homologação da desistência - Cabimento da fixação de honorários - Remuneração do trabalho desempenhado pelo patrono da executada - Fixação da verba por equidade apta a remunerar proporcionalmente ao esforço profissional - Recurso parcialmente provido para tal fim" (TJSP; Apelação Cível 1031615-45.2019.8.26.0577; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/07/2020; Data de Registro: 26/07/2020)**
>
> **"EXECUÇÃO INDIVIDUAL - DESISTÊNCIA DA AÇÃO - Irresignação quanto ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios - Descabimento - Homologação da desistência - Hipótese em que referidas verbas são pagas pela parte que desistiu - Inteligência do artigo 90 do Novo Código de Processo Civil - Pré-questionamento- Recurso improvido" (TJSP; Apelação Cível 1001185-58.2018.8.26.0347; Relator (a): Carlos Alberto Lopes ; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro de Matão - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/07/2020; Data de Registro: 01/07/2020)**

Ressalvado o entendimento do Douto Juízo Prolator, a r. sentença deve ser modificada no que tange às verbas sucumbenciais, em especial porque o Requerido precisou nomear representante judicial para a defesa de seus direitos.

Assim, o caso deve ser resolvido a partir da desistência motivada do Requerente, que não poderia ter iniciado a fase de cumprimento de sentença, já que havia subscrito acordo com o devedor.

A partir desta premissa, é aplicável o artigo 90, do Código de Processo Civil: "**Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou**

Acesso ao Sumário

em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu."

Deste modo, referidos honorários de sucumbência devem ser fixados em valor compatível com os critérios adotados para a definição da verba sucumbencial, notadamente considerando o proveito econômico pretendido na ação, bem como os critérios estabelecidos pelo art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Em relação aos honorários advocatícios, deve o julgador observar: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Por outro lado, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem considerando a necessidade de observância ao critério legal:

"***4. Excepcionalmente, é admitida a revisão dos honorários advocatícios em sede de recurso especial, quando o valor fixado nas instâncias ordinárias se revelar irrisório ou exorbitante, distanciando-se dos critérios legais ou do postulado normativo da proporcionalidade.***

5. Quando fixados mediante apreciação equitativa do Juiz, os honorários advocatícios não estão adstritos aos limites mínimo e máximo previstos no art. 20, § 3º, do CPC/73, conforme a firme jurisprudência desta Corte.

6. Evidenciada a exorbitância do valor fixado nos autos, notadamente diante da curta duração do processo e sua pouca complexidade, reduz-se a verba honorária para o montante correspondente a 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (*REsp 1.632.537/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 16/02/2017, g.n.*)

Nesse passo, em se tratando de decisão homologatória de desistência de cumprimento de sentença, inexiste condenação que possa servir de base de cálculo para a verba honorária. O proveito econômico, no caso, equivale ao valor atualizado da causa (R$ 189.102,95), que se mostra exorbitante, se comparado à curta duração do processo (seis meses) e sua pouca complexidade.

Nesta linha de ideias, fixam-se os honorários advocatícios em favor do procurador do Requerido, no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do § 8º do art. 85, do Código de Processo Civil, cujo pagamento deve ser feito pelo Banco Requerente, desistente da ação.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para condenar o Banco Autor ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais no valor de R$ 3.000,00, já considerado o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000773-70.2018.8.26.0366, da Comarca de Mongaguá, em que é apelante/apelado R. C.J., é apelada/apelante K.C.N.S. (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 do réu e negaram provimento ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.305)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THEODURETO CAMARGO (Presidente) e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 19 de julho de 2021.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO C.C. PARTILHA DE BEM, GUARDA, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E ALIMENTOS - Procedência - Preliminar de cerceamento de defesa - Prova oral - Desnecessidade - Suficiência da prova documental e laudos psicossociais juntados aos autos - Violação ao art. 10, do CPC - Inocorrência - Preliminar afastada - Convivência reconhecida na sentença entre 2010 e 2018 - Ausência de impugnação - Cabimento da partilha de bens adquiridos a título oneroso na constância da união - Art. 1.660, do CC - Imóvel adquirido durante a convivência - Presunção de esforço comum - Exegese do art. 5º, da Lei nº 9.278/96 - Guarda do menor - Inexistência de consenso entre os genitores, sendo que ambos a pleiteiam - Desejo da criança de dividir a moradia entre os pais - Guarda compartilhada, sugerida no laudo psicossocial, que melhor atende aos interesses do menor - Fixação da moradia na residência materna, com ampliação do regime de visitas - Manutenção da obrigação alimentar - Afastamento do réu do imóvel requerido em caráter liminar - Descabimento, diante do julgamento do mérito da ação e do reconhecimento da copropriedade do imóvel - Ação parcialmente procedente - Sucumbência recíproca - Rateio, entre as

Acesso ao Sumário

partes, das custas processuais, em proporções iguais, nos termos do artigo 86, caput, do Código de Processo Civil - Honorários sucumbenciais readequados - Recurso da autora improvido, parcialmente provido o do réu.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a respeitável sentença de fls. 162/165, proferida em autos de ação de reconhecimento e dissolução de união estável que, apreciando pelo mérito os pedidos contidos na inicial, acabou por decretar a procedência dos mesmos, reconhecendo a existência e dissolução da união estável, concedendo a guarda unilateral do filho menor à genitora, fixando o regime de visitas ao genitor e condenando-o a pagar pensão alimentícia à autora e a arcar com os ônus da sucumbência.

Inconformado, apela o requerido, alegando, preliminarmente, nulidade da sentença por ofensa ao art. 10, do CPC, e ao art. 5º, inc. LV, da Constituição.

Diz que protestou por oitiva de testemunhas e que não houve oportunidade para manifestação sobre os laudos apresentados, tendo havido cerceamento de defesa.

No mérito, aduz que a sentença foi omissa a respeito da divisão do único bem do casal, devendo ser reconhecido como pertencente a ambos, uma vez que foi adquirido na constância da união.

Afirma que, segundo os laudos produzidos, a guarda compartilhada é a que atende ao melhor interesse do menor, sendo, inclusive, desejo deste, devendo ser fixada a residência com o genitor, pois, em decorrência de sua ocupação, tem melhores condições de atender aos interesses do menor, enquanto que a genitora, em razão do trabalho, não tem disponibilidade de horário para cuidar do filho.

Sustenta que, deferida a guarda compartilhada, deve ser exonerado da pensão alimentícia fixada.

Pugnou, ao final, pelo provimento do apelo.

Contrarrazões às fls. 181/184.

Apela também a autora, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa.

Diz que teve o pedido de liminar negado, mas como a guarda unilateral foi fixada em favor da genitora e o réu se mostrou resistente em sair do imóvel, deve a liminar ser deferida.

Afirma que a questão referente ao bem do casal não foi discutida em

Acesso ao Sumário

primeira instância, não havendo que se falar em partilha, uma vez que o imóvel é de propriedade exclusiva da autora, que se encontra pagando aluguel sem ter sua situação resolvida.

Pugnou, ao final, pelo provimento do apelo.

Contrarrazões às fls. 187/190.

Parecer da PGJ às fls. 205/208.

Inicialmente, os apelos foram distribuídos a esta 8ª Câmara, sob a Relatoria do Eminente Desembargador THEODURETO CAMARGO, com posterior e final redistribuição a esta Relatoria, em cumprimento à Portaria de Designação nº 04/2021, da E. Presidência da Seção de Direito Privado.

É o relatório.

O recurso do réu comporta parcial provimento, ao passo que o da autora merece ser desprovido.

Inicialmente, a preliminar de cerceamento de defesa deve ser afastada.

Com efeito, sendo o juiz o destinatário da prova, pode ele, à luz do princípio da persuasão racional, até mesmo indeferir diligências, se, diante dos elementos fáticos e probatórios constantes dos autos, elas se mostrarem desnecessárias ao seu convencimento.

Pois bem. Diante do que constou da petição inicial, considerou o Magistrado *a quo* que os documentos juntados aos autos, bem como os laudos psicossociais de fls. 115/118 e 151/155 constituíam elementos de prova suficientes para a formação de sua convicção.

Em vista disso, desnecessária se mostra a produção de prova oral.

De violação ao art. 10, do CPC, também não se cogita, posto que, em que pese não ter sido oportunizado às partes manifestarem-se sobre os laudos psicossociais juntados aos autos, não serviram eles de fundamento à decisão.

Ultrapassadas essas questões, passa-se ao exame do mérito dos recursos.

Colhe-se dos autos que as partes viveram em união estável de 2010 a 2018, sendo que, dessa união, nasceu um filho (fls. 18), atualmente com 11 anos de idade. Durante esse período, houve também a aquisição de um terreno (fls. 31/32), no qual foi construído um imóvel (fls. 33/53 e 81/88) que serviu de moradia ao casal, mas que atualmente é ocupado apenas pelo varão.

Pois bem. Como é cediço, na união estável, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725, do CC).

Com efeito, dispõem os arts. 1.658 e 1.660, inc. I, do CC:

Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

Acesso ao Sumário

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; (...).

Disso se infere que os bens adquiridos na constância da união estável, ainda que só em nome de um dos cônjuges, são partilháveis, na proporção de 50% para cada um.

No caso em exame, o terreno foi adquirido em 02/04/2014, ou seja, durante a convivência, sendo, pois, partilhável.

Nem se alegue que a autora pagou o preço do imóvel com recursos exclusivamente próprios, eis que, além de inexistir nos autos qualquer prova nesse sentido, presume-se que o pagamento do preço realizado ao longo da convivência decorreu do esforço comum do casal.

Aliás, nesse sentido, dispõe o art. 5º, da Lei nº 9.278/96:

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Não se alegue também que o imóvel foi adquirido em período em que as partes estavam separadas, eis que, além de também não existir prova nesse sentido, o período de convivência reconhecido por sentença foi de 2010 a 2018, não tendo havido insurgência da autora em relação a esse ponto da decisão.

Assim, cabível a partilha do imóvel adquirido durante a constância da união estável.

No tocante à guarda do filho menor, com razão o autor.

Com efeito, dispõem os arts. 1.583, §§ 1º e 2º, e 1.584, §§ 2º, do CC:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Acesso ao Sumário

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (...).

Art. 1.584. (...)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será *aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (...)*.

A respeito do tema, leciona Maria Berenice Dias, *in* Manual de Direito

das Famílias, 4ª ed. RT, p. 395:

"*Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização dos sentimentos. A proposta é de manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade criada pela guarda individual*".

E, adiante, prossegue a doutrinadora (*op. cit*., p. 396):

"*A tendência é não acreditar que o compartilhamento da guarda gere efeitos positivos se decorrer de determinação judicial, sob a justificativa de que só é possível se fruto do consenso entre as partes. Porém, a prática tem mostrado, com influência indesejável, ser sim a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, a guarda única apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos*".

Com efeito, prevendo a legislação dois tipos de guarda e inexistindo consenso entre os genitores acerca do tema, compete ao julgador definir aquele que melhor atenda aos interesses do menor.

Pois bem. No caso em exame, como bem ressaltado pelo D. representante do *Parquet* (fls. 207), a despeito do fato de a relação entre as partes não ser harmoniosa, não há nada que recomende a guarda unilateral do menor.

Aliás, a guarda compartilhada, com fixação de residência na casa materna, foi sugerida tanto pela assistente social quanto pela psicóloga judiciária, no estudo psicossocial realizado mais recentemente (fls. 151/155), como sendo a situação que melhor atende aos interesses do menor, que teria externado desejo de manter convivência com ambos os genitores.

De fato, demonstrando ambos os pais interesse na guarda do menor, estando ambos aptos a exercê-la e desejando o infante dividir a moradia entre eles, deve ser adotada a guarda compartilhada, que permitirá maior convivência do menor com seus genitores.

A moradia base da criança será a residência materna, que é onde ela já se encontra residindo, podendo o pai estar na companhia do filho, além de nos finais de semanas alternados, como definido na sentença, também durante um dia da semana, fixando-se naquele dia que melhor atenda aos interesses do menor.

Em anos pares, o menor passará o Natal com a mãe e o Ano Novo com o pai, invertendo-se nos anos ímpares, quando ele passará o Natal com o pai e o

Acesso ao Sumário

Ano Novo com a mãe.

O Dia dos Pais o menor passará com o pai e o Dia das Mães com a mãe, independentemente se a data coincida ou não com o final de semana de visitação.

Em relação às férias, a visitação se dará da seguinte forma: nas férias de janeiro, o menor passará a primeira quinzena com o genitor que exercer a visitação no ano novo e a segunda quinzena com o outro genitor; nas férias de julho, o menor passará com o genitor a primeira quinzena e com a mãe a segunda quinzena, alternando-se no ano seguinte.

Em relação aos aniversários dos genitores, o menor passará o aniversário da genitora com a genitora e do genitor com o genitor. Se o dia do aniversário do pai coincidir com o dia em que o filho permaneceria com a mãe, excepcionalmente, o pai poderá retirar o filho às 09h e devolver até às 18h do mesmo dia, respeitado o horário escolar.

Se o dia do aniversário da mãe coincidir com o dia de visitação do pai, este, excepcionalmente, deixará de visitar o filho neste dia, devendo devolver o filho até às 18h da véspera acaso exerça a visitação na ocasião.

Nos aniversários do filho, ele passará os anos pares com a mãe e os ímpares com o pai (no horário das 09h às 18h, se não coincidente com a visitação já estabelecida e jamais atrapalhando a rotina escolar da criança).

O regramento acima visa evitar conflitos entre as partes, mas nada impede que estas, em consenso, alterem a forma estabelecida.

De outra parte, necessário consignar que a fixação da guarda compartilhada em hipótese alguma afasta a obrigação alimentar a ser paga pelo genitor que não mora com a criança. Ela só torna a convivência mais livre, mas não o exonera da responsabilidade de prestar alimentos ao filho.

Quanto ao pedido de afastamento do réu do imóvel do casal, feito em caráter liminar, tem-se que ele perdeu a razão de ser diante do julgamento do mérito da ação, ocasião em que se reconheceu a copropriedade do bem.

Acesso ao Sumário

Nem se alegue que a posse deve ser atribuída à autora, pois com ela deverá residir o menor, eis que ela já detinha a guarda provisória (fls. 26) quando abandonou o lar conjugal.

Há que se ter em conta ainda que, sendo partilhável o bem, ele deverá ser alienado para que cada parte receba o seu quinhão, o que torna mais inócua a disputa da posse.

A ação é, pois, parcialmente procedente, tendo havido sucumbência recíproca.

Cândido Rangel Dinamarco, *in* Instituições de Direito Processual Civil - Vol. II, 7ª ed., Malheiros, 2017, p. 761, ensina que:

"*(...) A condenação pelo custo processual é, pois, consequência necessária da necessidade do processo (Chiovenda).*

Mas a doutrina está consciente de que a sucumbência não é em si mesma um princípio, senão apenas um indicador do verdadeiro princípio, que é a causalidade (Carnelutti, Piero Pajardi, Yussef Cahali, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes). Responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem razão a vir a juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito. (...)".

Com efeito, dispõe o art. 86, do Código de Processo Civil (*verbis*):

"*Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas*".

O renomado processualista leciona ainda (*in op. cit*., p. 763/764):

"*A sucumbência recíproca é a mais notória dessas hipóteses, porque, se cada litigante for parcialmente vencedor e parcialmente vencido, isso significa que na parte em que foi vencido ele sucumbiu. Isso pode acontecer sempre que o processo tenha um objeto composto, como no caso de cúmulo de pedidos, ou que ele seja decomponível (pedido de dinheiro, coisas fungíveis); ao julgar a demanda procedente em parte o juiz estará impondo parcial sucumbência a cada um dos litigantes. O acolhimento de um dos pedidos cumulados e a rejeição do outro significam que em relação a cada um deles uma das partes tinha razão e a outra sucumbiu. Em caso de pedido de condenação em dinheiro a condenação parcial significa que o autor tinha direito a uma parcela do que pediu, mas não o tinha à outra sempre, sucumbência parcial ou recíproca.*

Em todos esses casos, havendo cada um dos litigantes sucumbido em parte, entre eles serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados os honorários e as despesas do processo (CPC, art. 86). (...)

Dispõe também o parágrafo do art. 86 do Código de Processo Civil que, em caso de um dos litigantes decair de parte mínima, ele não pagará despesas nem honorários. Como ele se saiu vencedor na quase totalidade do litígio, o adversário (que foi quase totalmente vencido) pagará por inteiro todas as despesas do processo e responderá por honorários calculados sobre sua própria sucumbência. (...)".

Bem por isso, nos termos do artigo 86, *caput*, do Código de Processo Civil, devem ser distribuídas entre as partes, igualmente, as custas e despesas processuais. Quanto aos honorários advocatícios, ficam eles arbitrados, a teor do art. 85, § 8º, do mesmo Estatuto, em R$ 1.000,00 aqueles devidos pelo réu aos patronos da autora e em R$ 1.500,00 os devidos pela autora aos patronos do réu, já considerado o trabalho adicional em grau recursal.

Note-se que os honorários devidos aos patronos da autora não sofreram majoração, em virtude do parcial provimento dado ao recurso do réu, conforme

Acesso ao Sumário

decidido pelo C. STJ:

"*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. PRESCRIÇÃO. REPARAÇÃO. DIREITOS AUTORAIS. ILÍCITO EXTRACONTRATUAL. ACÓRDÃO EMBARGADO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. (...)*

5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. (...)".

(STJ. AgInt nos EREsp. nº 1539725/DF. Min. Relator: Antonio Carlos Ferreira. 2ª Seção. D.J.: 09/08/2017).

Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso do réu e nego provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008857-31.2018.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEARNING ESCOLA DE IDIOMAS LTDA., é apelada LUCIANA CARNEIRO MONTONI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 815)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 19 de julho de 2021.

ALEXANDRE DAVID MALFATTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. EXISTÊNCIA DE FATOS CONTROVERTIDOS. PROVA ORAL. NECESSI-

DADE. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. Ação de indenização de danos materiais e de danos morais promovida pela escola (fornecedora) em face da aluna (consumidora). Alegação de que a ré adotou comportamento inadequado e ofensivo após receber e-mail equivocado (sobre reposição de aula). Existência de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes. Decisão de primeiro grau que rejeitou pedidos por ausência de provas. Porém, havia pedido expresso da autora para inquirição de testemunhas. Em tese, se houver demonstração de que a consumidora ré se excedeu na sua reação, ainda que admitida aquela mensagem equivocada, deverá responder pelas perdas e danos da fornecedora autora. Isto é, em tese, a relação entre fornecedor e consumidor deve guardar harmonia e fundar-se na boa-fé, nos termos do artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor. E, nessa linha, reconhece-se, de um lado, o direito básico do consumidor à reparação dos danos materiais e dos danos morais. Mas de outro lado, também o fornecedor é titular do direito à imagem e de sua honra objetiva. Violação do direito à prova pela autora pelo julgamento antecipado do mérito. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **LEARNING ESCOLA DE IDIOMAS LTDA**. no âmbito da ação de indenização por danos materiais e morais que move em face de **LUCIANA CARNEIRO MONTONI**.

A r. sentença (fls. 119/121) julgou **improcedente** a ação com destaque à seguinte fundamentação acompanhada do dispositivo: "*Sem razão o autor. Da análise dos elementos dos autos, verifica-se que não há prova das alegações constantes na inicial. Informa o requerente que a requerida humilhou e gritou com seus prepostos, porém, instado a se manifestar sobre a produção de provas deixou ao menos de trazer os testemunhos de tais pessoas, não se desincumbindo de seu ônus probatório. E mesmo que assim não fosse, da própria narrativa da inicial verifica-se que o autor foi quem deu causa à rescisão contratual, não tendo a ré obrigação alguma em arcar com a multa contratual ou qualquer saldo residual. Ora, no momento em que a requerente envia, ainda que erroneamente, um e mail questionando as faltas da requerida nas aulas,*

Acesso ao Sumário

gerando assim, um desconforto conjugal, aquela deve ser responsabilizada pelo ato praticado, sendo que se a aluna não se sentiu mais confortável em frequentar as aulas e rescindir o contrato ante o equívoco cometido, está no seu direito sem que nenhuma obrigação lhe seja imposta. Mas não é só, a opção em rescindir o contrato partiu da própria parte autora, com base em fundamentos que não restaram comprovados nos autos, o que enseja na improcedência dos pedidos. Isto posto, julgo improcedente os pedidos descritos na inicial e condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da causa."

O autor ofertou **apelação** (fls. 124/129). Em resumo, reiterou os pedidos da inicial, acrescentando que a r. sentença foi proferida sem que se consumasse a necessária instrução processual, cerceando o seu direito à produção de provas. Ao final, o apelante articulou o pedido para anulação da r. sentença e prosseguimento do feito para a devida produção da prova testemunhal.

Houve **contrarrazões** (fls. 134/139). A ré solicitou a manutenção da r. sentença.

Não houve oposição ao julgamento em sessão virtual.

É O RELATÓRIO.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, tempestivo e com o recolhimento de preparo (fl. 130).

PASSO A EXAMINAR O RECURSO

A autora e a ré celebraram contrato de prestação de serviços educacionais no idioma de inglês (fls. 22/24).

Na petição inicial, em 15/02/2017, ao programar mensagens aos alunos que faltaram na aula anterior para necessidade do agendamento de reposição, a autora por equívoco encaminhou um e-mail à aluna ré. Aquela mensagem era padrão da escola e limitava-se a solicitar uma programação da reposição. Todavia, no mesmo dia em que recebeu aquela mensagem, a ré entrou em contato e pediu esclarecimentos sobre o SMS recebido. Ao ser atendida pela recepcionista, "*(...) começou a gritar descontroladamente, dizendo que a mensagem havia causado um grande problema conjugal, chamando-os de incompetentes, que a escola era desorganizada e exigindo que o funcionário responsável pelo envio da mensagem fosse demitido. No dia seguinte ao ocorrido, a assistente de coordenação Simone, enviou um novo SMS para a Ré, pedindo desculpas pelo equívoco ocorrido e solicitando a desconsideração da mensagem anterior. Todavia, mais uma vez a Ré continuou maltratado e humilhando os funcionários da escola, tratando-os com grosserias e desrespeito. A Autora, mesmo entendendo que o comportamento grosseiro da Ré estava ultrapassando todos os limites, e, respeitando a relação de consumo, agendou uma reunião com a mesma no dia 18/02/2017, através de sua assistente de coordenação Débora Gomes de Oliveira, para esclarecer novamente o equívoco da mensagem enviada. Todavia, naquela oportunidade, mais uma vez a Ré exigiu que fosse*

Acesso ao Sumário

atendida pelo Diretor da escola, pois não queria ser atendida por qualquer funcionário e novamente começou a gritar, ofender e humilhar a assistente. A Ré estava transtornada pois alegava que a mensagem 'poderia ter acabado seu casamento'! Um verdadeiro absurdo! Ressalte-se, que o ataque de fúria da Ré não se encerrou na sala de atendimento. A mesma foi até a sala de aula e perante um professor (Kauã) e cerca de 16 alunos, mais uma vez começou a difamar a funcionária Simone, dizendo para todos que ela era uma pessoa sem noção, e sem instrução e que não tinha competência para ocupar o cargo de assistente, ***bem como a denegrir a imagem da Escola, dizendo que o atendimento da escola era um 'lixo', que a escola era péssima, inclusive, incitando os demais alunos de sua sala contra a escola****. Diante das atitudes da Ré, a escola, ora Autora,* ***através do Diretor João Batista, reuniu todos os funcionários para verificar o ocorrido e ficou perplexo ao ouvir os relatos da extrema falta de respeito da Ré para com todos****. Ressalte-se que as assistentes Simone e Daniela, bem como o professor Kauã, que lhe ministrava as aulas, individualmente, informaram o comportamento da Ré, sempre desrespeitando todos, com o intuito de denegrir a imagem da escola. Frise-se que, mesmo após os fatos ocorridos e a Autora ter pedido desculpas pelo envio de mensagem, a Ré continuou hostilizando os funcionários que encontrava pelos corredores, fazendo piadas com o intuito de humilhá-los diante de todos os alunos e professores*" (fls. 03/04, destaque nosso).

Em sua contestação (fls. 49/58), a ré negou o comportamento agressivo e danoso a ela atribuído: "*Portanto* ***a autora mente ao aludir na peça exordial que a ré gritou descontroladamente, pediu a demissão, ofendeu e humilhou algum funcionário, denegriu e incitou outros alunos contra a imagem da escola, na sala de aula****. Como consta no e-mail enviado ao Sr. João Batista, a Ré escreve que a atitude da funcionária Sra. Simone é passível de supervisão, orientação e acompanhamento, notadamente em nenhum momento a Ré menciona que deseja que algum funcionário seja demitido. Tal mentira pode ser perfeitamente comprovada se a autora apresentar na presente ação as filmagens da suas dependências, que demonstrará a postura discreta que a ré sempre apresentou. Ademais, pode ser ratificada através de depoimentos de outros alunos, que a ré pode solicitar os testemunhos. De outra banda, a autora apenas alega, sem comprovar minimamente, apenas citando funcionários os quais a autora detém grau de subordinação e portanto impugna-se de antemão os respectivos depoimentos, porquanto óbvia a parcialidade envolvida. Desta forma, resta clara e óbvia a insatisfação da ré com o fato vivenciado, porém a ré assevera e prova que jamais gritou descontroladamente, com nenhum preposto da autora, por telefone ou na sede na autora, tampouco solicitou a demissão de ninguém, pelo simples fato que não é do perfil da ré fazer baixarias, consoante comprovado no nível de suas conversas com a autora*" (fl. 53, destaque nosso).

Preservado o convencimento externado na r. sentença, o recurso comporta acolhimento.

Em tese, se houver demonstração de que a consumidora ré se excedeu na

Acesso ao Sumário

sua reação, ainda que admitida aquela mensagem equivocada, deverá responder pelas perdas e danos da fornecedora autora.

Isto é, em tese, a relação entre fornecedor e consumidor deve guardar harmonia e fundar-se na boa-fé, nos termos do artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.

E, nessa linha, reconhece-se, de um lado, o direito básico do consumidor à reparação dos danos materiais e dos danos morais. Mas de outro lado, também o fornecedor é titular do direito à imagem e de sua honra objetiva.

Pelas versões apresentadas e antes destacadas, havia um fato controvertido a ser resolvido pela prova oral: o comportamento da ré, notadamente na sala de aula e no ambiente escolar e a adoção de excesso de palavras em relação à empresa autora. Era preciso verificar se a ré usou palavras capazes de qualificação da reação como exagerada.

A improcedência da ação fundamentou-se na ausência de provas do dano à imagem da autora - pessoa jurídica. Efetivamente, o evento danoso descrito na petição inicial não retratava uma situação de dano presumido - "*in re ipsa*". Mas havia um pedido expresso da autora (fls. 117/118) para ser ouvido um professor. E a própria ré mencionou seu desejo de apontar testemunhas (fl. 58).

Importante salientar que não se pode confundir danos morais à pessoa jurídica com eventuais ofensas a funcionários ou pessoas físicas presentes no ambiente escolar. Mas deve ser analisada aquela conduta em relação à própria autora, sua imagem e honra objetiva. E analisar se ela praticou ato ilícito capaz de conduzir à sua responsabilização por perdas e danos.

Concluindo-se, acolhe-se o pedido de anulação da r. sentença com a reabertura de instrução probatória.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso da autora, para anular a r. sentença e determinar a retomada da instrução. Não há espaço para modificação da distribuição das verbas de sucumbência, apesar da solução emprestada ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005745-28.2020.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANTONIO JASMELINO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA DAS MERCÊS DE SOUZA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e é apelado CONDOMÍNIO NÁ-

POLES I.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO APELO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.693)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente) e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 27 de julho de 2021.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Em face da "ciência inequívoca do condomínio acerca da transação" (sic) de direitos sobre a unidade em favor de terceiro, reconhece-se a ilegitimidade passiva daqueles que constam como proprietários na matrícula, acolhem-se os embargos e se extingue a execução das quotas de despesas condominiais.

VOTO

Executados apelam (fls. 140/147) da respeitável sentença (fls. 140/147) que rejeitou seus embargos à execução de título extrajudicial, quotas de despesas condominiais. Insistem em sua ilegitimidade e na legitimidade da ocupante da unidade e argumentam com a ciência do condomínio, diante da eleição dela ao "cargo de tesoureira", e com a assinatura na lista de presença de assembleia.

Dispensava-se preparo (fl. 120) e veio resposta (fls. 153/158).

É o relatório.

Com efeito vinculante, a colenda Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça definiu em 8 de abril de 2015: "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, afasta-se a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador" - REsp 1345331/RS, Rel. Ministro LUIS

Acesso ao Sumário

FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 20.4.2015).

No caso, há prova da "ciência inequívoca do condomínio acerca da transação" (*sic*), a indicação da identificada ocupante do imóvel ao cargo de tesoureira e assinatura dela na lista de presença em espaço destinado a unidade geradora do débito (fl. 38).

Aliás, há prova documental de que há mais de trinta anos, em 29 de setembro de 1989, os executados cederam a terceiro direitos sobre o imóvel (fls. 95/99).

Reconhece-se, pois, a ilegitimidade deles, acolhem-se os embargos, extingue-se a execução e se condena o exequente ao pagamento das custas e de honorários de sucumbência de quinze por cento sobre o valor atualizado da execução.

Pelas razões expostas, dá-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 4001985-50.2013.8.26.0625, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CLEICIANE ROCHA DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA), CLECIO ROCHA DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA) e CIRLEI CALIXTA ROCHA DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS E CONSTRUÇÕES LTDA. (MASSA FALIDA) e R4C ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL LTDA. (ADMINISTRADORA JUDICIAL).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33100)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente sem voto), HERTHA HELENA DE OLIVEIRA e MARIA SALETE CORRÊA DIAS.

São Paulo, 27 de julho de 2021.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: USUCAPIÃO - BEM DE FALIDA - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA AFASTADA - INSTRUÇÃO DO FEITO CABENTE À PARTE APENAS - SENTENÇA CONFIRMADA - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível, exprobando a R. sentença de fls. 491/494, que houve por improcedente feito de Usucapião, rija no argumento da falta do período aquisitivo necessário, arrecadado o imóvel pela Massa Falida; sucumbência fixada.

Inconformados, insurgem-se os Apelantes, repisando os argumentos expostos na exordial; sustentam por bastantes os requisitos para a aquisição da propriedade por usucapião, essencial saber a exata localização do imóvel e "vossas excelências poderão expedir ordem para o Cartório de Registro de Imóveis de Taubaté para que preste esse esclarecimento", por saber se o imóvel pertence à Requerida ou a terceiro.

Recurso com processamento bastante; respondido.

Parecer às fls. 582/588.

Esse o breve relato.

Com efeito, a sédula e R. sentença merece integral confirmação, e sua dignação em nenhum momento vem afetada pelas razões de apelo.

Depreende-se dos autos que fora decretada a Falência da Apelada em 31.01.1983, em cujo nome o imóvel está registrado. Desde então, parou de correr o prazo de usucapião, já que com a arrecadação do imóvel, eventual possuidor perdeu a posse, impedindo-se, destarte, o decurso do prazo para a contagem da pretensão por exercitar a medida.

Nesse sentido é o entendimento do C. STJ:

"*o bem imóvel, ocupado por quem tem expectativa de adquiri-lo por meio da usucapião, passa a compor um só patrimônio afetado na decretação da falência, correspondente à massa falida objetiva. Assim, o curso da prescrição aquisitiva da propriedade de bem que compõe a massa falida é interrompido com a decretação da falência, pois o possuidor (seja ele o falido ou terceiros) perde a posse pela incursão do Estado na sua esfera jurídica. A suspensão do curso da prescrição a que alude o art. 47, do DL 7.661/45 cinge-se às obrigações de responsabilidade do falido para com seus credores, e não interfere na prescrição aquisitiva da propriedade por usucapião, a qual é interrompida na hora em que decretada a falência devido à formação da massa falida objetiva* (REsp 1.680.357/RJ, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/10/2017).

Também julgou esta Relação de S. Paulo:

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - Imóvel usucapiendo pertencente a massa falida - Com a falência e consequente arrecadação, o falido perde a posse da coisa, que passa a ser gerida pelo Poder Público, em relação ao qual não se pode invocar a prescrição aquisitiva, ainda que fosse hipótese de má administração - Suspensão da prescrição - Improcedência da ação - Recurso desprovido" (Apelação Cível nº 1002272- 98.2016.8.26.0224, de 02 de junho de

Acesso ao Sumário

2020, Rel. Des. Alcides Leopoldo).

Após a interrupção do prazo com a decretação da Quebra, o prazo não retomou seu curso, como óbvio, pois com a arrecadação do bem, a parte Autora deixou de deter a posse.

E não há nenhum elemento de convicção nos autos que indique que o tempo da posse mansa, pacífica e com *animus domini* tenha sido cumprido antes de ter sido decretada a Falência da titular do domínio do imóvel.

Quanto aos demais fundamentos, o recurso não está em termos de ser conhecido; cabe à parte identificar pormenorizadamente a área que se pretende usucapir, apontando a quem pertence o imóvel - e não ao Juízo a diligência pretendida, pois que o Judiciário não é Agente nem Despachante da parte, transfugindo de sua verdadeira missão, e lhe não cabendo tomar providências que incumbem apenas ao interessado.

Como bem asseverou o Dr. Procurador de Justiça "*Havendo dúvidas sobre seu o imóvel usucapiendo o descrito na matrícula apontada, não há como se deferir a aquisição da área pelo simples motivo de não se saber onde ela está localizada e a quem pertence. Os Autores, Apelantes, não na ação de usucapião, devem esclarecer o ponto antes de pleitearem a usucapião. Outrossim, ainda que se soubesse com certeza que a área usucapienda* não é aquela descrita onde houve a arrecadação, pertencendo a outra pessoa que não a massa falida, a inicial haveria que ser indeferida por ilegitimidade de parte. Impossível se retirar bem imóvel de pessoa não demandada na ação, como pretendem os Autores Apelantes dizendo que a área pertence a terceiro não identificado, que a teria adquirido da Ré Apelada não se sabe quando, nem a qual título." - Fls. 587/588

Alfim, em verdade, nada mais há que se acrescentar à cuidada sentença, que efetivamente leu pelos Códigos e merece ser mantida, mesmo à luz do Art. 252 do Regimento Interno desta Centenária Corte.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso**. Acrescenta-se à 2% honorária, nos termos do Art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, ressalvada a gratuidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028850-83.2018.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante DAVI ALVES DE MORAIS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados A.P. MASSAS E CONGELADOS LTDA. - ME e LUCAS MARQUES MASSAS ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.630)**

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

São Paulo, 28 de julho de 2021.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DE COBRANÇA - SUPOSTO CONTRATO VERBAL FIRMADO ENTRE AS PARTES NÃO COMPROVADO - ÔNUS QUE INCUMBIA AO AUTOR - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 373, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito (artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil).

VOTO

Ação de cobrança c/c indenização por danos morais e lucros cessantes, fundada em contrato de prestação de serviços, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 333/341, cujo relatório adoto.

Inconformado, apela o autor. Após estoriar os fatos relativos à lide, sustenta, em apertada síntese, que a prova produzida revelou a existência da contratação verbal de serviços de empreitada, notadamente as conversas via aplicativo ***WhatsApp*** e os depoimentos dos representantes das rés. Busca, por isso, a inversão do resultado do julgamento.

Recurso respondido e isento de preparo em face da gratuidade processual.

É o relatório.

1) A presente apelação é processada no efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012 do Código de Processo Civil.

2) Tenho para mim que a r. sentença dirimiu acertadamente o conflito e merece subsistir por seus próprios fundamentos, cumprindo ressaltar que o E. Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade jurídico-constitucional da técnica da motivação por referência ou por remissão, mostrando-se compatível com o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (*Neste sentido: Rcl. nº 25.119 MC-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello; ARE nº 657.355-AgR/SP,*

Acesso ao Sumário

Rel. Min. Luiz Fux).

Extraio da decisão combatida o seguinte excerto que adoto, como razão de decidir, para evitar repetições, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal, ***verbis***:

> ***"...*** não há como se acolher tal pretensão, pelo simples fato de que não há prova nos autos a respeito dessa contratação, sendo certo que a única testemunha arrolada pela parte autora, ouvida pelo juízo, nada soube dizer a respeito dos fatos narrados na petição inicial.
>
> ***Em depoimento pessoal, o autor afirmou que efetuou os serviços contratados pelas rés relacionados na inicial, mas que não o finalizou, restando inacabada a parte da frente, vez que tornou-se inviável a continuação do trabalho de dois meses, sem o recebimento dos valores acordados. Disse que a finalização da obra foi feita por funcionário da ré e que suas ferramentas foram retidas por 15 dias, ficando impossibilitado de trabalhar por este período, e que foram devolvidas por um funcionário da ré. O autor afirma ter recebido apenas a quantia de R$ 700,00 pelos serviços feitos, que haviam sido orçados pela quantia total de apenas R$ 3.500,00, segundo ele, preço feito por 'amizade', sendo que o valor real consistiria na quantia de R$15.000,00.***
>
> ***Por outro lado, em depoimento pessoal dos representantes legais das corrés, ambos afirmaram que conhecem o autor, que este já realizou trabalhos para suas empresas, mas negaram que o autor tenha efetuado qualquer serviço no estabelecimento localizado na Rua Frei Francisco Sampaio, 22, bem como negaram que foram retidas as ferramentas do autor. A única testemunha arrolada pelo autor, não confirmou que o autor efetivamente realizou os trabalhos na Rua Frei Francisco Sampaio, 22, nem a respeito dos termos da suposta contratação entre as partes.***
>
> ***Não há, pois, prova documental e nem testemunhal, de que o autor tenha sido contratado para prestar serviços no imóvel da rua Frei francisco Sampaio, nº 22. Também não há prova de qual seria o escopo de trabalho, nem que ele tenha sido realizado em sua totalidade e nem tampouco do ajuste do valor de R$ 3.500,00.***
>
> ***Menos prova há, de que os serviços valessem R$ 15.000,00****" (grifo nosso) (cf. fls. 338/339).*

Com efeito, é irrecusável a situação de incerteza que emerge do contingente probatório, tal como observou o digno magistrado sentenciante.

O autor alega que foi contratado pelas rés para prestar serviços de reforma em geral (*pintura, revestimento, hidráulica, elétrica etc*.) no imóvel situado à Rua Frei Francisco Sampaio, nº 22, exibindo como prova apenas mensagens via

Acesso ao Sumário

WhatsApp (cf. fls. 21/39).

Na verdade, diálogo via ***WhatsApp***, evidentemente, não traduz meio hábil para comprovar a contratação de serviços e tampouco o acerto de valores, isso sem falar que os ***prints*** de tela do indigitado aplicativo, trazidos pelo autor, mostram a troca de mensagens com terceiro desconhecido (*cf. fls. 21/39*).

Em suma, o autor não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia (*art. 373, inciso I, do CPC*) de sorte que, havendo fundadas dúvidas quanto à veracidade das alegações contidas na inicial, torna-se incogitável o acolhimento da prédica recursal.

Diante do resultado do julgamento, afigura-se razoável a elevação dos honorários advocatícios devidos pelo autor, fixados em 15% (*quinze por cento*) sobre o valor da causa, ao patamar de 17% (*dezessete por cento*), a teor do disposto no art. 85, § 11, do CPC, observada a Súmula nº 14 do E. Superior Tribunal de Justiça e respeitada a gratuidade (art. 98, § 3º, do CPC), ***verbis***:

> *"**9) Os honorários recursais de que trata o art. 85, § 11, do CPC/2015, são aplicáveis tanto nas hipóteses de não conhecimento integral quanto de não provimento do recurso**" (Jurisprudência em Teses do STJ - Edição nº 128).*

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005066-56.2020.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante LUIZ SAMUEL TABACOW, é apelado CONDOMÍNIO TORTUGAS.

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 31.169)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente), JAYME QUEIROZ LOPES e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 12 de julho de 2021.

WALTER EXNER, Relator

Ementa: Apelação. Ação de obrigação de fazer c.c. anulatória. Restrição à utilização das áreas comuns por visitantes. Medida excepcional que visa a dar cumprimento a decretos estaduais e municipais de

contenção à pandemia de Covid-19. Atuação do síndico que, mais do que zelar pelos interesses coletivos e guarda das áreas comuns, trata de questão de saúde pública e proteção à vida. Consonância com medidas sanitárias que sequer seriam passíveis de deliberação em assembleia, dado o caráter obrigatório das determinações do poder público. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido declaratório de nulidade movida por Luiz Samuel Tabacow em face de Condomínio Edifício Tortugas, que a respeitável sentença de fls. 167/171, complementada às fls. 185, de relatório adotado, julgou improcedente.

Inconformado, recorre o autor alegando, em síntese, a obrigatoriedade de realização de Assembleia Geral Extraordinária para definir limitação ao uso do direito de propriedade decorrente de restrições impostas pela pandemia de Covid-19, sendo defesa a atuação autônoma do síndico sem prévia consulta à coletividade condominial.

O recurso foi contra-arrazoado pela parte adversa e encaminhado a este Tribunal.

É o relatório.

Narra a inicial que, em **16.06.2020**, foram parcialmente retomadas as atividades de lazer e náutica no condomínio requerido, com a abertura parcial de algumas áreas e regulamentação para evitar aglomerações, em observância às recomendações sanitárias de contenção à pandemia de Covid-19. Ocorre que, em **03.07.2020**, a filha do autor, ao ingressar nas dependências de lazer do condomínio acompanhada de convidados, foi informada quanto à restrição temporária do uso das áreas comuns por visitantes, entendendo o autor ser unilateral e arbitrária referida limitação por não ter sido objeto de deliberação em assembleia condominial.

Ocorre que, como bem indicado na sentença combatida, o art. 1.348, inciso II, do Código Civil prevê entre as competências do síndico a de "*representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns*", ao passo que o inciso V atribui ao síndico a competência para "*diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores*".

Nesse sentido, diante da atual situação excepcional de pandemia, medidas como o fechamento ou restrição de acesso às áreas de uso coletivo, de grande

Acesso ao Sumário

circulação, configuram mais do que diligências e guarda das áreas comuns, mas sim medidas atinentes à saúde pública e proteção ao direito à vida.

Não se desconhece que, em condições normais, eventuais medidas que imponham restrição ao direito de propriedade devem ser submetidas à deliberação em assembleias condominiais e necessitam de alteração na Convenção de Condomínio. Ocorre que, na presente hipótese, além de não se tratar propriamente de uma limitação ao direito de propriedade, mas de uma mitigação temporária em relação aos convidados nas áreas de lazer, até mesmo para garantir a utilização por todos os condôminos, certo é que a condição excepcional de pandemia demanda a tomada de ações rápidas e em consonância com as diretrizes da Organização Mundial da Saúde, do Ministério da Saúde e de decretos estaduais e municipais, cujo cumprimento sequer ficaria facultado aos condôminos, dado o caráter obrigatório de algumas das restrições impostas pelo poder público.

Diante desse cenário, ao síndico compete, observada a realidade do condomínio que administra, providenciar medidas que visem à diminuição do perigo de contágio e disseminação do vírus dentro do ambiente condominial, de forma a proteger não apenas os condôminos, mas também seus colaboradores.

Nesse sentido, já decidiu essa Colenda Corte:

"*AÇÃO INOMINADA - Pretensão do autor de autorização para entrada em prédio comercial onde exerce sua atividade profissional de advocacia - Prédio comercial (não essencial) que foi interditado pelo síndico e corpo deliberativo a fim de tentar evitar a disseminação causada pelo coronavírus (COVID-19) - Recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS), do Ministério da Saúde e da Associação das Administradoras de Bens Imóveis e Condomínios de São Paulo (AABIC) que recomendou aos síndicos (gestores do condomínio) a tomarem todas as medidas possíveis para evitar aglomeração de pessoas - Ausência de violação ao direito de propriedade - Inteligência dos arts. 1.348, inciso V, e 1.228 'caput' e parágrafo 3º, do Código Civil - Condomínio que, logo após a tutela de urgência, flexibilizou o acesso atendendo aos interesses de todos (condôminos e empregados), em dias e horários estabelecidos, não sendo permitida a entrada de clientes, visitantes e funcionários - Verba honorária, entretanto, que merece redução - Recurso provido, em parte, para esse fim.*" (Apelação Cível 1000150-61.2020.8.26.0228; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Data do Julgamento: 08/06/2021).

Além disso, deve o síndico observar as normas de restrição impostas pelo poder público, sob risco de cometer infração de medidas sanitárias preventivas, nos termos do art. 268 do Código Penal.

Assim, observada a situação excepcional de pandemia e a competência do síndico para defender os interesses coletivos, resguardar as partes comuns

Acesso ao Sumário

e cuidar do cumprimento, no âmbito condominial, das restrições impostas pelo poder público, não há que se falar em necessidade de deliberação em assembleia para impor restrições visando à contenção da pandemia de Covid-19 e em consonância com decretos estaduais e municipais.

Destarte, é de rigor a manutenção da sentença combatida e majoração dos honorários sucumbenciais para 20% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Isso posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1114300-51.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado LANCHONETE SALES JÚNIOR LTDA. ME., é apelado/apelante ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

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 à apelação da ré e deram provimento à da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.679)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA e MOURÃO NETO.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Apelação - Ação declaratória c.c. indenização por danos morais - Sentença de acolhimento parcial dos pedidos. Irresignação da autora procedente, improcedente a da ré. Cobranças exorbitantes realizadas pela média mensal de consumo dos doze meses anteriores, em época na qual a leitura presencial estava impossibilitada devido às restrições impostas pela crise da Covid-19. Estimativa, porém, em completo descompasso com a realidade, uma vez que o estabelecimento comercial da autora (lanchonete) estava fechado no período, também em função da pandemia. Concessionária ré que não deu a menor atenção às inúmeras reclamações da autora, embora tenha esta

encaminhado fotografias do relógio medidor, retratando a efetiva medida de consumo dos meses em questão. Acertada a sentença ao ter invalidado as faturas e determinado o recálculo do valor devido em liquidação, condenando a ré a restituir os pagamentos feitos em excesso. Sentença parcialmente reformada, para também acolher o pedido de incidência da dobra do art. 42 do CDC, por evidente a má-fé dos prepostos da ré, e para condenar esta última ao pagamento de indenização pelo dano moral presumido resultante do protesto das indigitadas faturas. Indenização que se arbitra na quantia de R$ 20.000,00, à luz da técnica do desestímulo, dado o grau de reprovabilidade da conduta da ré. Verbas da sucumbência integralmente atribuídas à responsabilidade da ré. Negaram provimento à apelação da ré e deram provimento à da autora.

VOTO

1. Trata-se de ação cominatória c.c. indenizatória ajuizada por LANCHONETE SALES JÚNIOR LTDA. ME em face de ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

Diz a autora, em síntese, que seu estabelecimento ficou totalmente fechado no período de março a agosto de 2020, em razão da determinação de isolamento social provocada pela pandemia Covid-19, e a ré deixou de fazer a medição no relógio medidor de energia neste período, passando a enviar faturas pela média anual de consumo. Tal circunstância prejudicou a autora, que não consumiu energia naquele período. Afirma que fez autoleituras e as enviou para a ré, mas esta última continuou enviando faturas cobrando valores correspondentes à média anual de consumo. Como se não bastasse, a ré ainda protestou duas faturas emitidas em nome da autora, o que fez com que esta ficasse impossibilitada de realizar compras para a reabertura da lanchonete. Donde a demanda, objetivando (i) seja a ré compelida a não interromper o fornecimento dos serviços em razão dos débitos relacionados ao período em que o estabelecimento ficou fechado e a não realizar o corte do fornecimento dos serviços em função do não pagamento das exorbitantes contas de energia; (ii) a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais, de R$ 40.378,59, consistente na somatória do valor global das faturas cobradas indevidamente (R$ 39.261,97), e da quantia correspondente ao pagamento das despesas para baixa do protesto indevido (R$ 1.116,61); (iii) por danos morais, em quantia correspondente a 20 salários-mínimos; e (iv) à repetição do indébito em dobro.

Acesso ao Sumário

A r. sentença julgou parcialmente procedente a ação para condenar a ré à repetição do indébito em relação aos valores cobrados a maior da autora como consequência da aplicação de cobrança pela média de consumo anual, montante este a ser apurado em liquidação de sentença. O pedido de indenização por danos morais foi rejeitado por considerar o sentenciante que "o dano moral relaciona-se com a violação dos direitos da personalidade, não bastando desagrados cotidianos para fundamentar o pedido" e que, "das circunstâncias narradas, percebe-se que os fatos suportados não são suficientes para gerar abalo moral indenizável". Pronunciou sucumbência recíproca, responsabilizando cada uma das partes pelas respectivas despesas processuais, além de honorários de seus próprios advogados, arbitrados estes em 10% sobre o valor da condenação (fls. 259/263).

Apelam ambas as partes.

Como fundamentos do pedido de reforma parcial da sentença, diz a autora, em síntese, que, por precaução, passou a realizar a autoleitura mensal no medidor de energia elétrica e enviar para a apelada por meio do aplicativo, mas esta última não as computou e continuou emitindo faturas com cobrança pela média, em valores exorbitantes, num momento de impossibilidade financeira da autora, em virtude da ausência de faturamento, pelo fato de o estabelecimento estar inativo. Afirma que fez reclamação na ouvidoria da ré e por meio do Procon, mas a primeira fez ouvidos moucos e ainda negativou o nome da autora. A cobrança exorbitante pela média anual de consumo continuou ainda no mês de setembro, após a troca do medidor de energia elétrica. Como se não bastasse, no mês de outubro a ré realizou uma cobrança vultuosa de 9.816 kWh, muito embora a leitura apontasse consumo de meros 2.702 kWh, e no mês de novembro cobrou 10.494 kWh, enquanto o consumo verificado foi de apenas 3.380 kWh. A autora tentou de todas as maneiras resolver a questão extrajudicialmente com a ré, sem êxito. Assim, deve a ré ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais, à repetição do indébito em dobro, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC, e ao pagamento da integralidade da honorária de sucumbência (fls. 272/287).

Acesso ao Sumário

De seu turno, diz a ré, em síntese, que: (a) as faturas declaradas inexigíveis foram cobradas com base nos termos do art. 111 da Resolução 414/10; (b) as faturas de abril a setembro foram revisadas para o valor de zero e a de outubro foi revisada de R$ 6.731,64 para R$ 3.111,74 e a de novembro de R$ 7.438,18 para R$ 2.311,43; (c) as faturas declaradas inexigíveis estão de acordo com o consumo efetivo da autora; (d) não cabe ao Poder Judiciário revisar questões eminentemente técnicas atinentes à atividade das agências reguladoras; (e) as faturas de abril a novembro devem ser declaradas exigíveis, diante do acerto de consumo nos termos do art. 111, §1º, da Resolução 414/10; (f) subsidiariamente, deve haver a revisão das faturas para constar o consumo efetivo da autora; e (g)

de toda sorte, a devolução deve se dar de forma simples (fls. 292/308).

2. Recursos tempestivos (fls. 271/272 e 292), preparados (fls. 288/289, 309/311 e 346/348) e respondidos (fls. 313/320 e 324/334).

É o relatório do essencial, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

3. Os elementos dos autos não deixam a menor dúvida de que a fornecedora de serviços ré emitiu as indigitadas faturas tomando por base a média de consumo dos últimos 12 meses.

Observe-se que as faturas dos meses de março (fls. 45/46) e abril de 2020 (fls. 47/48) assentam "leitura não executada" e a dos meses de maio (fls. 49/50), junho (fls. 51/52), julho (fls. 53/54), agosto (fls. 55/56) e setembro de 2020 (fls. 57/58), leitura "0", muito embora apontem elas os valores exorbitantes de R$ 4.832,65, R$ 4.075,63, R$ 4.600,57, R$ 4.524,98, R$ 4.716,84, R$ 5.068,09 e R$ 4.711,57, respectivamente.

A autora demonstrou nos autos que realizou inúmeras reclamações e solicitações de revisão da medida de consumo considerada, perante a ré, e que fez e enviou autoleituras do medidor, além de reclamação perante a ouvidoria da ré e junto ao PROCON (v. fls. 62/65, 71/72, 75 e 80).

As informações de fls. 66 e 67, apresentadas pela ré como resposta às "solicitações de análise de valores registrados na fatura de energia elétrica", limitaram-se a dizer que o "consumo está dentro da média histórica", e a de fl. 68, que "o valor cobrado na conta está correto. Isso porque a leitura do medidor de energia confere com a realizada pelo leiturista da Enel, o que foi comprovado através de foto do equipamento de medição ou em nova visita no local".

A circunstância de a ré ter "zerado" as faturas da autora correspondentes aos meses de abril a setembro de 2020, longe de corrigir a vistosa falha da concessionária de serviços, apenas prestigia a conclusão sobre a existência da incorreção.

Tal atitude da ré, aliás, apenas foi adotada após o ajuizamento desta demanda, em dezembro de 2020 (v. fls. 100 e 107).

Fato é que absolutamente nada justificava que a ré, sabedora da inatividade do estabelecimento da lanchonete autora e supostamente impossibilitada de realizar as leituras de consumo mensais, emitisse as faturas pelas médias de consumo dos doze meses anteriores à crise, sem nem mesmo considerar - pasmem - as fotografias retratando as autoleituras providenciadas pela própria autora e inseridas no "aplicativo" próprio (fls. 71/80).

Correta a sentença, pois, ao ter invalidado tais faturas e ao ter determinado o recálculo, para apuração do valor efetivamente devido, em liquidação.

Também acertada a condenação da ré à restituição dos valores pagos a maior.

Acesso ao Sumário

4. Procede o inconformismo da autora ao insistir na aplicação da dobra do art. 42, parágrafo único, do CDC.

Claríssimo está, com efeito, que a ré cobrou a maior, sem dar a maior atenção às justas reclamações da autora, por má-fé de seus prepostos ou, no mínimo, por falha indesculpável.

5. Também comporta acolhida a irresignação da autora no que diz respeito aos danos morais.

Efetivamente, é manifesto o dano moral experimentado pela empresa autora em razão do episódio tratado nos autos.

Isso porque ilícito se mostra o protesto tirado em nome da demandante pelo não pagamento dos débitos correspondente àquelas faturas indevidas (v. fls. 88/89), até mesmo porque, insisto, esta última dirigiu inúmeros questionamentos à ré, no plano administrativo - sem obter respostas convincentes.

E a jurisprudência moderna é tranquila ao pronunciar que o indevido protesto acarreta dano moral presumido, pelo inequívoco comprometimento que traz à imagem da pessoa natural ou jurídica, em termos de abalo ao crédito, tanto porque o ato também reflete nos chamados cadastros de proteção ao crédito.

No caso dos autos, isso é ainda mais certo a se considerar que a autora é pessoa jurídica e que o crédito é algo fundamental para qualquer sociedade empresária.

Em face desse contexto e dos critérios adotados por esta Turma Julgadora em casos análogos, a indenização deve ser arbitrada na quantia de R$ 20.000,00, a se considerar a reprovabilidade da conduta da ré e à luz da técnica do desestímulo.

Tal quantia experimentará correção monetária a contar da data da sessão de julgamento deste recurso (Súmula 362 do STJ) e será acrescida de juros de mora, de 1% a.m., a partir da citação, por se tratar de responsabilidade de fundo contratual.

6. Em suma: a r. sentença será parcialmente reformada, para o acolhimento dos pedidos de incidência da dobra do art. 42 do CDC e de indenização por danos morais.

Arcará a ré com as despesas do processo e com honorários em favor do advogado da autora, estes arbitrados em 15% sobre o montante da condenação, já nisso também considerada a regra do art. 85, §11, do CPC, por conta do improvimento do recurso da ré.

Nesses termos, meu voto **nega provimento** à apelação da ré e **dá provimento** à da autora.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020741-82.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado EZ TEC EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, é apelado/apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO QUALITY HOUSE JARDIM PRUDÊNCIA e Apelado WELLINGTON MEDEIROS BARBEZAN.

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 aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20451)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO e GALDINO TOLEDO JÚNIOR.

São Paulo, 26 de julho de 2021.

CÉSAR PEIXOTO, Relator

Ementa: Ação indenizatória por danos materiais e morais - Alagamento em apartamento residencial - Prestação dos devidos esclarecimentos pelo perito no sentido de que o alagamento não teve relação com as reformas realizadas no imóvel do autor e dos outros moradores - Perícia conclusiva sobre o subdimensionamento da rede de água pluvial, caracterizando vício construtivo, de responsabilidade da corré - Deficiência na manutenção desta rede pelo condomínio que, somada ao vício construtivo mencionado, ocasionaram o alagamento - Comprometimento pela corré da execução de alteração das tubulações de águas pluviais, com a finalidade de contemplar a individualização da tubulação das unidades autônomas do primeiro pavimento - Defeito na tubulação corroborado - Responsabilidade solidária configurada - Subsistência de discussão entre os réus a respeito da culpa pelos danos causados - Ausência de reparação ao autor - Dano moral presumido e intuitivo decorrente do alagamento e da demora na solução do problema - Indenização devida - Sentença mantida - Recursos não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelações manejadas contra sentença que julgou procedente, em parte, a ação indenizatória envolvendo alagamento em apartamento residencial, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização ao autor pelos prejuízos materiais sofridos, no valor de R$ 7.094,73, atualizados desde a elaboração dos orçamentos e acrescidos de juros da citação, bem como pelos danos morais, na quantia de R$ 10.000,00, atualizada a partir da sentença e com juros da citação, mas rejeitando o pedido de ressarcimento com despesas de hospedagem e impondo aos réus o reembolso das despesas do processo e o pagamento de verba honorária fixada em 15% do valor da condenação objetivando, em resumo, o reexame e a reversão do julgado com fundamento, em suma, (i) na realização de perícia falha, pois foi utilizado o relatório elaborado pelo engenheiro contratado pelo autor, (ii) na ausência de estudo técnico comprovando a ocorrência de subdimensionamento de pontos da rede de captação de águas pluviais e equívocos no projeto, baseando-se a conclusão apontada pelo perito na carta que a equipe da própria apelante enviou ao condomínio, (iii) no fato de que foi a falta de manutenção dos ralos/rede que ocasionou o alagamento que, inclusive, só aconteceu uma vez, não se repetindo após a devida limpeza, (iv) na instalação irregular da cobertura no terraço descoberto pelo próprio apelado, incidindo em perda da garantia, (v) na concessão de autorização somente pelo condomínio no tocante ao envidraçamento efetuado, inexistindo consentimento do projetista e da construtora, (vi) no entupimento dos ralos do primeiro andar por conta dos detritos lançados pelas obras realizadas pelos moradores, (vii) na culpa exclusiva dos moradores e do condomínio pelos fatos narrados, (viii) na ausência de nexo causal, (ix) na inocorrência de danos morais (corré Ez Tec Empreendimentos e Participações S.A.), (x) na ocorrência do alagamento em virtude da falha no projeto original da construtora corré, (xi) no fato de que a alteração realizada nas varandas não contribuiu para o alagamento, (xii) na falta de constatação de ausência de limpeza por parte do condomínio nas tubulações de água, (xiii) na produção de prova a respeito do subdimensionamento das prumadas e (xiv) no descabimento da responsabilização do condomínio, devendo somente a corré ser condenada (réu condomínio Edifício Quality House Jardim Prudência).

Tempestivas, preparadas e respondidas.

Na espécie, inconsistentes os recursos, primeiramente porque, em relação à apelação interposta pela corré, a hipótese foi de mero descontentamento com o resultado proferido na perícia que, por sua vez, não se baseou somente na carta enviada pela corré, pela qual ela afirmou ter solicitado ao projetista de hidráulica alteração no projeto de instalação hidráulica, contemplando a individualização da tubulação de águas pluviais das unidades autônomas do primeiro pavimento, tampouco no laudo elaborado pelo engenheiro Fábio.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, o *expert* realizou vistoria no imóvel objeto do alagamento, oportunidade em que pôde concluir pela ausência de qualquer alteração estrutural no imóvel do autor mesmo após o envidraçamento das áreas laterais, o qual, inclusive, diminui o volume de água da chuva na tubulação, págs. 834/835, neutralizando qualquer tese articulada no sentido de que houve culpa concorrente do autor.

Outrossim, também foi concluído que a cobertura realizada no terraço descoberto da unidade adjacente à unidade 12 (doze) não contribuiu para a entrada de água na unidade do autor, decorrendo o alagamento exclusivamente do subdimensionamento da rede de água pluvial associado à deficiência na manutenção dessa rede pelo condomínio, inexistindo qualquer relação com as reformas realizadas pelo autor, pág. 841, ficando caracterizado o vício construtivo.

Ainda, por mais que a correspondência de págs. 41/42, por si só, seja insuficiente para comprovar a culpa da corré, incabível ignorar o conteúdo constante dela, tendo em vista que a própria apelante se comprometeu a individualizar a tubulação de águas pluviais das unidades autônomas do primeiro pavimento, o que corrobora as conclusões do perito sobre o defeito existente nas tubulações.

No mais, inexiste controvérsia a respeito do fato de que o vizinho do autor também suportou o mesmo problema, ajuizando ação contra os réus, obtendo sentença de procedência em relação à corré, págs. 1.009/1.015, confirmada em segunda instância por acórdão unânime que manteve o entendimento aqui também adotado de que foi devidamente comprovado o subdimensionamento do sistema de escoamento de águas pluviais, págs. 735/753 da Apelação n. 1034706-64.2015.8.26.0002, devendo ser ressaltado, inclusive, o fato de que tendo ocorrido alagamento em outra unidade não há como se cogitar que a inundação ocorrida no apartamento do autor decorreu do acúmulo de detritos localizados na tubulação pelas obras realizadas.

Ademais, a despeito da alegação da corré sobre a inocorrência de novos alagamentos - fato controverso, já que foi informada nova inundação no mês de fevereiro de 2016, págs. 587/593 -, o perito explicou devidamente que a ocorrência de novos alagamentos não se repetiu apenas e tão somente porque o condomínio realizou a manutenção da limpeza na tubulação de água pluvial, pág. 1.162, sendo que o alagamento decorreu, conforme já exposto, do vício construtivo, de responsabilidade da corré, somado à falta de manutenção da rede hidráulica por parte do condomínio.

Donde o afastamento, igualmente, da tese suscitada pelo condomínio no sentido de que ele não deve responder pelos danos constatados, pág. 1.274, porquanto muito embora o perito tenha apenas afirmado que a falta de limpeza, com o passar do tempo, pode provocar o entupimento da tubulação, ocasionando o retorno da água, pág. 835, o *expert* foi claro quanto à responsabilidade do con-

Acesso ao Sumário

domínio, já que houve deficiência na manutenção da rede de água pluvial por ele, daí a caracterização da responsabilidade solidária e o dever de reparar os danos suportados pelo autor.

A propósito, constou do laudo, pág. 841:

"Do que pudemos concluir após a realização da vistoria, o alagamento informado na inicial foi causado devido a dois fatores, a saber: subdimensionamento da rede de água pluvial proveniente dos apartamentos do primeiro pavimento, associado à deficiência na manutenção dessa rede por parte do condomínio, não estando relacionado com as reformas realizadas pelo autor em sua unidade."

Já o dano moral foi presumido e intuitivo pelas próprias circunstâncias fáticas do acontecimento historiado, derivados da inundação ocorrida no apartamento residencial do autor, ocasionando a perda (i) do piso laminado da sala, lavabo, varanda coberta e suíte, (ii) da manta acrílica sob o piso laminado, (iii) dos rodapés de MFD laminados, bem como dano no tapete da sala, pág. 832, gerando a necessidade de reparos na unidade em que o autor reside, ultrapassando o mero dissabor, daí o cabimento do ressarcimento em importância equivalencial à gravidade da ofensa, mormente considerando que o autor teve que ajuizar a presente ação para obter o ressarcimento devido, de forma que, ainda que tenha sido realizada vistoria no dia seguinte ao alagamento, a reparação devida ao autor não foi feita, subsistindo entre os réus discussão a respeito da culpa pelo ocorrido que, inegavelmente, afetou tão e somente o autor que teve que aguardar até aqui para solucionar o seu problema, ficando mantida a indenização.

Por fim, mantida a sentença, de rigor a majoração da verba honorária sucumbencial para 17% do valor da condenação, art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, representando importância suficiente e condigna como contraprestação remuneratória pelos serviços executados no desempenho do mandato.

Do exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009203-31.2021.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MARCIO DOS SANTOS ALBERTE, é apelada/apelante LUANA ROBERTA RODRIGUES VIANA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao apelo do réu, prejudicado o apelo da autora. V.U.",

de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.574)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente) e RODOLFO CESAR MILANO.

São Paulo, 3 de agosto de 2021.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Locação. Ação de reparação por danos morais. Realização de obras pelo locador no imóvel locado. Ausência de prova de redução da área locada. Danos morais decorrentes das obras sem que a locatária tivesse conhecimento de sua extensão e prazo de conclusão. Fatos confessados pelo locador. Valor da condenação que deve ser reduzido para evitar enriquecimento indevido. Apelo do réu parcialmente provido, prejudicado o apelo da autora.

VOTO

Vistos,

Trata-se de ação de indenização por dano moral, promovida por Luana Roberta Rodrigues Viana em face de Marcio dos Santos Alberte, que a r. sentença de fls. 92/96 julgou procedente, para condenar o réu a pagar à autora indenização por dano moral, no valor de R$ 5.000,00, com correção monetária, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde esta data, e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Em razão da sucumbência, arcará o réu, com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Apela o réu (fls. 99/105), alegando que existe um contrato de locação entre as partes, e que eventual descumprimento deveria ser tratado por outro meio, e não por uma condenação por dano moral. Aduz que as obras realmente não eram emergenciais (estruturais), mas eram necessárias conforme explanado na contestação e fica claro que todos aceitaram a necessidade das obras apesar se seus transtornos.

Apela a autora (fls. 111/117), alegando que houve a nítida violação ao direito de habitação pacífica pelo locador, a frustração e o grave descumprimento contratual, que justifica a majoração da indenização fixada pelo juízo. Pede também majoração da verba honorária arbitrada.

Recursos respondidos.

Acesso ao Sumário

É o Relatório.

Pacífica a existência de contrato de locação entre as partes, e a realização de obras no local pelo proprietário. Isso não foi negado.

Pacífico também que a extensão dessas obras não eram de conhecimento da autora (locatária).

As fotos juntadas aos autos indicam inclusive modificação do imóvel, só não existindo prova de redução de área locada.

Na inicial a autora deixou claro que a área da frente do imóvel restou ocupada por entulho da obra realizada.

O réu, na verdade, confessa a realização das obras, e procura justificar sua conduta com o conhecimento dos locatários (não apenas da autora).

Mas esse conhecimento não é suficiente para afastar a responsabilidade do autor.

É dele, locador, a responsabilidade pelo uso tranquilo do imóvel locado pelo locatário.

Ele mesmo disse na apelação que... "*existe um contrato de locação fundamentado na Lei do Inquilinato onde as partes reconhecem e assinam as perfeitas condições de uso e moradia do imóvel locado em questão, e no respectivo contrato existe uma penalidade para quem o descumpre, portanto, qualquer possível existência de conflitos, ou infrações contratuais, deveria ser tratada por outros meios e não, por meio de alegações de danos morais.*" (fls. 102).

Mas o dano moral ocorreu no caso dos autos, pela forma como os fatos ocorreram, bastando para isso ler a mensagem eletrônica do autor (fls. 25), onde confessa o que fez, procura justificar, e ainda apresenta ameaça velada aos locatários.

Houve mais do que mero aborrecimento, tendo a autora tido que conviver com obras cuja extensão nem sabia, e por período tampouco conhecido.

Como dito pela culta magistrada sentenciante:

"*Destarte, forçoso é convir que restou configurado dano moral indenizável, haja vista os transtornos, frustração, tristeza, angústia e sensação de impotência sofridos pela autora antes às consequências geradas em seu lar, em razão da conduta ilícita do réu (descumprimento de obrigações legais), que transbordam os limites do mero aborrecimento e atingem a honra subjetiva.*" (fls. 95).

Com relação ao valor da reparação tenho, com o devido respeito, como excessivo para a extensão do dano.

Considerando a condição das partes, a situação em que ocorreram os fatos, e principalmente a extensão dos danos, tenho que o valor de R$ 3.000,00 é suficiente para a reparação pretendida, atento também que esse valor é apro-

Acesso ao Sumário

ximado e correspondente à multa contratual prevista no contrato para eventual violação de suas cláusulas.

A verba honorária fica arbitrada como posto na r. sentença, já atentando-se à atuação recursal dos patronos, ficando acolhido em parte o apelo do réu e prejudicado o exame do apelo da autora que visava elevação do valor da condenação e nova fixação da honorária.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO EM PARTE ao apelo do réu, PREJUDICADO o apelo da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0007785-23.2017.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que é apelante NELSON PIM (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CAIXA SEGURADORA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Preliminar rejeitada e recurso provido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37304)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), JAMES SIANO e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 3 de agosto de 2021.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: CONTRARRAZÕES - Preliminar de não conhecimento - Inadmissibilidade - Recurso do autor que ataca os fundamentos da sentença - Cumprimento do art. 1.010, incs. II e III, do Código de Processo Civil - Preliminar rejeitada.

INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - Moradia adquirida pelo Sistema Financeiro de Habitação - Vícios de construção - Improcedência do pedido - Inconformismo do autor - Acolhimento - Alegação de ausência de cobertura securitária - Constatação pericial de vícios de construção - Exclusão contratual abusiva - Indenização que é de responsabilidade da seguradora - Sentença reformada - Recurso provido.

Preliminar rejeitada e recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização securitária ajuizada por Nelson Pim em face de Caixa Seguradora S.A., tendo a r. sentença de fls. 483/485, de relatório adotado, julgado improcedente o pedido.

Inconformado, apela o autor sustentando, em síntese, que a relação é de consumo, de sorte que a cobertura dos danos físicos do imóvel decorrentes de vícios de construção não pode ser excluída do contrato. Colaciona precedentes jurisprudenciais sobre o tema. Requer, pois, o provimento do recurso (v. fls. 570/575).

Recurso respondido, com preliminar de inadmissibilidade (v. fls. 659/667).

É o relatório.

O recurso merece provimento.

De início, não há falar em ausência de impugnação aos termos da r. sentença, já que o autor impugnou os fundamentos da sentença, ainda que tenha reproduzido as teses arguidas na inicial e durante a instrução. Ou seja, atacou a sentença. Sendo assim, a apelação observou o art. 1.010, incs. II e III, do Código de Processo Civil.

No mais, depreende-se dos autos que o autor ajuizou a presente demanda, sob a alegação de que é adquirente de moradia pelo Sistema Financeiro de Habitação, ressaltando que com o negócio também foi obrigada a contratar o seguro habitacional, cujo valor é automaticamente embutido no contrato de financiamento.

A r. sentença apelada julgou o pedido improcedente, sob o fundamento de que os vícios construtivos não estão incluídos na cobertura securitária.

Respeitado o entendimento do MM. Juízo *a quo*, a jurisprudência desta Corte concluiu que a cláusula de exclusão de cobertura de vícios de construção contraria frontalmente a natureza da contratação, cujo escopo é justamente resguardar os segurados de defeitos físicos dos imóveis com vistas a impedir a sua utilização para moradia, o que inclui, por óbvio, os vícios de edificação.

Acesso ao Sumário

É o que se extrai da leitura do art. 51, § 1º, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor e dos arts. 424 e 427 do Código Civil (Apelação n. 994.02.024806-2, Cubatão, Rel. Des. Silvério Ribeiro; Apelação n. 994.09.32223-7, Barra Bonita, Rel. Des. Erickson Gavazza; Apelação n. 990.10.095797-0, Jaú, Rel. Des. James Siano).

Portanto, é inafastável o dever da seguradora-ré de indenizar o autor.

Note-se que a perícia elaborada apurou o valor necessário à recuperação do imóvel, o qual deverá ser ressarcido ao autor (v. fls. 446/448).

Registre-se, por oportuno, que como o autor não tratou da multa decendial nas razões recursais (v. fls. 39 e 570/575), tal matéria não foi devolvida ao

tribunal para exame.

Em suma, é caso de provimento do recurso de apelação para julgar procedente em parte o pedido, condenando a apelada no pagamento das despesas necessárias para a reforma e recuperação do imóvel discutido, corrigido monetariamente a partir da data do laudo (22/3/2021 - fls. 458) e acrescido de juros de mora contados da citação.

Finalmente, considerando o disposto no art. 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a ré arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no porcentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000736-56.2019.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante MARIA APARECIDA EUZÉBIO, é apelada IGREJA MUNDIAL DO PODER DE DEUS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO PROVIDO. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.336)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Presidente), LUÍS ROBERTO REUTER TORRO e ALFREDO ATTIÉ.

São Paulo, 4 de agosto de 2021.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ACESSÓRIOS POR FALTA DE PAGAMENTO. Contrato de locação. SENTENÇA de parcial procedência. APELAÇÃO da autora, que visa tão somente à revogação do benefício da "gratuidade" concedido à parte adversa na sentença. EXAME: Pedido de "justiça gratuita" formulado por Pessoa Jurídica. Aplicação da Súmula 481 do C. Superior Tribunal de Justiça. Ré que não comprovou nos autos a cogitada situação de

Acesso ao Sumário

"hipossuficiência financeira" apta a justificar a concessão da benesse. Presunção legal de veracidade da alegação de "pobreza" que somente se aplica à pessoa física. Revogação da "gratuidade" questionada que se faz de rigor, circunstância que afasta a suspensão da exigibilidade dos ônus sucumbenciais. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "***Ação de Cobrança por Falta de Pagamento de Aluguel e Acessórios***" ajuizada por Maria Aparecida Euzébio contra Igreja Mundial do Poder de Deus, sob a alegação de "*ter celebrado com a ré contrato de locação do imóvel descrito na inicial. Alega que a ré está em mora com o pagamento dos alugueres desde 1º de dezembro de 2018, além dos IPTUs dos anos de 2013 a 2018, totalizando o valor de R$ 16.800,00. Ao final, requereu a procedência da ação*", conforme relatado a fl. 127.

A MMª. Juíza "*a quo*" proferiu a r. sentença apelada, decidindo "*in verbis*": "*... julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil, para: a) condenar a ré ao pagamento para a autora dos aluguéis e demais encargos objeto da petição inicial, bem como os vencidos no curso da lide, até o efetivo pagamento, com atualização monetária pela Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça de São Paulo e juros legais, tudo a incidir desde a data de cada vencimento, além da multa contratual de 10%; e b) ante a sucumbência ínfima do autor, condenar a ré a pagar para a autora as custas processuais e os honorários advocatícios, ora arbitrados em 10% do valor atualizado da condenação,* ***ressalvado o benefício da justiça, ora deferido, vez que pendente de apreciação****. P.I.C.*" ("*sic*", fls. 127/128).

Inconformada, apela a autora visando tão somente à revogação do benefício da "*gratuidade*" concedido à parte adversa na sentença (fls. 131/135).

Anotado o Recurso (fl. 164), o prazo para contrarrazões fluiu em silêncio (fl. 202).

É o **relatório**, adotado o de fl. 127.

A Apelação comporta conhecimento, porquanto observados os requisitos de admissibilidade no tocante, inclusive com a impugnação específica aos fundamentos deduzidos na sentença (v. artigos 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil).

Embora o entendimento da MMª. Juíza "*a quo*", a r. sentença apelada comporta mesmo reforma.

Acesso ao Sumário

Com efeito, é cediço que o benefício da "*gratuidade*" é reservado para casos absolutamente excepcionais, mediante a demonstração da situação de "*hipossuficiência financeira*". E, tratando-se de pedido formulado por Pessoa Jurídica, o C. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 481, que estabelece "*in verbis*" que: "*Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*".

No caso vertente, não restou demonstrada a necessidade efetiva da concessão da benesse para a Igreja ré (v. artigo 44, inciso IV, do Código Civil). E isso porque a Igreja demandada não trouxe aos autos qualquer documentação comprobatória dos requisitos exigidos no tocante, nem mesmo em sede de contrarrazões recursais (v. fls. 89/114).

Como quer que seja, mera alegação da apelada em sede de contestação no sentido de que não possui finalidade lucrativa, sem condições financeiras para arcar com as custas e despesas processuais, não basta para a concessão da "*justiça gratuita*".

Demais, é de conhecimento comum que o País como um todo enfrenta atualmente momento de grande dificuldade econômica, de modo que se tal fato fosse suficiente para a concessão da "*gratuidade*", o benefício deveria ser deferido a todos e de forma automática. Tal não se pode conceber, mesmo porque a presunção de pobreza somente se aplica à pessoa física, "*ex vi*" do artigo 99, § 3º, do Código de Processo Civil.

Assim, não comprovada de modo cabal a "*hipossuficiência financeira*" da ré no caso vertente, impõe-se a revogação do benefício da "*gratuidade*" a ela concedido na Vara de origem.

Resta o acolhimento do Recurso por conseguinte.

A propósito, eis a Jurisprudência:

2019570-06.2021.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Previdência privada

Relator(a): Francisco Carlos Inouye Shintate

Comarca: Santa Cruz do Rio Pardo

Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 31/03/2021

Data de publicação: 31/03/2021

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Justiça gratuita - Pessoa jurídica sem fins lucrativos - Entidade que não faz jus, automaticamente, à gratuidade processual - Necessidade de prova da alegada hipossuficiência - Inexistência - Benefício indevido - Precedentes - Decisão mantida - Recurso desprovido.

2227595-58.2020.8.26.0000

Acesso ao Sumário

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Responsabilidade Civil

Relator(a): Milton Carvalho

Comarca: Campinas

Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 15/10/2020

Data de publicação: 15/10/2020

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Gratuidade da justiça indeferida. Pessoa jurídica. Possibilidade de gozo do benefício desde que comprovada situação de necessidade, nos termos da súmula 481 do STJ. Agravante que não se desincumbiu de tal ônus. Impossibilidade de arcar com as custas do processo não verificada. Recurso desprovido.

2169606-31.2019.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Estabelecimentos de Ensino

Relator(a): Rebello Pinho

Comarca: Piracicaba

Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 26/08/2019

Data de publicação: 03/09/2019

Ementa: GRATUIDADE DE JUSTIÇA - Pedido formulado na petição inicial - Agravante pessoa jurídica não produziu prova da ausência de condições financeiras para arcar com as despesas processuais, ainda que parcial e momentânea - Meras alegações de impossibilidade econômico-financeira para arcar com as custas e despesas processuais, sem discriminação e prova de valores das receitas e despesas e dos montantes relativos a custas e despesas processuais, como acontece no caso em exame, não justificam a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça a pessoas jurídicas sem fins lucrativos - Manutenção da r. decisão agravada que indeferiu a concessão do benefício da gratuidade de justiça - Revogação do efeito suspensivo concedido. Recurso desprovido.

Impõe-se, pois, a reforma parcial da r. sentença apelada somente para revogar o benefício da "*gratuidade*" concedido à ré na Vara de origem, ficando mantido no mais o julgado pelos próprios e jurídicos fundamentos, inclusive no que tange aos ônus sucumbenciais, cuja exigibilidade não se acha mais sujeita à suspensão prevista no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, dá-se provimento ao Recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021145-34.2019.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DENISE DE

OLIVEIRA MARQUES (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado SAMBAIBA TRANSPORTES URBANOS 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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.119)**

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

São Paulo, 5 de agosto de 2021.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação Cível - Acidente de Trânsito. Se a ré realiza manobra imprudente, ao realizar cruzamento de faixa preferencial de ônibus para acesso a lote lindeiro, sem dar preferência ao transporte coletivo, e sem uma prévia manobra de mudança de faixa para, somente depois, realizar a segunda manobra de saída da via, deve responder pelos danos causados ao coletivo, em razão do acidente - Sendo compreensível a forma como a testemunha realizou suas afirmações, ainda que equivocadas, não se há de falar em expedição de ofício para apuração de suposto crime de falso testemunho - Desprovido o recurso, de majorar-se o valor dos honorários. Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 140/142 julgou procedente o pedido inicial e improcedente a reconvenção, condenando-se a ré reconvinte ao pagamento de R$4.986,80, a título de danos materiais, além de R$5.241,60, a título de lucros cessantes, além das verbas sucumbenciais. Apela a ré a fls. 144/150. Contrarrazões a fls. 153/161.

É o relatório.

Correta a procedência do pedido inicial. É incontroverso que o ônibus da autora vinha por sua faixa exclusiva de coletivos, à direita da via, e que a ré vinha pela faixa imediatamente à direita daquela exclusiva na qual estava o ônibus. Incontroverso, ainda, que foi a ré quem realizou manobra para cruzar a faixa de ônibus e ingressar em lote lindeiro (posto de combustível), momento no

Acesso ao Sumário

qual ocorreu o acidente, tendo o ônibus colidido sua parte frontal com a esquina traseira direita do automóvel da ré (ver croqui de fl. 65).

A culpa é exclusiva da ré. Ora, em primeiro lugar, se a faixa é preferencial a ônibus, em nenhum momento outros veículos de categoria diversa podem deixar de dar a devida preferência aos coletivos, seja para realização de conversões permitidas à direita, seja para acesso a lotes lindeiros.

Em segundo lugar, não é crível que a ré queira se eximir de culpa se realizou um cruzamento de faixas para sair da via: a manobra correta seria o deslocamento, ainda em marcha, para a faixa da direita (exclusiva), dando a devida preferência aos coletivos, demais veículos que já viessem pela faixa e tudo mediante o acionamento da seta; somente em seguida, após consolidar-se, em marcha, na faixa da direita, é que nova manobra de acesso ao lote lindeiro, também mediante o uso de seta, poderia ser realizada. Tudo indica que a ré estava na segunda faixa e, na altura do posto, já realizou manobra para cruzar a faixa de ônibus e acessar o lote lindeiro em uma única manobra.

Ademais, não se há de falar em excesso de velocidade do coletivo. Não há nenhuma prova nesse sentido, sendo certo que não veio aos autos cópia do tacógrafo (e a prova não poderia ser exigida da autora, a qual não pode ser obrigada a produzir uma prova negativa). Além disso, a fotografia de fl. 66 (danos no veículo da ré) dão conta de que a colisão aconteceu em baixa velocidade. Outrossim, o depoimento da testemunha não é suficiente para demonstração de excesso de velocidade do ônibus, uma vez que outros elementos afastam essa arguição.

Não há razão para envio de ofício, seja ao Ministério Público ou à autoridade policial, para apuração de eventual crime de falso testemunho. A afirmação feita pela testemunha se deu com base naquilo que ela (testemunha) observou da sua realidade. É compreensível que pessoas comuns, que raramente tenham visto um acidente de veículos, se surpreendam com uma colisão envolvendo um veículo de grande porte (ônibus), tendo a sensação de que o impacto se deu de maneira muito mais violenta do que a realidade.

Acesso ao Sumário

Observo que não se há de falar em contranotificação, uma vez que não há certidão, nestes autos, de que qualquer comunicação já tenha sido expedida pelo juízo de primeiro grau. De qualquer modo, fica esclarecido que a determinação de expedição de ofício, contida na r. sentença, fica desde logo afastada.

Por conseguinte, nego provimento à apelação, com a observação feita no parágrafo anterior. Em razão do desprovimento do recurso, a alíquota dos honorários fica majorada para dezesseis por cento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1115948-03.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, é apelado MARCELO CERTAIN TOLEDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.731)**

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

São Paulo, 30 de julho de 2021.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. Ação de indenizatória de danos materiais. Pretensão de reembolso integral das despesas com honorários médicos. Autor que se submeteu a intervenção cirúrgica emergencial e que não foi reembolsado do total do valor gasto. Sentença de procedência. Apelo da requerida que sustenta, em síntese, que agiu em conformidade com o contrato celebrado entre as partes, que prevê limites no valor de reembolso de despesas aos beneficiários, situação esta que era do conhecimento da autora, acrescentando que não há ilicitude em sua conduta. Recusa abusiva. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 134/136, aclarada por embargos declaratórios acolhidos às fls. 147/148 que nos autos da AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL ajuizada por MARCELO CERTAIN TOLEDO em face de BRADESCO SAÚDE S.A., JULGOU PROCEDENTE EM PARTE a ação para o fim de condenar a ré no reembolso integral dos honorários médicos, no valor de R$ 12.000,00, acrescido de correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde o desembolso e juros moratórios a partir da citação, bem como na obrigação de fazer consistente em apresentar nova forma de cálculo de reembolso, compatível com o plano contratado pelo requerente, sendo vedada a multiplicação por fator nulo.

Acesso ao Sumário

Por ter sucumbido em maior parte o réu arcará com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A ré apelou (fls. 150/162).

Pretende a reforma do decisum, alegando, em extensas razões, que não há como obrigá-la a reembolsar as despesas pagas com os honorários médicos, pois o contrato entabulado não possui esta cobertura, por trata-se de um plano 00, que afasta qualquer responsabilidade de reembolso; que sua condenação a arcar com estas despesas significa desvirtuar a própria essência do seguro-saúde e não abusividade ao CDC, já que a cláusula de exclusão é clara e bem redigida, não havendo abusividade em sua conduta, não havendo falar-se em danos indenizáveis.

Recurso preparado, apresentadas contrarrazões sustentando a manutenção da sentença (fls. 173/187).

É o relatório.

O autor ajuizou a presente demanda indenizatória alegando que é titular do seguro saúde *Bradesco Saúde Individual* oferecido pela ré.

Objetiva, em síntese, reembolso de honorários médicos.

Relatou que sofreu acidente, mais especificamente, queda de cavalo, com fratura da clavícula. Aduziu que foi submetido a procedimento cirúrgico pagando aos médicos a quantia de R$12.000,00. Afirmou recusa injustificada do reembolso pelo réu. Pediu a procedência da ação.

Em contestação, o réu alegou exclusão contratual para cobertura de honorários médicos. Pede a improcedência da ação (fls. 80/95).

Sobreveio sentença de parcial procedência às fls. 134/136 e fls. 147/148.

Em que pese o esforço combativo da ré, a sentença deverá ser integralmente mantida.

Inadmissível a postura da ré.

Acesso ao Sumário

De saída, observo que as cláusulas sobre limites de reembolso em seguros e planos de saúde devem conter informação adequada e clara (art. 6º, III do CDC), declinar informação correta e precisa sobre a extensão da cobertura contratada (art. 31 do CDC) e outorgar oportunidade de o consumidor tomar conhecimento prévio de todo o conteúdo dos limites de reembolso, facilitando a compreensão de seu sentido e alcance (art. 46 do CDC), o que não se vislumbra no caso em tela.

Com efeito, não seria razoável exigir que as empresas de plano de saúde reembolsassem todos os seus clientes na mesma medida, se há diferença entre o padrão dos planos e, consequentemente, do valor do prêmio exigido para cada um deles.

Não se perca de vista que no presente caso há relação de consumo por conta do fornecimento de serviço de atendimento à saúde, característica presente nos denominados planos de saúde, formalizada por meio de contrato de adesão, com conteúdo pré-fixado.

Assim, as cláusulas que regem a relação devem ser interpretadas à luz do Código de Defesa do Consumidor. E nesse ponto, a exclusão imposta pela ré ofende a regra do art. 51, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.078/90, que presume exagerada a vantagem do fornecedor que "***restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual***".

Parte-se, aqui, de manifesta relação de consumo travada entre as partes, assumindo a ré, porque prestadora de serviços, a posição de fornecedora e o autor, destinatário final de tais serviços, a de consumidor. Isso, por consequência, faz militar em favor deste último todos os princípios norteadores do Código de Proteção ao Consumidor, protegendo-o, assim, de cláusulas contratuais abusivas impostas pela fornecedora e que venham a acarretar o desequilíbrio contratual, notadamente aquelas que "***estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade***" (artigo 51, IV).

Ademais, é o caso de aplicação do Código de Defesa do Consumidor conforme estabelecido pela Súmula nº 469 STJ: "***aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde***". Ademais, pela Súmula nº 100 deste E. Tribunal de Justiça: "***O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.***"

A controvérsia, no caso concreto, cinge-se, pois, à licitude da negativa exarada pela ré sob o fundamento de que o reembolso foi realizado em consonância e nos limites do quanto previsto no contrato de apólice de seguro.

Não se nega, em regra, a validade da limitação do reembolso das despesas médicas havidas pelo beneficiário em hipótese de livre escolha do estabelecimento ou profissional médico responsável pelo seu tratamento, pois referida limitação visa manter o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, diretamente relacionado com a mensalidade paga pelos segurados.

Ora, a conduta da requerida revela-se nitidamente abusiva, deixando o associado em situação de desvantagem, ferindo o princípio da vulnerabilidade, previsto no Código de Defesa do Consumidor.

O *caput* do art. 4º da Lei nº 8.078/90 é claro ao estabelecer que o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo deve ser o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida,

Acesso ao Sumário

bem como a transparência e harmonia nas relações de consumo.

Já o inciso I desse dispositivo é expresso quanto à necessidade de observância do princípio da vulnerabilidade do consumidor, demonstrando ser ele, a parte mais frágil, da relação consumerista.

Vale referir que tal contrato não pode servir apenas aos interesses da Apelante, mas deve estar em conformidade com sua função social.

A esse respeito, valiosa a lição de Nelson Nery Júnior e de Rosa Maria de Andrade Nery:

> "*(...) 'O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da socialidade (CF 3º, I) e da justiça social (CF 170 caput), da livre iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC 51, XIV)*'". (Código civil comentado 5ª ed. São Paulo Revista dos Tribunais 2007 p. 477 nota 11 ao art. 421)
>
> E prosseguem os autores
>
> "(*...) O contrato tem de ser entendido não apenas como as pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade. Interessa a toda a sociedade, na medida em que os standards contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas. Tudo o que ocorre relativamente a um contrato terá, forçosamente, repercussão em outros casos que digam respeito ao mesmo tipo de contrato. Essa é apenas uma das consequências da nova socialidade do contrato. Além de útil, o contrato tem de ser também justo*" (Código civil comentado 5ª ed. São Paulo Revista dos Tribunais 2007 p. 477 nota ao art. 477)

Outrossim, negar-se o reembolso das despesas pagas a título de honorários médicos, sob a alegação de exclusão contratual, implicaria na negação da própria finalidade do contrato que é assegurar a continuidade da vida e da saúde, deixando o prestador de serviços de atuar com o cuidado próprio à sua atividade, especialmente em função da natureza a ela correspondente, cautela que tem a ver com a própria dignidade da pessoa humana e o quanto dela resulta, no tocante ao conveniado.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se essa outra forma pela qual o cuidado, em mais de uma de suas múltiplas facetas, acaba por se manifestar, em reafirmação do quanto se vem a respeito dele afirmando, relativamente a constituir-se em verdadeira instituição jurídica e que acaba por integrar inúmeras circunstâncias das relações entre os cidadãos e do Estado para com eles.

Sim, pois e sob sua consideração com tal moldura, estão envolvidos aspectos variados e tanto pertinentes à maneira como se conduz os participantes da relação jurídica, como a forma que o Estado reage ao ser provocado em função

da necessidade de intervir para estabelecer o equilíbrio preciso e indicar qual a responsabilidade atribuível a cada uma das partes, na esfera de atribuições que lhes concernem em dada situação da vida, fática ou jurídica, principalmente quando exista a necessidade de intervenção do particular para suprir aquilo que o poder público não tem condição de oferecer, na promoção do bem comum ou de todos os cidadãos (CF, art. 3º, IV).

Assim, não se há falar em legalidade de cláusula contratual que prevê a exclusão de reembolso de despesas referentes a honorários médicos, pois dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, que:

> "*São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> *(...)*
>
> *IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*
>
> *(...)*".

De se salientar que, ainda que o artigo 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor permita a limitação dos direitos do consumidor, o certo é que tais cláusulas devem ser redigidas com destaque, caracteres de cor diferente, tarjas que destaquem seu conteúdo ou letras maiores que a das demais, o que não se verificou na hipótese.

Ademais e ainda que haja previsão contratual de exclusão do procedimento, o certo é que se cuida de contrato de adesão, no qual pouco resta à parte para opinar no momento do acerto, sendo inviável a elaboração de contrato individual, tendo a contratante que optar por aquele que lhe é mais conveniente, mas nem sempre é aquele por ela pretendido e, sempre é o que convém às empresas, tanto que para amparar tais situações desiguais é que se editou o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, sob qualquer aspecto que se analise o caso, entende-se que a negativa de reembolso dos honorários médicos se mostrou abusiva, devendo o autor ser ressarcido.

Assim, entendo que a sentença deu correto desfecho à lide, não comportando reforma.

Nesse contexto e levando-se em conta a manutenção da sentença necessária a majoração dos honorários advocatícios devidos pela requerida ao patrono da parte autora nos termos do artigo 85, §11, do CPC, para 20% sobre o valor da condenação.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos

Acesso ao Sumário

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.

Prescindível, portanto, qualquer acréscimo aos sólidos fundamentos deduzidos pelo magistrado de primeiro grau, que ora ficam ratificados.

De todo exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010752-73.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RODRIGO JÚLIO SIMÕES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada MOMENTUM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47840)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 3 de agosto de 2021.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: Apelação. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Rescisão contratual. Na pendência de relação contratual, é lícito a qualquer das partes requerer o rompimento do liame. Súmulas 1 a 3 do TJSP, e 543, do STJ. Abusividade de retenção conforme estipulado em contrato (5% sobre o valor do imóvel), pois já foi estipulado a retenção de 20% dos valores pagos, a título de compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor. Impossibilidade, de aplicabilidade da taxa de fruição de 1% do preço do imóvel ao mês, pois o bem adquirido é um lote sem edificação. Sentença reformada, afastada a retenção de multa contratual e taxa de fruição (cláusula 11.1 do contrato). Sucumbente a requerida arcará com as custas e des-

Acesso ao Sumário

pesas processuais. Honorários advocatícios fixados ao advogado do autor em 12% do valor da condenação (Art. 85, §§, 2º e 11º do CPC). RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de rescisão contratual c.c. devolução de valores pagos c.c. pedido de tutela antecipada julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. da lavra da i. Magistrada Camila Rodrigues Borges de Azevedo, de relatório adotado.

Apela o requerente, alegando que não é razoável o consumidor, ora apelante perder todos os valores que pagou durante a vigência contratual. Além de ser consideravelmente abusivo, estará a apelada enriquecendo-se ilicitamente o que é vedado em nosso ordenamento jurídico. Nada justifica a aplicação de taxa de fruição visto que o imóvel não sofreu qualquer dano nem mesmo uso, uma vez que o apelante reside em cidade diversa do loteamento e comprou o lote sem sequer utilizá-lo. No presente caso, cuida-se de mero terreno, sem construção, o qual não produz nenhum tipo de rendimento para o seu dono, muito menos justifica a fruição no valor total de R$ 36.679,25. Deve ser anulada também a multa de 5% sobre o valor do lote a título de despesas operacional. Como cediço, as rescisões contratuais ocasionadas por culpa do apelante geram a possibilidade de a apelada reter um percentual de 10% a 25% dos valores pagos, o que já garante o ressarcimento de determinada quantia à título de indenização. A r. sentença determinou a retenção pela apelada do percentual de 20% do total pago pelo apelante o que corresponde a cerca de quatro mil reais de multa compensatória, valor este totalmente razoável e justo para suprir os custos e despesas da empresa. Requereu, seja retirada da condenação a imposição da possibilidade de desconto de taxa de fruição de 1% ao mês sobre o valor total do lote a título de taxa de fruição e 5% sobre o valor do lote a título de despesa operacional.

Contrarrazões (fls. 137/144).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

Cuida-se de ação de rescisão contratual c.c. devolução de valores pagos c.c. pedido de tutela antecipada movida por Rodrigo Júlio Simões em face de Momentum Empreendimentos Imobiliários Ltda., objetivando determinar a a.1) Determinar antecipadamente a rescisão contratual do presente instrumento de compra e venda; a.2) Suspender a exigibilidade das parcelas vencidas e vincendas, a título de parcelas contratuais e todas as taxas e contribuições cobradas, sob pena de multa diária a ser arbitrada por Vossa Excelência; a.3) Determinar que a Requerida se abstenha de negativar o nome do Autor junto aos órgãos de proteção ao crédito e protesto, sob pena de multa diária a ser arbitrada por Vossa

Acesso ao Sumário

Excelência.

Citada a requerida contestou a ação (fls. 35/43).

Consta da r. sentença:

"*Ante todo o exposto, com fincas no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados para: (i) DECLARAR rescindido o contrato entabulado entre as partes; (ii) CONDENAR a requerida ao ressarcimento de 80% dos valores pagos a ser acrescido de correção pela tabela do E. TJSP e juros de 1% ao mês, tudo a partir do desembolso de cada uma das parcelas que compõem o valor total; (iii) CONDENAR a Requerente ao pagamento de multa equivalente a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, contudo, mantido o pagamento do montante quitado a título de comissão de corretagem e de taxa de conservação e de manutenção.*

Pela sucumbência recíproca, na forma do artigo 86 do Código de Processo Civil, arcará o autor com 20% e a requerida com 80% do valor relativo às custas*, despesas e honorários estes fixados em 10% do valor atualizado da condenação, na forma do §2º do artigo 85 do Código de Processo Civil*" (fls. 118/125).

O recurso merece acolhimento.

Tem-se que, na pendência da relação contratual, é lícito a qualquer dos contratantes buscar a rescisão do pacto.

Não por outro motivo, este Egrégio Tribunal editou as seguintes súmulas, plenamente aplicáveis à hipótese vertente:

Súmula nº 1: "*O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem*".

Súmula nº 2: "*A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição*".

Súmula nº 3: "*Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção*".

No mesmo sentido, o C. STJ também editou a Súmula nº 543, com o seguinte enunciado: "*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,*

Acesso ao Sumário

ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento".

Assim, decretada a rescisão do contrato, as partes devem ser repostas ao estado anterior ao da assinatura deste, cabendo a retenção de valores para compensar gastos com administração e propaganda eventualmente existentes. De se ressaltar que a devolução a cargo da vendedora, em atenção à Súmula 2 do TJSP, deve ser realizada de uma só vez, não se admitindo o parcelamento do montante.

Considerando as particularidades do caso concreto, notadamente o período de vigência do contrato - com exercício da posse sobre o lote - e o fato de que a rescisão se deu por desistência do adquirente, não se verifica correta a aplicação do percentual de retenção previsto em contrato, correspondente a 5% do valor do imóvel a título de multa compensatória (cláusula 11.1), pois já foi determinada a retenção de 20% dos valores pagos, mostrando-se adequado à hipótese vertente e proporcional à finalidade de remunerar a vendedora pelos gastos com administração, propaganda e até mesmo pela ocupação do bem.

Observo que no dispositivo da sentença não constou sobre a condenação da taxa de fruição, mas constou na fundamentação que era devida a taxa de fruição. Assim, há que se afastar também, a taxa de fruição do imóvel de 1% ao mês, visto que o contrato em tela teve por objeto um lote sem edificação, não havendo prova de que tenha sido efetivamente utilizado para moradia.

Mesmo porque com o retorno do bem ao patrimônio da requerida, poderá esta revendê-lo a terceiro, preservando, para si, o fruto da valorização imobiliária havida.

Nesse sentido, já decidiu esta Câmara:

COMPRA E VENDA. RESCISÃO CONTRATUAL. Insurgência das partes em face da sentença de procedência. Condenação da ré à devolução de 80% dos valores pagos pelo autor pelo lote. Decisão que determinou a responsabilidade do comprador pelo pagamento de taxas de conservação, melhoramentos, débitos de IPTU e taxa do Clube Slim ao longo do contrato até a sentença. Pedido da ré de fixação de taxa de fruição pelo lote. Não acolhimento. Lote sem benfeitorias e ausência de ocupação efetiva pelo comprador. Precedentes. Pedido da vendedora para que o comprador arque com os débitos do contrato. Pedido que foi acolhido em sentença quanto ao pagamento de taxas de conservação, melhoramentos, débitos de IPTU e taxa do Clube Slim. Observação, porém, quanto à possibilidade de compensação quanto aos débitos em aberto e vencidos até a data da sentença. Recurso do autor. Pedido de condenação da ré ao pagamento da integralidade dos encargos da sucumbência. Acolhimento. Pedido do demandante que foi integralmente acolhido na sentença. Ré que ficou vencida quanto ao valor da multa e ao pedido de taxa de

Acesso ao Sumário

fruição. Recurso do autor provido. Recurso da ré desprovido, com observação. (Apelação Cível 1009924-14.2020.8.26.0100; Relator (a): **Carlos Alberto de Salles**; Data do Julgamento: 15/02/2021; Data de Registro: 15/02/2021) (grifamos)

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Ação de rescisão contratual c/c devolução de valores pagos. Inaplicabilidade da Lei 13.786/2018 a contratos celebrados anteriormente à sua vigência. Aplicação do CDC. Desistência do comprador. Rescisão contratual. Possibilidade. Súmula 01 do Tribunal de Justiça. Retenção de 25% do montante desembolsado que já é suficiente para cobrir eventuais prejuízos da empresa com a extinção do contrato (Súmula nº 543, STJ; Súmulas nºs 1 a 3, TJSP). Taxa de uso do imóvel. Descabimento. Terreno que não teve qualquer edificação, de que não resulta renda e que retornará à propriedade da demandada, para ser revendido a terceiro, sem qualquer embaraço. Precedentes. Pedido de retenção da comissão de corretagem por parte da vendedora. Afastamento. Cláusula contratual que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, mostrando-se excessivamente onerosa ao ampliar de modo significativo o importe deduzido (art. 51, IV, §1º, III, CDC). Impossibilidade de transferência do risco da atividade negocial à parte vulnerável. O IPTU e as taxas incidentes sobre o imóvel devem ser custeadas pelas apeladas enquanto permanecerem na posse do bem. Arras confirmatórias, e não penitenciais. Retenção indevida. Precedentes. Sentença mantida. Honorários advocatícios sucumbenciais majorados para 13% (treze por cento) do valor total da condenação (art. 85, §11, CPC). RECURSO DESPROVIDO, com majoração da verba honorária fixada na Instância de origem. (Apelação Cível 1049160-34.2019.8.26.0576; Relator (a): **Beretta da Silveira**; Data do Julgamento: 28/01/2021; Data de Registro: 28/01/2021) (grifamos)

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE, PERDAS E DANOS. Inadimplemento contratual. Falta de pagamento das prestações. Rescisão acertada. Taxa de ocupação. Negócio envolvendo a alienação de um terreno. Impossibilidade de cobrança dessa taxa, na forma reiteradamente decidida por esta Câmara. Benfeitorias. Promoção de parte dos acréscimos quando já estabelecida a mora dos adquirentes. Indenização limitada às benfeitorias necessárias (art. 1.220, Código Civil), apartado o direito de retenção. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível 1003986-23.2017.8.26.0624; Relator (a): **Donegá Morandini**; Data do Julgamento: 09/10/2020; Data de Registro: 09/10/2020) (grifamos).

Portanto, a sentença comporta reforma para afastar o direito da requerida

Acesso ao Sumário

a retenção de 5% do valor do contrato e da taxa de fruição, nos termos do item a da cláusula 11.1.

Sucumbente a requerida, arcará com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 12% do valor atualizado da condenação, já acrescidos dos honorários recursais (art. 85, § 11º do CPC).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002855-40.2019.8.26.0366, da Comarca de Mongaguá, em que são apelantes MARCILIA LUCIA BARBOSA LIMA e IVANILSON GOMES DE OLIVEIRA, é apelado SAVOY IMOBILIÁRIA CONSTRUTORA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.975)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THEODURETO CAMARGO (Presidente), ALEXANDRE COELHO e CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER.

São Paulo, 3 de agosto de 2021.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: USUCAPIÃO - NÃO COMPROVAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL - ÁREA DO IMÓVEL ACIMA DAQUELA EXIGIDA PELO ART. 1240 DO CC - PRECEDENTES - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 107/113, que julgou parcialmente procedentes os pedidos para reconhecer a propriedade da autora sobre o lote de terreno objeto de controvérsia pelas partes sem direito dos réus à indenização por benfeitorias considerando o período de ocupação.

Em razão da sucumbência, condenou os requeridos nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa com a observância da gratuidade.

Rejeitados os embargos de declaração opostos pelos réus (fls. 120), eles

Acesso ao Sumário

apelaram alegando que têm direito à usucapião, nos termos do art. 1.240 do CC (fls. 122/128).

Os apelantes estavam isentos do recolhimento das custas do preparo porque beneficiários da assistência judiciária, sendo o recurso recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Contrarrazões às fls. 131/135.

Não houve oposição ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

1.- SÍNTESE DA DEMANDA - Savoy Imobiliária Construtora Ltda. ajuizou ação reivindicatória em face de Marcília Lúcia Barbosa Lima e Ivanilson Gomes de Oliveira sustentando, em resumo, que adquiriu o lote de terreno descrito e caracterizado na inicial em 20 de junho de 1996; os réus teriam invadido o imóvel e construído no local sem autorização. Por isso, pediu a condenação dos requeridos na restituição do imóvel livre de pessoas e coisas sem o direito de indenização por benfeitorias.

Regularmente citados, os réus apresentaram contestação alegando, em suma, que Ercília teria firmado com Ednaldo em 20 de outubro de 2014 cessão de direitos possessórios do lote de terreno pelo preço de R$ 7.000,00; fixaram residência no local; a ré desde 1996 não se imitiu na posse do imóvel; pugnaram não só pela usucapião (CC, art. 1.240 do CC), mas também pela indenização por benfeitorias (fls. 44/52).

A r. sentença julgou os pedidos parcialmente procedentes.

2.- DO DIREITO - O detido exame dos autos revela que a autora provou a titularidade do domínio do correspondente lote de terreno mediante escritura pública registrada no fólio real (fls. 16/19).

Como se sabe, o instituto da usucapião constitui meio de aquisição da propriedade pela posse continuada, durante certo decurso de tempo, desde que observados os requisitos da lei, quais sejam: a posse mansa, pacífica e ininterrupta e o decurso do prazo legalmente previsto.

Acesso ao Sumário

Na hipótese, contudo, os requeridos não provaram os requisitos do art. 1.240 do CC pertinente à usucapião urbana.

Com efeito, era exigível prova de posse em área urbana de 250m^2 para moradia própria ou familiar por 05 (cinco) anos, além de prova de inexistência de propriedade de outro imóvel rural ou urbano.

Ficou incontroverso que a área discutida seria de 260 m^2, sendo que cada um dos requeridos teria posse de 130 m^2.

Além do mais, a ouvida de testemunhas deixou dúvidas no que tocava ao *animus domini* por 05 (cinco) anos ininterruptos, consoante verifica-se da r. sentença às fls. 109/110: "As testemunhas dos réus afirmaram que residem na

região anteriormente aos réus e que eles construíram no local e lá passaram a residir. A testemunha Elisabete disse que isso ocorreu em 2014, ao passo que a testemunha Francisco disse que não havia a construção no referido ano. Os funcionários da autora, ouvidos como informantes, afirmaram que entre 2014 e 2016, quando lá estiveram, o local era de mata de difícil acesso, não havendo ruas pavimentadas para acesso ao lote, apenas trilha e que não havia construção. Já, em 2019, existia a construção no local, estando em fase de acabamento. Da documentação apresentada, há a fotografia aérea de fls. 22, datada de 22/07/2014, onde se vê que, realmente, o local era de mata fechada, existindo árvores no lote objeto da ação, bem como nos contíguos. Tais fatos levantam dúvida razoável acerca da afirmação de que passaram os réus a residir no local no ano de 2014."

Do mesmo modo, não juntaram cópias de contas de consumo para auxiliar na aferição do requisito temporal.

De mais a mais, a função social da propriedade não pode se sobrepor aos requisitos legais.

No mesmo sentido, confira-se precedente desta C. 8ª Câmara de Direito Privado: "EMENTA - REIVINDICATÓRIA - Decreto de improcedência e acolhimento da usucapião arguida como matéria de defesa - Descabimento - Desatendimento do lapso temporal legal (artigo 550 do CC/1916) - Réus que não comprovaram o exercício da posse, somada à dos antecessores, pelo prazo a que alude o referido dispositivo legal (e que, a evidência, não pode se completar no curso da ação) - Documentos que instruem a resposta não se prestam a tal fim (alguns, sem identificação do lote ou morador e, outros, referentes a imóvel situado em outro Município) - Prova testemunhal também inconclusiva acerca do exercício da posse, pelo referido lapso temporal - Alegada função social da propriedade (ou destinação sócio-econômica dada pelo réu) que não pode se sobrepor aos requisitos legais (flagrantemente desatendidos, na hipótese) - Precedentes desta Câmara envolvendo imóveis situados no mesmo loteamento (todos, afastando a prescrição aquisitiva, pelas mesmas razões) - Presentes, por outro lado, os requisitos da pretensão reivindicatória deduzida na inicial (domínio, individuação do bem e posse injusta dos réus) - Procedência da ação - Medida que se impõe – Sentença reformada - Recurso provido." (Ap. 0001827-79.2004.8.26.0366, rel. Des. Salles Rossi, j. em 21.03.2012).

3.- DOS HONORÁRIOS RECURSAIS - Em razão do não acolhimento das razões recursais, arcarão os apelantes com a verba honorária majorada para R$ 15% do valor atualizado da causa.

4.- CONCLUSÃO - Daí por que se nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018270-57.2019.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ROSEMARY DE SOUZA SEVERINO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA PIRATININGA DE FORÇA E LUZ - CPFL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.224)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ACHILE ALESINA (Presidente) e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 9 de agosto de 2021.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Situação não ocorrente - Desnecessidade de produção doutras provas (oral) - Demais, prova pericial, realizada nos autos, que atende os requisitos legais (artigos 473 e 480 do CPC), sem razão para que seja feita nova perícia - Preliminar rejeitada.

INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ENERGIA ELÉTRICA - Hipótese dos autos em que houve a troca do medidor e alteração dos valores cobrados nas faturas seguintes, sem cobrança de débitos anteriores - Perito judicial que constatou que o consumo médio da autora condiz com as novas cobranças e não com as quantias que vinham sendo pagas até a troca do medidor - Ausência de irregularidade por parte da ré - Improcedência mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fls. 244/248, de relatório adotado, julgou improcedente ação declaratória de inexigibilidade do débito e indenização por dano moral - honorários advocatícios de 15% do valor da causa, observada justiça gratuita.

Diz-se que houve cerceamento de defesa. No mérito, insiste que o consume de energia antes da troca do medidor feito pela ré era bem inferior àquele que

está sendo cobrado atualmente. Reconhece que houve a revisão do consumo e valores, por parte da ré, acerca dos três meses seguintes à alteração do medidor. Defende que o novo medidor é que possui irregularidade que faz o consumo ser maior do que ela utiliza. Impugna o laudo pericial. Alega, também, dano moral por ter sido submetida a situação desconfortável e constrangedora de cobrança indevida (fls. 251/265).

Veio resposta (fls. 268/274).

É o relatório.

2. **Não se cerceou defesa**. Dispensável prova oral, que nada contribuiria para o deslinde do feito e seria insuficiente para ilidir os **fatos, quais documentalmente postos**, acrescidos da **prova pericial** realizada nos autos (laudo fls. 216/232). Tais provas (documental e pericial) denotaram da falta de proveito de produção doutras provas (oral), sob pena de protelação. Aqui, incide o art. 370 do CPC. Lembre-se de que a prova se destina ao juiz, não às partes. Por outro lado, o juiz haverá de impedir exerçam as partes atividade probatória inútil ou protelatória.

Acrescenta-se que não há razão para nova perícia, porquanto a matéria foi devidamente esclarecida pelo perito e averiguada de forma clara e justificada. Assim, o trabalho desenvolvido pelo *expert* (fls. 216/232) atende os requisitos dos artigos 473 e 480 do CPC.

Demais, a visita dos técnicos da ré, dias antes da realização da perícia, como alegado pela apelante (fl. 253), não é motivo para invalidar a perícia, que levou em consideração os equipamentos da casa da autora (geladeiras, chuveiros elétricos e outros) e apurou uma média de consumo (fls. 222/223).

Os elementos colhidos nos autos, portanto, permitiam que se passasse ao julgamento do mérito.

Recurso infundado. A rigor, bastar-me-ia ratificar os fundamentos da sentença - suficientemente motivada (art. 252 do Regimento Interno).

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito e indenização por dano moral, em que alega a autora ser usuária de serviços de energia elétrica prestados pela concessionária ré, na unidade consumidora nº 2023834889, situada na Rua Japão, nº 21, Bairro Estuário, Santos/SP.

Em fevereiro de 2019, o representante da CPFL compareceu na residência da demandante e realizou a substituição do medidor nº 4036156 pelo medidor nº 13589876 e a partir disso suas contas aumentaram, tendo feito reclamação junto à ouvidoria da ré e ao PROCON. Afirma que deixou de pagar as faturas de março/abril/maio de 2019, porque não concorda com o consumo lançado e os valores cobrados. Diante da possibilidade de corte de fornecimento de energia e da inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, ajuizou a demanda, em suma, para afastar a cobrança e ser indenizada pelos prejuízos morais que

Acesso ao Sumário

alega ter sofrido (fls. 01/17).

Em sede de contestação (fls. 100/110), a ré informa que o medidor estava com irregularidade e por isso foi trocado e que as contas impugnadas pela autora foram revistas e alterados os valores. No mais, defendeu a legalidade do procedimento adotado e que os cálculos foram realizados em conformidade com a Resolução 414/2010 da ANEEL. Insurge-se contra a ocorrência de dano moral.

O juiz deferiu prova pericial (fls. 138/139).

Pela leitura do laudo (fls. 216/232), verifica-se que o perito vistoriou o local, acompanhado da autora (fl. 220) e concluiu que "*(...) a carga apurada no momento da vistoria, sem considerar-se o uso de ar condicionados, é estimada em 435,25 kwh/mês (...) a carga é compatível com o consumo registrado juntado na contestação (...) foram apuradas desconformidades nas instalações elétricas existentes em relação às normas técnicas pertinentes, porém não foi verificada a ocorrência de corrente de fuga (...)*" (fls. 225/226).

Nesse contexto, forçoso convir que a prova pericial corroborou as alegações da ré e não da autora.

Na verdade, o que ocorreu no caso dos autos é que a concessionária ré constatou que o medidor da autora estava "*irregular sem influência no faturamento*" (fl. 104) e efetuou a troca em fevereiro de 2019. E, embora tenha cobrado valores que não condiziam com o consumo da autora nas faturas seguintes de março/abril/maio de 2019, respectivamente, R$ 740,55, R$ 1.069,74 e R$ 1.008,26, trazidas na inicial (fls. 34/36), revisou as contas e alterou os valores para R$ 0,00, R$ 221,16 e R$ 245,29 - fato este confirmado pela autora na réplica (fl. 121).

Note-se que, tanto o consumo de energia, obtido pela ré na revisão das faturas de março/abril/maio de 2019, como aqueles cobrados nos meses seguintes (junho/julho/agosto de 2019) estão em conformidade com o valor médio de consumo apurado pelo perito judicial - como constou no laudo (fl. 225).

Em que pese a autora se apegar à média anterior de consumo referente a 2018 para justificar os alegados valores elevados que estão sendo, atualmente, cobrados pela ré, o certo é que o perito judicial constatou que a média de consumo dos aparelhos que a autora possui condiz com a atual medição e não com aquela que vinha sendo paga pela autora (vide tabela de fl. 225 e os dois parágrafos seguintes do laudo).

Noutras palavras, após a troca do medidor é que está sendo cobrado o valor **realmente** devido pela autora pelo consumo de energia.

Destaca-se que a hipótese dos autos não se refere à cobrança de débitos pretéritos (a ré apenas trocou o medidor e está cobrando os meses atuais de consumo) nem alegação de fraude. A ré apenas constatou irregularidade no medidor, efetuou a troca e está cobrando o consumo de energia a partir de então.

Acesso ao Sumário

Não há, pois, irregularidade nenhuma por parte da ré que implique declaração de inexigibilidade de débito, tampouco indenização por dano moral - não há notícia de que houve cadastro desabonador daquelas faturas indevidas e que foram revisadas pela ré, extrajudicialmente, inclusive.

A sentença, portanto, se mantém como proferida. E, por força do art. 85, § 11, do CPC, a verba honorária é majorada para 17% do valor atualizado da causa, observada justiça gratuita (fl. 42).

3. Pelo exposto, desprovê-se o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1058375-70.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante W.M., é apelado B.S.S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25002)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ACHILE ALESINA (Presidente sem voto), RAMON MATEO JÚNIOR e ELÓI ESTEVÃO TROLY.

São Paulo, 9 de agosto de 2021.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO - Obrigação de fazer - Pedido de reativação de contas bancárias - Instituição financeira que notificou previamente o recorrente, o alertando do desinteresse comercial na manutenção dos contratos de abertura de conta corrente, não havendo prova de má prestação dos serviços pelo réu e ofensa às normas do Bacen - Inteligência do art. 5º da Resolução nº 4.753/2019, do Banco Central do Brasil - Rescisão contratual unilateral que se coaduna com o princípio da liberdade contratual e autonomia privada - Descabe impor à instituição financeira a obrigação de contratar ou de manter negócio jurídico contra sua própria vontade ou interesse - Precedentes jurisprudenciais - Defeito na prestação de serviços

Acesso ao Sumário

não caracterizado - Recurso desprovido, com majoração dos honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa para R$ 1.500,00 (art. 85, § 11, do NCPC).

VOTO

A r. sentença de fls. 160/163, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido de reativação de conta bancária e condenou a parte autora no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformado, o autor apela buscando a reforma do julgado (fls. 165/183). Para tanto, sustenta que seria correntista do demandado e que fora surpreendido com o encerramento de suas contas bancárias, de forma unilateral, sob o argumento genérico de desinteresse comercial. O demandado teria descumprido determinação dada em agravo de instrumento ao encerrar as contas, praticado ato atentatório à dignidade da justiça, de maneira que deveria ser aplicada a multa prevista no artigo 77 do CPC. Pleiteia a reativação de suas contas bancárias e a concessão da gratuidade judiciária.

As contrarrazões vieram às fls. 188/193, oportunidade em que o réu disse que teria direito ao encerramento da conta corrente da apelada. Agira no exercício regular de direito. Teria previamente notificado o autor de que suas contas bancárias seriam encerradas.

O recurso foi processado regularmente.

É o relatório.

De proêmio, cabe observar que foi indeferido o pedido de concessão da gratuidade judiciária e o recorrente efetuou o recolhimento do preparo recursal.

Por meio desta demanda o apelante pretende que seja o réu condenado na obrigação de fazer consistente na reativação de suas contas bancárias.

Julgado improcedente o pedido, insurge o autor sustentando que desinteresse comercial não seria motivo para a rescisão do contrato bancário.

Importa observar que não é possível compelir a instituição financeira a permanecer indefinidamente vinculada à relação contratual estabelecida com o consumidor.

Às fls. 20/21 o próprio autor juntou a notificação prévia recebida do requerido, o alertando do desinteresse comercial na manutenção dos contratos de abertura de conta corrente, comunicando o início do prazo de trinta dias para a tomada de providências necessárias para o efetivo encerramento da conta bancária,

Destarte, conclui-se que o requerido agiu no exercício regular de direito. Desincumbiu-se de seu encargo de notificar previamente o autor, não havendo

Acesso ao Sumário

que se falar em má prestação de serviços ou descumprimento das normas do Banco Central do Brasil.

O réu não tem qualquer obrigação legal ou contratual em manter aberta as contas correntes do apelante.

A possibilidade de rescisão de conta bancária vem regulamentada pela Resolução nº 4.753/2019, do Banco Central do Brasil, que dispõe sobre a abertura, a manutenção e o encerramento de conta de depósitos.

Estabelece o artigo 5º da resolução suso referida:

"Para o encerramento de conta devem ser adotadas, no mínimo, as seguintes providências:

I - comunicação entre as partes da intenção de rescindir o contrato, informando os motivos da rescisão, caso se refiram à hipótese prevista no art. 6º ou a outra prevista na legislação ou na regulamentação vigente; (g. n.)

II - indicação pelo cliente da destinação do eventual saldo credor na conta, que deve abranger a transferência dos recursos para conta diversa na própria ou em outra instituição ou a colocação dos recursos a sua disposição para posterior retirada em espécie;

III - devolução pelo cliente das folhas de cheque não utilizadas ou a realização do seu cancelamento pela instituição;

IV - prestação de informações pela instituição ao titular da conta sobre:

a) o prazo para adoção das providências relativas à rescisão do contrato, limitado a trinta dias corridos, contado do cumprimento da exigência de trata o inciso I; (g.n.)

b) os procedimentos para pagamento de compromissos assumidos com a instituição ou decorrentes de disposições legais; e

c) os produtos e serviços eventualmente contratados pelo titular na instituição que permanecem ativos ou que se encerram juntamente com a conta de depósitos; e

V - comunicação ao titular sobre a data de encerramento da conta ou sobre os motivos que impossibilitam o encerramento, após o decurso do prazo de que trata a alínea 'a' do inciso IV."

Da análise dos documentos que acompanham a exordial, nota-se que a instituição bancária cumpriu tais requisitos, na medida em que fez notificar o requerente, com antecedência de 30 (trinta) dias, o seu intento de encerrar as contas correntes por ele mantidas, ainda que motivada por simples "desinteresse comercial", dando-lhe as coordenadas sobre como proceder ao encerramento.

Nesse cenário, forçoso convir que o réu não pode ser compelido a manter negócio jurídico bilateral que não deseja e que não é de seu interesse, mormente porque, como já ressaltado, desincumbiu-se do seu dever de comunicar à parte

Acesso ao Sumário

autora sobre a intenção de resilir o contrato.

Aliás, fugiria da lógica contratual que a instituição bancária contratada fosse impedida de distratar sem que houvesse anuência do correntista contratante, eis que, como cediço, não há contratos perpétuos, situação que se aplica, inclusive, em situações inversas, nas quais o consumidor pretende a rescisão do contrato.

Repise-se que o encerramento das contas foi regular, tendo em vista a notificação prévia do correntista e a concessão de prazo razoável para as providências pertinentes.

Inexistente abuso de direito no término da relação por desinteresse comercial. O banco atuou no exercício regular de seu direito, motivo pelo qual não há que se falar em obrigatoriedade de manutenção das contas, cabendo registar que o motivo do encerramento "desacordo comercial" basta, não havendo que se falar também em conduta atentatória à dignidade da justiça (artigo 77 do NCPC).

A jurisprudência não destoa deste entendimento:

"CONTRATO BANCÁRIO - Encerramento unilateral de contrato de conta corrente de titularidade da autora - Pretensão de obrigar a instituição financeira a manter a contratação - Sentença de improcedência dos pedidos - Insurgência da requerente - Descabimento - As instituições financeiras não são obrigadas a manter contratos de prestação de serviços com seus correntistas em caso de desinteresse comercial - Possibilidade de rescisão unilateral do contrato, desde que atendidos os requisitos no artigo 12, da Resolução CMN nº 2.025/1993 do Banco Central do Brasil - Hipótese em que o réu notificou previamente a autora, indicou as providências necessárias para o encerramento da relação contratual e concedeu prazo para a adoção das medidas para tanto - Embora a autora alegue que o prazo concedido é exíguo, houve a concessão de liminar a fim de obstar o encerramento da conta bancária da requerente, sendo que transcorreram cerca de 06 (seis) meses entre a data de concessão da tutela de urgência e a prolação da sentença, tempo suficiente para que a autora tomasse as providencias necessárias para a rescisão noticiada pela instituição financeira - Ausência de ato ilícito - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1003624-28.2019.8.26.0405; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/09/2020; Data de Registro: 21/09/2020);

"Apelação. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. Encerramento unilateral de conta corrente. Admissibilidade. Existência de notificação prévia por parte da instituição financeira. Encerramento regular. Ausência de falha na prestação dos serviços bancários. Danos morais não configurados. Sentença de procedência reformada. Recurso provido". (TJSP; Apelação

Acesso ao Sumário

Cível 1003858-98.2019.8.26.0020; Relator (a): Pedro Kodama; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/09/2020; Data de Registro: 16/09/2020);

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. Encerramento da conta corrente. Sentença de procedência. Alegação do banco de que não há lei que obrigue a firmar ou manter contrato contra a vontade das partes e de que o restabelecimento das contas encerradas é obrigação impossível de se cumprida. Pretensão do réu de reforma para afastar a determinação imposta. CABIMENTO: O banco não pode ser obrigado a manter ativa conta corrente caso não tenha interesse, devendo proceder à notificação prévia do correntista para que ele possa se organizar, o que aconteceu no caso. Sentença reformada em parte para afastar a obrigatoriedade de manter ativas as contas correntes dos apelados. RECURSO PROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1005634-84.2019.8.26.0004; Relator (a): Israel Góes dos Anjos; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV - Lapa - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/08/2020; Data de Registro: 17/08/2020);

"ENCERRAMENTO UNILATERAL DE CONTA BANCÁRIA. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por dano moral. Sentença de improcedência, com consequente apelo do autor. Possibilidade de encerramento unilateral da conta pela instituição financeira, ante desisteresse comercial e notificação prévia, a observar o disposto no artigo 12 da resolução 2.025 do Banco Central do Brasil. Não demonstração de ocorrência de dano indenizável, ademais. Recurso não provido". (TJSP; Apelação Cível 1039967-52.2017.8.26.0224; Relator (a): JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/03/2019; Data de Registro: 26/03/2019).

De outro lado, proferida a r. sentença na vigência do NCPC e evidenciada a atuação do patrono do réu na esfera recursal, é hipótese de incidência do Enunciado Administrativo nº 7, do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, escorreita a fixação dos honorários advocatícios recursais, majorando-se a verba honorária de 10% sobre o valor de R$ 41,98 dado à causa (fls. 17), porque irrisórios, para R$ 1.500,00, nos termos do artigo 85, § 11, do NCPC.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, com majoração dos honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa para R$ 1.500,00 (art. 85, § 11, do NCPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020458-17.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA., é apelado PADARIA E CONFEITARIA BALDELAIRE COOKIES LTDA.

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 25565)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), CARMEN LUCIA DA SILVA e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 10 de agosto de 2021.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER - Plataforma Instagram - Perfil/conta em rede social invadido/hackeado por terceiros - Risco à atividade de trabalho e imagem da autora - Sentença de procedência mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação obrigação de fazer ajuizada por PADARIA E CONFEITARIA BALDELAIRE COOKIES LTDA. contra FACEBOOK SERVIÇOS DO BRASIL LTDA. julgada, confirmada a tutela de urgência, para determinar à ré que devolva a autora o controle sobre o perfil no *instagram* ao e-mail (endereço eletrônico constante no texto original), adotando as providências necessárias para preservação do conteúdo anterior a 22/02/2020.

Em razão da sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, e de honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00, atualizados da sentença com base na tabela do TJSP e, a partir do trânsito em julgado, acrescidos de juros de mora à taxa legal.

Apelo da ré buscando a reforma do julgado sob o fundamento de que os argumentos trazidos aos autos pelo apelante quando da prolação da sentença não foram analisados. Sustenta ausência de dever legal de armazenamento das publicações dos usuários do serviço instagram. Pugna pelo afastamento da multa, ou sua redução, bem como afastar a verba sucumbencial.

Recurso respondido.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Trata-se de obrigação de fazer pela qual pretende a autora mediante concessão de tutela antecipada de urgência, o imediato restabelecimento do acesso ao seu perfil em rede social invadido por terceiros, sem a exclusão do conteúdo já publicado, sob pena de aplicação de multa.

Citada, a ré apresentou defesa.

A ação foi julgada procedente.

A sentença está correta.

No caso, a documentação anexada, bem como os argumentos trazidos pela autora comprova a verossimilhança de suas alegações e são suficientes para lhe conferir a plausibilidade do direito.

Por outro lado, a ré não impugnou de forma específica os fatos alegados pela autora, nos termos do art. 373, inciso II, do CPC.

Conforme ponderou o magistrado sentenciante, a contestação resume-se a noticiar o cumprimento (tardio) da tutela de urgência (confirmado pela autora a fls. 192), e a veicular insurgência quanto à multa e bloqueio pelo tempo de descumprimento. De resto, faz considerações sobre a plataforma e seus "termos de uso", acompanhadas de alegações totalmente dissociadas do objeto da ação. Isso equivale a reconhecimento tácito do pedido, conduzindo a seu acolhimento.

Por fim, quanto às astreintes fixadas em primeiro, sem razão o apelante, uma vez que não se mostra exorbitante.

Conforme preleciona Nelson Nery Junior, em seu Código de Processo Civil Comentado, 11ª edição, página 702: "O objetivo das astreites 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".

Consequentemente, fica mantida a sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ainda, atento ao art. 85, §11º, do CPC, majoro os honorários advocatícios para R$ 2.700,00.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso da ré.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004604-70.2018.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante RAFAEL PEREIRA DE ASSIS, é apelado LUIZ ANTÔNIO CARANDINA.

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 19.630)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente), CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN e MÁRIO DACCACHE.

São Paulo, 11 de agosto de 2021.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Colisão entre bicicleta e veículo de passeio, no momento em que esse último ingressava em via lateral. Elementos dos autos, em particular o depoimento do próprio autor no boletim de ocorrência, por ele corroborado em juízo, que indicam seguir a bicicleta na retaguarda do veículo, colidindo contra a parte lateral traseira. Ausência de traços de culpa quanto ao réu, que realizou manobra permitida e que, seguindo à frente, desenvolveu sua trajetória natural. Responsabilidade, na verdade, do ciclista, seja por não seguir em velocidade compatível com o local, seja por não guardar distância segura em relação ao veículo da frente. Fato constitutivo do direito do autor não demonstrado. Demanda improcedente. Sentença em tal sentido confirmada. Apelação do autor desprovida.

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 142/148 julgou improcedente demanda indenizatória derivada de acidente de trânsito, ajuizada por ciclista contra o condutor do veículo de passeio envolvido no evento; reconheceu o MM. Juiz, em tal sentido, a culpa exclusiva do autor, que estaria trafegando atrás do veículo do réu, de forma imprudente, não observando a cautela necessária e não reduzindo a marcha ou frenando em face da conversão iniciada pelo outro veículo, vindo o demandante a se desequilibrar e colidindo contra a guia da calçada.

Apela o autor (fls. 151/158), insistindo essencialmente na ocorrência do acidente e em sua gravidade, bem como reiterando estar caracterizada a culpa exclusiva do réu, que teria feito conversão para via lateral sem as devidas cautelas e interceptado a trajetória da bicicleta conduzida pelo apelante, causando-lhe as lesões descritas na petição inicial. Invoca as disposições correspondentes aos

Acesso ao Sumário

arts. 29, § 2º, e 58, do Código de Trânsito Brasileiro, acenando para com a preferência dos veículos menores como as bicicletas e o dever de segurança para com eles por parte dos condutores de veículos maiores e motorizados. Bate-se, em conclusão, pela reforma da r. sentença e pelo integral acolhimento da pretensão indenizatória por danos materiais, morais e estéticos.

O recurso, que é tempestivo, foi devidamente processado, com manifestação do apelado em contrarrazões, no prazo legal (fls. 162/164). Deixou o apelante, outrossim, de recolher as custas de preparo, por ser beneficiário da gratuidade processual.

É o relatório**.**

Não prospera o inconformismo.

A prova produzida ao longo da instrução foi extremamente tímida, limitando-se ao depoimento, como informante (dado o acolhimento de contradita), de primo do autor, que se manifestou de forma contraditória, começando por dizer que o autor estaria com sua bicicleta à frente do veículo conduzido pelo réu, para depois admitir que poderia "estar ao lado".

Mesmo essa última hipótese, contudo, é contraditória para com o teor das declarações do próprio autor no boletim de ocorrência de fls. 35/38, manifestação reforçada por ele judicialmente e presumida verdadeira quanto à sua pessoa (não por ter sido lançada em boletim de ocorrência, mas pela regra elementar, em matéria de força probante dos documentos, de fazerem prova contra o declarante as manifestações por ele lançadas em documento público ou particular).

Com efeito, declarou o autor aos policiais que atenderam a ocorrência que a caminhonete que estava à sua frente convergiu à direita e que ele também, autor, teve de convergir, "para não bater", ainda assim vindo a colidir contra a roda do veículo de passeio.

Nota-se, portanto, que o ciclista ia na retaguarda do veículo, ambos seguindo pela mesma via e no mesmo sentido (Via Ana Carolina), ocorrendo a colisão quando da conversão do veículo da frente para ingressar em rua lateral.

Ora, se a bicicleta estava atrás, e se ambos, bicicleta e carro, seguiam em trajetória comum, não se vislumbra a possibilidade de interceptação da trajetória do veículo menor senão pelo fato de, mesmo ante a manobra de conversão, ter seguido o ciclista temerariamente em frente, ou então não ter conseguido frear em tempo hábil.

Aliás, a foto do local do fato, reproduzida na fl. 66, mostra não apenas a licitude da conversão como também que não se trata de ângulo fechado, mas de via que se projeta em sentido diagonal, a partir daquela em que seguiam as partes, com ângulo suave, da ordem de 45º.

Ambas as possibilidades sugerem culpa do autor, ou por temerariamente tentar ocupar o espaço junto ao bordo da pista mesmo percebendo a manobra

Acesso ao Sumário

de conversão do outro veículo, ou quando menos por seguir próximo demais ao veículo da frente e/ou em velocidade incompatível para permitir manobra evasiva segura.

Em qualquer desses cenários, outrossim, não se identifica possível culpa do condutor da caminhonete, visto que, não sendo a conversão em si vedada, e estando o ciclista na retaguarda do veículo, não resta caracterizado quer desrespeito a eventual preferência (pelo contrário, a preferência era do carro, em espaço à frente e no curso de manobra de conversão), quer quebra do dever de segurança para o veículo menor e não motorizado.

Acresça-se, por oportuno, que ao contrário do alegado não restou o autor total e permanentemente incapacitado, tendo o laudo do IMESC indicado, ao reverso, plena recuperação, com incapacitação temporária de alguns meses.

Correta, por tudo, a r. sentença de improcedência, que vai aqui confirmada. Em função desse desfecho, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais a cargo 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, ressalvada a gratuidade vigente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002115-24.2021.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GFG COMÉRCIO DIGITAL LTDA., é apelado MARIA NILDA VITOR DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

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 43.553)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI (Presidente sem voto), LUIZ EURICO e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 12 de agosto de 2021.

SÁ DUARTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA - Tênis - Pretensões de restituição de quantia paga e de indenização do dano moral julgadas procedentes - Solução que deve pre-

valecer - Produto não entregue à consumidora - Devolução do preço pago determinada - Incontroversa a existência do dano moral, no caso - Indenização arbitrada a esse título em R$ 2.000,00 que não se revela excessiva, não comportando a pretendida diminuição - Apelação não provida.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de procedência das pretensões de restituição de quantia paga e de indenização do dano moral derivadas de compra e venda de um par de tênis, condenada a ré a restituir à autora a quantia de R$ 99,90, bem assim ao pagamento de R$ 2.000,00, a título de indenização do dano moral, mais despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00.

Inconformada, a ré sustenta que em nenhum momento deixou de auxiliar a autora na solução da questão e que ela realizou a aquisição de um produto que foi devidamente despachado pela transportadora, mas que, devido ao insucesso da entrega, ficou disponibilizado para a retirada nos Correios, consoante se verifica da tela de rastreio de livre acesso. Argumenta que, por conta da não retirada pela autora, o produto foi devolvido, em razão do que gerou um vale-compras para a autora. Alega que não agiu de má-fé, de modo que não há se falar em restituição em dobro da quantia paga. Aduz que, ainda que se reconheça a existência do dano moral, revela-se elevada a indenização arbitrada na sentença a esse título, inobservados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não ultrapassado, outrossim, aquilo que pode ser entendido como mero aborrecimento ou inadimplemento contratual.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Em face da não entrega do produto adquirido pela apelada (tênis), a apelante foi condenada a devolver somente o preço pago, de modo que de todo impertinente o alegado nas razões recursais, no sentido de que a apelante não deve ser condenada à devolução em dobro, anotando-se que o vale-compra que teria sido ofertado pela segunda vez à apelada não foi utilizado.

Por conta da não entrega da mercadoria, concluiu o D. Juízo sentenciante que houve perda do tempo útil da apelada, que diligenciou diversas vezes na tentativa de solução da questão, sem sucesso, pelo que condenou a apelante ao pagamento de R$ 2.000,00, a título de indenização do dano moral.

Veja-se que, conquanto a apelante afirme em suas razões recursais que agiu corretamente, não impugnou, especificamente, os fundamentos adotados

Acesso ao Sumário

na sentença e, inclusive, ao não sustentar em seu recurso não ter ocorrido o dano moral, limitando-se a postular a redução da indenização fixada a esse título, conclui-se que reconheceu a existência do dano moral, na espécie.

Assim, incontroversa a existência do dano moral, pelos fundamentos adotados na sentença não se tem por excessiva a indenização a esse título arbitrada em R$ 2.000,00, de modo que não prospera a pretensão recursal da apelante de redução desse montante.

Veja-se que uma questão de simples solução causa um transtorno à consumidora, que se vê enroscada na burocracia da apelante. Neste ponto, a indenização arbitrada, além do caráter compensatório do transtorno experimentado pela apelada, tem também o caráter propedêutico, de incentivo à apelante para rever seus procedimentos.

Portanto, é caso de manutenção do decidido em primeiro grau, em nada abalado pelo alegado nas razões recursais.

Por último, em face da instauração desta etapa recursal, da qual a apelante sai vencida, os honorários do advogado da apelada são majorados de R$ 1.000,00 para R$ 1.200,00.

Isto posto, voto pelo não provimento da apelação, majorados os honorários devidos ao advogado da apelada para R$ 1.200,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000019-25.2021.8.26.0140, da Comarca de Chavantes, em que é apelante SIMONE MARIA DE PAULA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado VIA VAREJO 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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42006)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente sem voto), L. G. COSTA WAGNER e GOMES VARJÃO.

São Paulo, 12 de agosto de 2021.

SOARES LEVADA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização de danos morais. Sentença de procedência. Fraude na aquisição de mercadorias, admitida pela própria ré, sem prova da existência de

relação contratual entre as partes. Negativação indevida. Responsabilidade que perdura mesmo diante da alegação de culpa exclusiva de terceiro fraudador, pois a ré concorreu para o evento danoso, por sua negligência, falha a prestação de serviços. Prejuízo que vai além do mero aborrecimento ou dissabor. Dano moral "in re ipsa. Apelo da autora voltado ao pedido de majoração do valor da condenação moral. Indenização arbitrada monocraticamente em valor módico diante das circunstâncias (R$ 2.000,00), ora majorada para R$ 10.000,00, mais adequado à hipótese e em observância ao duplo caráter reparatório, punitivo e compensatório. Apelo parcialmente provido.

VOTO

1. Trata-se de ação de inexigibilidade de débito c/c indenizatória de danos, julgada procedente, condenada a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 2.000,00, pela indevida negativação do nome da autora, além do pagamento de custas, despesas e honorários de 10% do valor da condenação. Apela a autora com pedido de majoração da reparação moral para R$ 16.500,00. Ausente preparo, observada a assistência judiciária de que goza a autora. Contrarrazões com preliminar de reiteração da impugnação à gratuidade judiciária e pelo improvimento recursal.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. A questão da impugnação à gratuidade judiciária já foi examinada nos autos, ausente prova contrária bastante capaz de justificar a cassação do benefício concedido à autora-apelante, que resta mantido. Rejeita-se a preliminar a respeito do tema.

O apelo comporta parcial provimento, respeitado como sempre o entendimento da d. prolatora da r. sentença, a Dra. Leda Maria Sperandio Furlanetti.

Incontroverso nos autos que o débito gerador da negativação não foi contraído pela autora da lide, mas sim por terceira pessoa que se fez passar por ela.

Ainda que a compra tenha sido feita por terceiro que se utilizou dos dados da autora, não é admissível a exclusão da responsabilidade de Via Varejo S/A pelas consequências negativas do negócio que entabulou com o fraudador que se fez passar pela autora. No presente caso, a responsabilidade é objetiva, com base no risco atividade, que encontra amparo legal no art. 927, par. único, do Código Civil de 2002.

"A responsabilidade objetiva, funda-se, efetivamente, num princípio de

Acesso ao Sumário

equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*Ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ubi incommoda*). Quem aufere os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos (riscos)". (Carlos Roberto Gonçalves *in* Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil, vol. 4, p. 199, Editora Saraiva, 5ª ed., 2010).

Se a responsabilidade é objetiva, examina-se a responsabilização civil sem a necessidade do exame da culpa. E os demais pressupostos estão presentes na hipótese, pois houve nexo de causalidade entre a conduta da ré e o dano causado à autora, no caso, ocorrido pelo só fato de seu nome ter sido negativado indevidamente ("in re ipsa").

Embora não tenha havido contratação entre as partes, também não se afasta da hipótese a aplicação da responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do CDC, pois a autora é consumidora por equiparação (art. 17 CDC).

Com efeito, na hipótese, não há como se admitir a exclusão da responsabilidade pelo fato ter sido originado por conduta de terceiro. À guisa de exemplo, cita-se o seguinte julgado elucidativo a respeito do tema:

> **O fato de terceiro não isenta o causador direto do dano da obrigação de indenizar; a consideração de que entre a responsabilidade do réu, que teria causado o dano por culpa de terceiro, e o direito do autor de se ver indenizado de um prejuízo que sofreu injustamente não há lugar para titubeios, mormente onde o réu sequer pode apontar ou identificar o pretenso culpado.** (1º TACSP 1ª C. Ap. Rel. Elliot Akel j. 07.07.94 RT 715/173)

Assim, fato é que a conduta da loja varejista apelada causou transtornos à apelante, repercussão a motivar a indenização moral, independentemente de culpa, pelo só fato da coisa ("in re ipsa").

Na hipótese em julgamento, a ré promoveu a inscrição do nome da autora nos cadastros de proteção ao crédito em razão de dívida que não demonstrou a origem, sem prova de contratação de prestação de serviços entre as partes, afirmando tão somente ter sido vítima de fraude de responsabilidade de terceiros.

De tudo quanto exposto nos autos, conclui-se ter havido a prática de estelionato, envolvendo o nome e os documentos da autora para fins de aquisição de mercadorias por meio de pagamento parcelado ofertado pela ré, cuja responsabilidade pelo inadimplemento não pode ser imputada à autora.

Como considerado, perdura a responsabilidade da ré, mesmo diante da alegação de culpa exclusiva de terceiro (art. 14, §3º, II, CDC), pois evidente ter concorrido para o evento danoso, ante sua patente negligência ao não conferir os dados fornecidos por terceira pessoa, aceitos como verdadeiros sem qualquer diligência confirmatória da ré, que contratou financiamento sem conferência de dados ou cautelas mínimas, falha a prestação do serviço, devendo responder ob-

Acesso ao Sumário

jetivamente pelos prejuízos causados ao consumidor pela prática de ato ilícito, contratação por fraude e inscrição indevida de seu nome nos cadastros restritivos ao crédito.

Sem dúvida, a autora sofreu danos morais, traduzidos por ter seu nome indevidamente encaminhado aos cadastros restritivos ao crédito, conforme comprovado, em razão de contrato que nem mesmo celebrou. Desse modo, faz jus à reparação por prejuízos morais.

Neste sentido, o fato é, por si só, suficiente à comprovação do ilícito indenizável, ou seja, o só fato da coisa já justifica a reparabilidade do dano moral, assunto este pacífico hoje no E. STJ. Confira- se:

> "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DANO IN RE IPSA. ART. 20, § 3º, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR DA CONDENAÇÃO.
>
> A jurisprudência deste Pretório está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação.
>
> Nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, em havendo condenação, a verba honorária deve ser arbitrada em percentual sobre o valor da condenação, e não sobre o valor atribuído à causa.
>
> Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido"
>
> (REsp Nº 851.522 SP, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA)

Além disso, destaque-se que não se trata de mero aborrecimento cotidiano, nem de fomento à chamada "indústria do dano moral". A inclusão indevida nos órgãos de proteção ao crédito abala a imagem da pessoa física, estigmatizada como "má pagadora" em razão da negligência da ré que opera e valida irrefreavelmente todo aquele que se dispõe a adquirir seus serviços postos no mercado, sem as cautelas indispensáveis.

A reparação por danos morais foi fixada monocraticamente em R$ 2.000,00. Considerando-se a responsabilidade da ré pela falha na prestação dos serviços, majora-se a indenização moral na hipótese para R$ 10.000,00, com correção monetária da data deste julgamento (STJ, Súmula 362), seguindo-se a orientação da jurisprudência consolidada no STJ; importância esta que se entende adequada para dar conta da dupla finalidade da reparação moral, quais sejam, a compensação da vítima e a inibição ao ofensor à prática de atos semelhantes, à maneira dos "punitive damages" norte-americanos, fonte maior do art. 5º, V e X, da Constituição Federal.

3. Pelo exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos explicitados**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012285-57.2019.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante LEANDRO DE JESUS BRASILINO DOS SANTOS, é apelado OMNI S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.562)**

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

São Paulo, 28 de julho de 2021.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Contrato - Cédula de crédito bancário de financiamento de veículo, com pacto adjeto de alienação fiduciária - Ação revisional de cláusulas e encargos, c.c. consignação em pagamento e repetição em dobro de indébito - Sentença liminar do improcedência da pretensão, nos termos do art. 332 do novo CPC - Inconformismo do autor - Impugnação à cumulação da comissão de permanência com outros encargos moratórios, às tarifas de abertura de crédito (TAC), de emissão de carnê (TEC), de avaliação do bem, de registro do contrato e de inclusão de gravame, ao financiamento do IOF e ao ressarcimento de serviços de terceiros - Sentença "*citra petita*" - Nulidade que permite ao tribunal, desde logo e nos termos do art. 1.013, § 3º, inciso II, do novo CPC, o julgamento completo - Aproveitamento dos atos processuais em atenção à razoável duração do processo - Questões controvertidas conhecidas na praxe forense e exclusivamente de direito - Capitalização de juros permitida pelo art. 28, § 1º, inciso I, da Lei n. 10.931/04 - Tabela Price na sistemática de amortização - Anatocismo não configurado no crédito fixo, a juros prefixados, os anuais superiores ao duodécuplo dos mensais, e prestações mensais fixas - Suficiência, acaso a capitalização seja praticada - Precedente e Súmula n. 541 do Col. STJ

Acesso ao Sumário

- Previsão expressa - Abusividade nas taxas de juros não configurada, que imprescinde de prova cabal dos juros acima da média de mercado em contrato da mesma natureza - Falta de prova de juros cobrados acima dos contratados - Custo Efetivo Total (CET) estipulado e transparente, que discrepa dos juros efetivos porque compreende os encargos e despesas que o autor financiou com o capital - Impugnação estereotipada à comissão de permanência, não estipulada ou cobrada - Impugnação estereotipada, também, às tarifas de abertura de crédito (TAC), de emissão de carnê (TEC), de avaliação do bem, de registro do contrato e de inclusão de gravame, bem como ao ressarcimento dos serviços de terceiros, não estipulados ou cobrados - Reexame da tarifa de cadastro e do IOF com a observância de acórdãos do Col. STJ no julgamento de recursos especiais repetitivos - Tarifa de cadastro legítima ao ser contratado o financiamento - Súmula n. 566 do Col. STJ - Financiamento do IOF admitido - Inexistência de excessos a serem expurgados - Manutenção da improcedência da pretensão - Honorários advocatícios à parte adversa arbitrados em atenção ao trabalho na fase recursal, ressalvada a gratuidade processual ao autor - Recurso desprovido, com observação.

VOTO

A r. sentença a fls. 36/37, cujo relatório fica incorporado, julgou liminarmente improcedente a pretensão do autor, com fulcro no art. 332, incisos I e II, do novo CPC, nos autos de ação revisional de cédula de crédito bancário de financiamento de veículo, com pacto adjeto de alienação fiduciária, cumulada com consignação em pagamento e repetição em dobro de indébito, sem onerá-lo nas custas e despesas, eis que deferida a gratuidade processual.

Inconformado, o autor interpõe recurso de apelação, arguindo a nulidade da r. sentença, por desconsiderar a revelia da ré por falta de contestação, e ter cerceado prova pericial ao julgar a demanda no estado, aduzindo que o julgamento nos termos do art. 285- A do CPC de 1973 é restrito às hipóteses de inexistência de controvérsia fática. Evoca o Código de Defesa do Consumidor para efeito de inversão do ônus da prova e revisão de cláusulas excessivamente onerosas, nos termos do art. 6º, inciso V. Advoga que o contrato é de adesão e padece de ilegalidades, como a capitalização mensal, vedada pela Súmula

Acesso ao Sumário

n. 121 do Col. STF e diante da inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.170-36/2001. Impugna os juros remuneratórios abusivos e a comissão de permanência cumulada com outros encargos moratórios, argumentando que não está obrigado ao conteúdo do contrato nos termos do art. 46 do estatuto consumerista, se não recebeu uma via e não teve ciência prévia dos encargos previstos em cláusulas contratuais de difícil compreensão. Pede reforma.

Recurso recebido, a ré, citada, contra-arrazoou.

É o relatório.

De início, é impertinente a tese de revelia da ré, pois somente foi citada ao ser prolatada a r. sentença liminar de mérito e interposto o recurso de apelação pelo autor.

A r. sentença foi prolatada sob a égide do novo CPC, no qual o art. 332 não mais admite a sentença liminar de improcedência repetitiva de outras do juízo de primeiro grau do art. 285-A do CPC de 1973; mas, sim, a sentença coerente com súmulas e provimentos de tribunais.

Só por isso, a r. sentença padece de nulidade, não fosse mais o fato de ser "***citra petita***", deixando de se pronunciar sobre a impugnação do autor à cumulação da comissão de permanência com outros encargos moratórios e às tarifas de abertura de crédito (TAC), de emissão de carnê (TEC), de avaliação do bem, de registro do contrato e de inclusão de gravame, e mais ao financiamento do IOF e ao ressarcimento de serviços de terceiros.

Todas as decisões do Judiciário devem ser fundamentadas, preconiza o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena de nulidade.

A r. sentença, em substância, julgou parte da pretensão e não dirimiu a controvérsia com a profundidade requerida pelo autor.

É até ocioso, porém é de enfatizar que o limite objetivo da sentença é o pedido do autor, que é o próprio objeto do processo. Não pode a sentença ser de natureza diversa do pedido, nem condenar a ré em quantidade superior ou objeto diverso do que lhe foi demandado. A sentença que julga "***citra petita***" é nula e sua eventual correção pelo segundo grau suprimiria jurisdição.

Entretanto, não interessa aos demandantes ou atende à garantia da razoável duração do processo a nulidade e a restituição da controvérsia ao primeiro grau para novo julgamento.

O atual Código de Processo Civil introduziu inovação no art. 1.013, § 3º, ao tratar do efeito translativo do recurso de apelação, e permite ao tribunal, contanto que em condições de julgar desde logo, decidir sobre o mérito quando "*decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir*" (inciso II).

Trata-se de o tribunal, agora expressamente, corrigir a sentença "***citra pe-***

Acesso ao Sumário

tita", aproveitando e economizando os atos processuais, se, de imediato, estiver em condições de julgar o mérito.

Relevante é que as questões controvertidas na pretensão ajuizada são conhecidas na praxe forense e exclusivamente de direito, motivo pelo qual nada embaraça o reexame, desde logo, pelo tribunal.

Avancemos.

Não é todo o indeferimento de prova ou diligência que constitui cerceamento de defesa. Isso porque o direito processual não se apresenta como um "***non sense***", já que cabe ao juiz a direção do processo, e, consequentemente, das provas e diligências necessárias. Ao juiz, inclusive, são outorgados poderes, sempre na tarefa de buscar a verdade real.

A propósito, este Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, em precedente veiculado na RT 624/95, já decidiu: "*Não é pelo trâmite do processo que se caracteriza o julgamento antecipado. Nem por ser a matéria exclusivamente de direito; ou, mesmo de fato e de direito; e até revelia. É a partir da análise da causa que o juiz verifica o cabimento. Se devidamente instruída e dando-lhe condições de amoldar a situação do artigo 330 do Código de Processo Civil, ou do parágrafo único do artigo 740 do Código de Processo Civil, é uma inutilidade deixá-lo para o final de dilação probatória inútil e despicienda*".

Consoante precedente do Col. STJ: "*Em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente discrição do magistrado, no exame da necessidade ou não da realização da prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório*" (4ª Turma, REsp 3.047-ES, rel. Min. Athos Carneiro, j. 21.8.90, não conheceram, v.u., DJU 17.9.90, p. 9.514).

O autor diz-se cerceado no direito de provar os excessos praticados pela ré por meio de perícia contábil, mas a prova era desnecessária para o pretenso direito, pois, antes do exame empírico de qualquer cálculo, deve-se verificar a legalidade do que foi contratado.

A controvérsia é exclusivamente de direito e o desate inspira-se na boa-fé objetiva, imanente às relações jurídicas e à segurança dos negócios jurídicos.

O Código de Defesa do Consumidor, apesar de alcançar os contratos bancários a teor da Súmula n. 297 do Col. STJ, é irrelevante para o julgamento, a começar que não estão nele limites, diretrizes ou parâmetros para o cálculo de juros e encargos, aliás, pactuados consensualmente no mútuo bancário voltado ao financiamento de veículo.

O contrato "***sub judice***" não é de adesão, e sim por adesão, sutileza que o torna insuscetível de ampla revisão pelo Estado-Juiz.

Entre eleger qualquer outra instituição financeira em condições de oferecer juros mais módicos e menos encargos, o autor escolheu a ré e, desde logo,

Acesso ao Sumário

estava ciente de tudo quanto compunha cada prestação mensal.

O autor emitiu à ré cédula de crédito bancário (fls. 26/27 e 85/86), no valor de R$ 13.115,51, para resgate em 48 parcelas iguais e sucessivas de R$ 586,32, vencida a primeira no dia 06 de junho de 2019, à taxa de juros prefixada de 3,58% ao mês, ou 52,51% ao ano, ao Custo Efetivo Total - CET de 4,27% ao mês, ou 65,08% ao ano, diluídos no financiamento o IOF (R$ 50,74), a tarifa de cadastro (R$ 100,00), os prêmios de seguro prestamista (R$ 770,33) e de assistência (R$ 325,00).

Falece razão ao autor na impugnação à capitalização de juros.

Feito o recálculo ao seu talante, o autor expurga a sistemática da Tabela Price, como se fosse foco de capitalização e anatocismo, opera a substituição pelo método Hamburguês e dispõe-se ao pagamento de prestações mensais recalculadas de R$ 250,88 (estudo contábil - fls. 30/35).

Regido pela Lei n. 10.931/04, o contrato em pauta está entre aqueles que podem prever capitalização mensal de juros, expressamente autorizada no art. 28, § 1º, inciso I, contanto que pactuada e com periodicidade estipulada.

Por outro lado, causa espécie que em contrato de crédito fixo, a ser resgatado mediante 48 prestações mensais de valor fixo e a juros prefixados, o devedor alegue que é alvo de capitalização, a se ter em mente que a capitalização é a incidência exponencial de juros sobre juros já integrados ao capital.

Admitindo-se, "***ad argumentandum tantum***", que a Tabela Price foi empregada no cálculo das prestações, carece razão ao autor na arguição de que esse método de amortização da dívida implica capitalização de juros.

A Tabela Price é um dos diversos métodos de amortização do capital e, nela, por meio de uma fórmula matemática, calcula-se um valor atribuído às prestações, as quais, incluindo juros e amortização do principal, terão valor fixo durante toda a contratualidade.

Essa é a noção de Adolfo Mark Penkuhn no ensaio sob o título "A Legalidade da Tabela Price", publicado na "Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem", Ed. RT, n. 17, julho-setembro de 2002, págs. 284-290, e as suas conclusões são dignas de transcrição: "*Ressalte-se que, na parcela a ser paga, estão incluídos juros e amortização do capital. Acerca de tal fato dispõe o Código Civil, em seu art. 993: 'Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital'. Chega-se à conclusão lógica de que, sempre que o pagamento for superior aos juros, estes restarão completamente pagos, nada havendo para acrescer ao principal. Assim, não há como capitalizar os juros, uma vez que já estarão pagos, e os juros da próxima prestação incidirão apenas sobre o remanescente do principal, feita a devida amortização com o que exceder ao pagamento dos juros*".

Acesso ao Sumário

Ora, se não há capitalização de juros na sistemática da Tabela Price, uma vez que os juros são pagos a cada prestação, juntamente com uma fração do capital, a tese desenvolvida pelo autor não subsiste.

Juros capitalizados, também chamados acumulados, são aqueles que se agregam ao capital acrescido dos juros que produziu, e esse fenômeno não se dá na Tabela Price, cujo grande mérito é ter prestações de valor uniforme desde o início até o término do contrato.

Seja como for, a cédula estampa juros de 3,58% ao mês e de 52,51% ao ano, de sorte que, acaso exista capitalização mensal nessa modalidade, não é abusivo o comportamento da ré e isso é o bastante ao desprovimento do recurso nesse ponto.

A Segunda Seção do Col. STJ, ao julgar o REsp 973.827-RS de acordo com o procedimento para recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC, julgado em 08.8.12, DJe 24.9.12, relatora para o acórdão a Min. Maria Isabel Gallotti, fez observar que há conceitos abstratos de matemática financeira, de "*taxa de juros simples*" e "*taxa de juros compostos*", que são métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato, de maneira que a mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva a taxa nominal de juros não significa capitalização de juros, mas apenas o processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pela Lei de Usura (Dec. n. 22.626/33).

Nesse paradigma, duas teses foram assentadas, a saber: "*1) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da Medida Provisória 1.963-17/2000, em vigor como MP 2.170-01, desde que expressamente pactuada; 2) A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada*".

A recente Súmula n. 541 do Col. STJ enuncia que: "*A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada*".

Não fosse isso suficiente, a cláusula "*1. DO FINANCIAMENTO DO VEÍCULO*", é explícita sobre os "*juros remuneratórios à taxa efetiva mensal indicada, capitalizados mensalmente, desde a data da liberação até o vencimento das parcelas*" (fls. 26 e 85).

Desse modo, a capitalização está prevista e é legal.

É sem sentido arguir a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.170-36/01, cujo art. 5º autoriza juros capitalizados em período inferior a um ano, se o título "***sub judice***" é regulado por outro diploma.

Acesso ao Sumário

Sem ser necessária prolixa fundamentação, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vai consolidando o entendimento sobre os juros no sistema financeiro nacional.

A Súmula n. 382 do Col. STJ já enunciava que: "*A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade*".

Sobreveio a Súmula n. 648 do Col. STF "***verbis***": "*A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar*".

A Súmula Vinculante n. 7 do mesmo Pretório Excelso pacificou a questão.

A busca pela taxa de juros está atrelada à média do mercado, fiscalizado pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil, sem nenhuma integração com regras traçadas para os contratos civis em geral.

Somente em caso de flagrante abusividade os juros podem ser revistos pelo Estado-Juiz e delimitados à média de mercado, desde que o devedor assim pleiteie.

No REsp 1.061.530/RS, afeto à Segunda Seção do Col. STJ conforme o rito do art. 543-C do CPC de 1973 para o julgamento de recursos repetitivos, relatado pela Min. Nancy Andrighi, restou concluído que o posicionamento atual da jurisprudência admite a revisão das taxas de juros em situações excepcionais, desde que esteja cabalmente demonstrado que a estipulação das taxas de juros remuneratórios suplanta a média praticada pelo mercado para a modalidade contratada.

Consta desse precedente que a análise da abusividade dos juros está facilitada a partir de outubro de 1999, quando o Banco Central do Brasil passou a divulgar as taxas médias, ponderadas segundo o volume de crédito concedido, para os juros praticados pelas instituições financeiras nas operações de crédito realizadas com recursos livres (cf. Circular n. 2.957, de 30-12-99).

Nesse julgamento para recursos repetitivos foram consolidadas quatro vertentes: "*a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), como dispõe a Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano por si só não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do caso concreto*".

Acesso ao Sumário

Ocorre que não há a prova do abuso, que poderia ter sido diligenciada

pelo autor com a petição inicial, mediante consulta, no sítio do Banco Central do Brasil na rede mundial de computadores, acerca das taxas de juros médias aplicadas no mercado em contratos similares.

Também é inconsistente o argumento de que a ré praticou juros remuneratórios superiores aos contratados, porquanto o CET - Custo Efetivo Total, de 4,27% ao mês e 65,08% ao ano, discrepa das taxas de juros efetivas, de 3,58% ao mês e 52,51% ao ano, porque no financiamento o autor optou somar todos os encargos e despesas, como IOF, prêmios dos seguros prestamista e de assistência e a tarifa de cadastro.

A Resolução n. 3.517/07 do Conselho Monetário Nacional determina que conste do contrato o CET - Custo Efetivo Total, no qual estão embutidos a taxa de juros, as tarifas, tributos, seguros e as despesas administrativas contratadas, servindo ao interessado que pretender comparar os custos praticados pelas várias instituições financeiras antes de assumir obrigações.

O art. 1º, § 2º, da Resolução preconiza que: "*O CET deve ser calculado considerando os fluxos referentes às liberações e aos pagamentos previstos, incluindo taxa de juros a ser pactuada no contrato, tributos, tarifas, seguros e outras despesas cobradas do cliente, mesmo que relativas ao pagamento de serviços de terceiros contratados pela instituição, inclusive quando essas despesas forem objeto de financiamento*".

Ao ser julgado o REsp 1.251.331/RS, pela Segunda Seção do Col. STJ, em procedimento para recursos repetitivos do art. 543-C do CPC de 1973, a relatora, Min. Maria Isabel Gallotti, fez constar que: "*O Custo Efetivo Total (CET) cumpre o objetivo, perseguido pelas entidades de defesa do consumidor, de esclarecer o somatório dos encargos incidentes sobre o mútuo. A meu ver, em nada acrescentaria à transparência do pacto suprimir do contrato as informações referentes ao detalhamento da taxa real de juros, tarifas de serviços e tributos, embutindo todas as despesas sob a rubrica 'juros', para obter a mesma informação, já expressa no contrato, do CET*".

O fato é que o contrato estampa juros prefixados, capitalizados ao mês e o CET anual, sendo isso suficiente ao desprovimento do recurso nessa questão, sem a prova da flagrante abusividade.

A impugnação à comissão de permanência é estereotipada, de vez que não prevista na cédula ou cobrada efetivamente.

A cláusula "*9. ATRASO NO PAGAMENTO*" da cédula, que trata da mora, enumera os encargos moratórios, a saber: "*juros remuneratórios à taxa de contratada neste CCB, capitalizados mensalmente, multa de 2% (em conjunto, 'Valor Inadimplido') e juros moratórios de 1% ao mês sobre o Valor Inadimplido*" (fls. 27 e 86).

Ademais, o exame "***ictu oculi***" da "*Planilha de Atualização de Débito*"

Acesso ao Sumário

(fls. 28) e do "*Extrato da Dívida*" (fls. 88) corrobora essa ilação, uma vez que a ré inclui no cálculo do saldo devedor apenas a multa de mora e os juros remuneratórios.

Também são estereotipadas as impugnações às tarifas de abertura de crédito (TAC), de emissão de carnê (TEC), de avaliação do bem, de registro do contrato e de inclusão de gravame e ao ressarcimento dos serviços de terceiros, não previstos na cédula ou cobrados efetivamente.

Ainda que se pudesse considerar que a tarifa de abertura de crédito (TAC) foi cobrada sob a nomenclatura de tarifa de cadastro, nem assim teria razão o autor.

Vejamos.

Convém frisar que o art. 927, inciso III, do novo CPC preconiza aos juízes e tribunais a observância dos acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos em homenagem à segurança e à previsibilidade dos pronunciamentos judiciais.

Ao julgar o REsp 1.251.331/RS, a Segunda Seção do Col. STJ, pelo voto da Min. Maria Isabel Gallotti, j. 28.08.13, DJe 24.10.13, dirimiu que:

"*Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de 'realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao inicio de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente'(Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011)*".

Em reforço, o Col. STJ editou a Súmula n. 566, "***verbis***": "*Nos contratos bancários posteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008, pode ser cobrada a tarifa de cadastro no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira*".

Nesse precedente, em que foi relatora a Min. Maria Isabel Gallotti, ainda ficou decidido que:

"É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais".

Caso pretenda questionar o imposto, o autor deve endereçar a pretensão à destinatária, a União.

Inexistindo excessos a serem expurgados, é de rigor a manutenção da improcedência da pretensão.

Sem custas e despesas ao autor, em sendo beneficiário da gratuidade pro-

Acesso ao Sumário

cessual, os honorários advocatícios à parte adversa, em remuneração ao trabalho na fase recursal, ficam arbitrados, por apreciação equitativa, em R$ 800,00, nos termos do art. 85, § 8º, do novo CPC, tendo em vista o baixo valor da causa (R$ 586,32), atualizados desde o ajuizamento e com juros de mora a contar do trânsito em julgado (§ 16).

Diante do exposto, superada a nulidade da r. sentença "***citra petita***" e julgados, desde logo, improcedentes todos os pedidos, nega-se provimento ao recurso do autor, com observação aos honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002095-66.2019.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante JOSÉ MENEGHEL NETO E OUTROS, é apelado VIA SAFRA COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS EIRELI.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e majoraram os honorários. V.U. Compareceu para sustentar oralmente Dr. Fabio Ozeloto Lemes", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52813)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente), LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL e PENNA MACHADO.

São Paulo, 11 de agosto de 2021

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO MONITÓRIA - EMBARGOS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS E DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MONITÓRIO - CONSTITUIÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL - RECURSO - AUSÊNCIA DE OMISSÃO NA SENTENÇA QUANTO AOS PONTOS RELEVANTES PARA SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA - COMPRA REALIZADA POR PESSOA SEM MANDATO - FUNCIONÁRIO ENCARREGADO DA REALIZAÇÃO DE ORÇAMENTOS - EXISTÊNCIA DE ANTERIOR RELAÇÃO COMERCIAL ENTRE A FAZENDA E O

Acesso ao Sumário

COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS - TEORIA DA APARÊNCIA - BOA-FÉ OBJETIVA - FRAUDE - NÃO COMPROVAÇÃO DE DESVIO DA MERCADORIA NEM DE PARTICIPAÇÃO DA CASA AGRÍCOLA - MERA DESCONFIANÇA COM BASE EM SUPOSTOS ILÍCITOS PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO DA PRÓPRIA FAZENDA - SUSPEITA CONTRA A EMBARGADA QUE SEQUER CONSTA NO INQUÉRITO POLICIAL QUE INVESTIGA O CASO - INSUMOS RECEBIDOS - IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - DÉBITO REGULAR - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO, MAJORADOS OS HONORÁRIOS.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença prolatada de fls. 630/639, complementada pelos aclaratórios rejeitados de fls. 645/646, julgando improcedentes os embargos e procedente a ação monitória, constituindo título executivo judicial no valor de R$ 73.255,90, com correção e juros de mora de 1% ao mês desde a apresentação dos cálculos, condenando os demandados ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor condenatório, de relatório adotado.

Os embargantes alegam que a r. decisão recorrida deixou de analisar os argumentos trazidos pela testemunha Sr. Carlos, a qual informara em seu depoimento que as medidas para quantificação das compras não eram feitas pela fazenda, mas, pelo Sr. Wiliam, invalidade do instrumento assinado por mandatário sem poderes específicos para agir individualmente, insuficiência do recebimento do produto por pessoa sem poder de compra, cotação de preço e abertura de pedido não demonstrada, inexistência de documentos que comprovem a realização do negócio jurídico, presunção de que houve aquisição de insumos inocorrente, falta de diligência da apelada em suas relações comerciais, aguarda provimento (fls. 649/655).

Recurso tempestivo, com preparo a menor (fls. 656/658).

Regularmente processado (fls. 659).

Cálculo de custas (fls. 660).

Contrarrazões (fls. 662/671).

Taxa judiciária regularizada (fls. 674/676).

Houve remessa (fls. 677).

Os apelantes manifestam oposição ao julgamento virtual (fls. 680).

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

O recurso não prospera, majorados os honorários.

Não houve omissão quanto aos fatos relevantes apresentados pela testemunha Sr. Carlos, pelo contrário, às fls. 636 o douto juízo trouxe um resumo dos principais pontos aventados pelos depoentes em audiência com mais de 40 minutos (oitiva da testemunha dos embargantes a partir de 14min e 50s).

A pessoa que realizou as medidas para quantificação das compras e a ausência de mandato para que Wiliam realizasse compras em nome da fazenda em nada altera o resultado do processo, pois, consoante destacado pelo d. magistrado de origem, "*dos elementos coligidos, à luz das declarações, não se tem provada a má-fé do autor, senão apenas acusação vaga por parte do embargante. Amiúda-se que na relação comercial o Sr. Wiliam apresentava-se como o representante, sendo extremamente razoável que o autor acreditasse na informação. Disso decorre situação típica de aplicação da supracitada e explicada teoria da aparência, e por isso, neste caso, são válidos os documentos apresentados na inicial*".

A própria testemunha dos apelantes admitiu a realização de negócios anteriores com a embargada, não havendo falar em inexistência de documentos que comprovem a existência de relação jurídica entre as partes.

Não houve falta de diligência da apelada em suas relações comerciais, pelo contrário, a realização do pedido por funcionário da fazenda encarregado de realizar orçamentos com base na boa-fé e na teoria da aparência e as notas fiscais de fls. 18 e 22 com recebimento e assinatura do Sr. Willian são suficientes para comprovar a aquisição dos insumos.

Ainda de acordo com a testemunha Sr. Carlos, após a descoberta de condutas ilícitas por parte de seus funcionários, os administradores da Fazenda União passaram a desconfiar de que a Via Safra estaria em conluio com o Sr. Wiliam.

Após extensa relação comercial, na qual havia confiança entre as partes, tanto que para pagamento das mercadorias no montante de R$ 80.422,00, discriminadas nas duas notas fiscais (fls. 18 e 22), foram emitidas duplicatas para quitação em duas e três parcelas (fls. 16/17 e 19/21), os apelantes se negam a pagar a mercadoria em decorrência de uma suposta desconfiança sobre a conduta da autora.

Ocorre que, examinados os autos do Inquérito Policial nº 1500162-98.2019.8.26.0439, não há qualquer menção à empresa autora ou a seus funcionários.

Não bastasse, comprovada a entrega da mercadoria, caberia, no mínimo, à apelante, demonstrar que as sementes de milho objeto das Notas Fiscais nº 10.727 e 10.737 não foram utilizadas em seus pivôs, o que poderia ter sido

Acesso ao Sumário

apontado com a juntada de notas fiscais de outros fornecedores relativas à mesma safra.

Portanto, realizado o pedido por pessoa integrante do quadro administrativo da Fazenda União, a entrega não foi recusada, ainda que o aceite seja do próprio Sr. Wiliam, devendo prevalecer a boa-fé da vendedora, até porque não há prova de desvio, devolução ou inutilização das mercadorias, sendo imperioso o pagamento das duplicatas sob pena de enriquecimento ilícito da embargante.

Destarte, a r. sentença não comporta retoque, majorando-se os honorários para 12% sobre o valor condenatório, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Ressalto que não cabe ao julgador rebater todos os argumentos e raciocínios expendidos pelas partes, bastando a fundamentação de sua decisão, em atenção ao princípio do devido processo legal.

Nessa linha, a jurisprudência do STJ:

"*Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.*" (REsp nº 1.817.453/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 25/06/2019).

"*Consoante jurisprudência desta Corte Superior, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos invocados pelas partes, nem a indicar todos os dispositivos legais suscitados, quando tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n. 55.751/RS, Terceira Turma, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 14.6.2013; AgRg no REsp n. 1.311.126/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 22.5.2013; REsp n. 1244950/RJ, Terceira Turma, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe 19.12.2012; e EDcl no AgRg nos EREsp n. 934.728/AL, Corte Especial, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 29.10.2009. Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional.*" (Agravo em Recurso Especial nº 1.335.032/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática publicada no DJe de 23.09.2019).

Registro, na oportunidade, não haver espaço para prequestionamento, porquanto a matéria fora amplamente analisada à luz dos dispositivos legais vigentes, jurisprudência e Súmula consolidada do STJ.

Ficam advertidas as partes em litígio que, na hipótese de recurso infundado ou manifestamente incabível, estarão sujeitas às sanções correlatas, inclusive fixação de multa por litigância de má-fé.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, majorando os honorários para 12% sobre o montante condenatório.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002049-46.2019.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante RAMIS CARIM BENNUTHE, é apelado ADMINISTRADORA JARDIM ACAPULCO LTDA.

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 de apelação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.735)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), CLAUDIO GODOY e AUGUSTO REZENDE.

São Paulo, 11 de agosto de 2021.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Ementa: Apelação Cível. Ação de manutenção de posse - Autor, compromissário comprador de imóvel localizado em loteamento residencial, que alega ter sido impedido de ingressar no loteamento juntamente com seus convidados - Ajuizamento em face da administradora do loteamento - Ré que, segundo o autor, deveria permitir o livre acesso de visitantes ao seu imóvel, independentemente de cadastro - Sentença que julgou improcedente a ação - Recurso de apelação interposto pelo autor - Contrato de venda e compra padrão das unidades do loteamento que possui cláusula restritiva, imposta a todos os titulares de lotes, que ressalva a utilização dos imóveis para fins estritamente residenciais - Elementos dos autos que comprovam a alteração da destinação do imóvel pelo autor, em desrespeito às regras do contrato - Prova testemunhal que confirma ter o autor locado seu imóvel para festas e eventos - Legalidade da limitação do número de visitantes dentro do loteamento e da implantação do cadastramento biométrico - Ausência de turbação da posse ou esbulho possessório - Julgamento de improcedência que era de rigor - Sentença mantida - Recurso desprovido. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação de manutenção de posse movida por Ramis Carim Bennuthe em face de Administradora Jardim Acapulco S.C. Ltda., alegando, em síntese, que é compromissário comprador e possuidor de imóvel de matrícula nº 43.063 do CRI do Guarujá, que integra o loteamento "Jardim Acapulco", e que a ré, além de vender os lotes, administra o loteamento e cobra pela remuneração de seus trabalhos. Afirma que a ré instalou portaria com cancela no loteamento, invadindo espaço público, limitando os munícipes e moradores e os sujeitando a controle cadastral. Recentemente, comunicou a implantação de novas medidas de segurança, informando que "o acesso de visitantes será restrito a dez pessoas por período", que a locação dos imóveis do loteamento será feita apenas por intermédio dos corretores de imóveis e que "existe uma lista de inquilinos indesejáveis, junto à portaria". Informou também que, para implantar tais medidas, "o Jardim Acapulco contará com uma equipe de apoio formada por 15 Policiais Militares ou Guardas Civis, devidamente identificados com coletes táticos e municiados com o necessário para manter a ordem", alertando que "os agentes estarão circulando em três viaturas"; "Lembrando que por se tratar de policiais, os mesmos tem expertise no tratamento com pessoas" e "Além desses, serão designados mais dois profissionais com o mesmo perfil para permanecer na portaria de acesso ao loteamento". Por fim, o comunicado instituiu como obrigatório o cadastramento biométrico dos moradores, estabelecendo prazo para sua adoção, sob pena de bloqueio de acesso ao loteamento. Afirma que, em 11.03.2019, véspera de carnaval, um grupo de 15 pessoas que locou sua residência para celebração foi barrado na portaria, o que apenas foi resolvido após a intervenção de policiais militares, não sendo este um fato isolado. Nestes termos, postula a expedição de mandado liminar de reintegração de posse, a fim de garantir o acesso ao loteamento independentemente da quantidade de pessoas, bem como para que não seja, juntamente com seus permissionários, submetido a qualquer tipo de cadastramento biométrico obrigatório, sob pena de multa no valor de R$ 20.000,00. Requer, ainda, o julgamento de procedência da ação, para a confirmação da liminar e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais no montante de R$ 50.000,00.

A ação foi julgada improcedente, nos termos da R. Sentença de fls. 316/320, com a condenação do autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa.

Apela o autor, pleiteando, em síntese, a reforma da R. Sentença para o julgamento de procedência da ação (fls. 326/336).

Processado regularmente o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 342/359).

Não houve oposição das partes ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. O recurso não merece provimento.

Cuida-se de ação de manutenção de posse ajuizada por compromissário comprador de imóvel localizado em loteamento residencial no Guarujá, que pretende garantir seu acesso e de seus convidados ao loteamento, independentemente do número de convidados, sem que haja necessidade de cadastramento biométrico. Alega o autor que a conduta da ré, ao restringir o acesso de convidados ao seu imóvel e submeter os proprietários a cadastramento biométrico, implica em turbação e esbulho possessório.

Sem razão, contudo.

Conforme consta dos autos, o autor é promissário comprador de imóvel localizado no "Jardim Acapulco", loteamento localizado na cidade do Guarujá que foi formado com o fim precípuo de atender público de alto poder aquisitivo. O documento de fls. 90/100 indica que nos contratos de venda e compra padrão há cláusula restritiva imposta a todos os titulares de lotes, que ressalva a utilização dos imóveis para fins estritamente residenciais.

Na contestação, a ré alega que em acordo firmado nos autos de ação de cobrança envolvendo as mesmas partes, o autor se comprometeu a respeitar a destinação de seu imóvel, que somente pode ser utilizado com finalidade estritamente residencial. Contudo, o acordo foi descumprido pelo autor, que locou seu imóvel para fins comerciais (gravação de videoclipe) e, em 16.03.2019, para 105 pessoas, desrespeitando também as normas de segurança loteamento.

Produzida prova testemunhal, foi confirmado o desvirtuamento da utilização do imóvel pelo agravante, por meio de sua locação para eventos, não havendo cogitar de ilegalidade na limitação do número de visitantes dentro do loteamento, tampouco na implantação do cadastramento biométrico.

Conforme assinalou a sentença:

"*A decisão saneadora de fls. 160/161 fixou os seguintes pontos controvertidos: a) o uso adequado do imóvel pelo autor; b) a irregularidade do cadastro biométrico obrigatório; c) a observância dos ritos legais para acesso ao condomínio; d) exercício prévio da posse do autor; e) qualidade da posse exercida pelo requerido; f) eventual prática de esbulho dos requeridos.*

O autor em réplica confessa que utiliza o imóvel para locações, defendendo que tal fato não retira do imóvel o fim residencial (fls. 105/108).

Todavia, é certo que no acordo entre as partes constou a finalidade residencial e a realização de locações do imóvel a diversas pessoas dá ao bem uma finalidade comercial, já que o autor está exatamente explorando o bem comercialmente.

Acesso ao Sumário

Verifico que na oitiva da testemunha José, este relatou que faz serviços elétricos para o autor, há cerca de quinze anos, na residência do Jardim Acapulco e em uma residência em São Paulo. ***Informou que o autor usa a casa aos finais de semana, alugando o local para pessoas em geral e festas, não sendo de seu costume alugar para festa, mas já alugou há três anos para aniversários e casamentos.*** Já esteve presente no local para resolver queda de luz, tendo cerca de 30 pessoas, mas o local nunca foi alugado para eventos com venda de convites. Esclareceu que *frequenta todos os dias uma casa no condomínio, prestando serviços de jardinagem e piscina, e outras 30 casas ao longo do local, atendendo até 22/23 horas. Negou que o autor tenha recebido multas por barulho em nome do autor, relatando que o local possui algumas casas que também promovem aluguel para festas, não sabendo precisar os endereços e se esteve no local em 11/03/2019.*

Anoto, ainda, que a cláusula VIII do contrato padrão (fls. 96) prevê que: 'Cláusula VIII - Os terrenos objetos deste loteamento denominado JARDIM ACAPULCO - Gleba III destinam-se a construções estritamente residenciais. Em cada lote não será construída mais de uma moradia, que não poderá ter mais de dois pavimentos (térreo e superior), que se destinará exclusivamente a uma única família e seus dependentes, e não será usada, adaptada, ou permitida para fins comerciais, industriais ou quaisquer outros não residenciais, de modo que nunca se venha nele exercer o comércio ou indústrias de qualquer natureza. É proibida, portanto, a construção de prédios de apartamentos, também chamados de habitação coletiva. Também não será permitido o uso da edificação não concluída totalmente. Cada moradia deverá obedecer aos recuos mínimos de: 5,00 m (cinco metros) para frente das vias públicas e de 1,50 (um metro e cinquenta centímetros) nas laterais, salvo os terrenos de esquina em que os recuos mínimos laterais são de 2,00 m (dois metros).'.

Diante disso, resta claro que o autor deu destinação não residencial ao imóvel, o que restou proibido no acordado entre as partes (fls. 84/85) e no contrato padrão (fls. 90/100) Logo, a vedação de acesso aos visitantes realizada pelo condomínio no dia 11/03/2019 não configurou efetiva turbação ou esbulho, sendo improcedente o pedido reintegração de posse, uma vez que o autor não comprovou que teve sua posse turbada ou esbulhada.

...

Ademais, o documento de fls. 23 demonstra que a limitação de pessoas é exclusiva a visitantes de imóveis que já geraram registro de perturbação do sossego, não atingindo os proprietários do bem imóvel, não havendo qualquer irregularidade em tal limitação, que está em consonância com

Acesso ao Sumário

os interesses da maioria dos condôminos.

Em continuação, não verifico qualquer irregularidade na obrigatoriedade do sistema biométrico, uma vez que este tipo de sistema é mais seguro, pois permite o acesso somente dos usuários cadastrados, bem como é mais ágil, o que facilita o acesso ao condomínio, já que o usuário só precisa encosta o dedo no leitor de digital. Ademais, é público e notório a grandeza do condomínio réu e seu alto fluxo de pessoas.

Anoto que da leitura da inicial, não se extrai qualquer motivo proporcional, razoável e justo para o autor não realizar o cadastramento biométrico, indicando somente que não concorda com o cadastramento biométrico obrigatório, mas sem trazer qualquer explicação.

Por outro lado, é certo que em um condomínio o direito coletivo se sobrepõem sobre o individual, sendo que as justificativas do autor (que não existiram) para não se cadastrar não são suficientes, uma vez que tal obrigação só trará benesses aos usuários do condomínio e ao próprio autor, razão pela qual o requerimento do autor de não se cadastrar no sistema biométrico é improcedente." (fls. 318/319) (g.n.).

Dessa forma, era mesmo o caso de improcedência da ação, bem decretada, devendo a sentença apelada ser mantida tal como lançada, não havendo cogitar de turbação ou esbulho possessório na hipótese dos autos.

Por derradeiro, em observância ao trabalho adicional realizado em grau recursal, ficam majorados os honorários advocatícios devidos pelo autor para 15% sobre o valor da causa atualizado, nos termos do artigo 98, parágrafo 11º, do Código de Processo Civil

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010384-93.2018.8.26.0286, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SÉRGIO LUIZ FERNANDES JÚNIOR, é apelado RODOLPHO PEREIRA PRADO RIBEIRO - EPP.

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 47.519)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHI-

Acesso ao Sumário

CUTA (Presidente) e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 12 de agosto de 2021.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Ação de reparação de danos materiais. Ausência de intimação pessoal para realização de depoimento pessoal do réu em audiência de instrução e julgamento. Fato que desautorizava a aplicação da pena de confesso. Cerceamento de defesa que, todavia, não restou configurado. Magistrado que apontou a existência de outros elementos probatórios que, por si só, já autorizavam a procedência do pedido indenizatório. Prova documental e testemunhal que atestam que o filho do réu derrubou e danificou totalmente um vaso que se encontrava adequadamente exposto no interior do estabelecimento do autor. Culpa in vigilando caracterizada. Indenização fixada pelo valor de etiqueta da mercadoria. Admissibilidade. Prejuízo que não se resume ao preço de custo do vaso. Perdas e danos que, nos termos do artigo 402 do Código Civil, abrangem, além do que o autor efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar com a venda do bem. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de reparação de danos materiais ajuizada por Rodolpho Pereira Prado Ribeiro EPP em face de Sérgio Luiz Fernandes Júnior, que a respeitável sentença de fls. 235/242, cujo relatório se adota, julgou procedente para condenar o réu ao pagamento da quantia de R$70.632,76, acrescida de juros e correção monetária, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que foram fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Apela o réu (fls. 246/254) sustentando, em suma, que a decretação da pena de confesso configurou cerceamento de defesa, uma vez que não foi pessoalmente intimado para comparecer à audiência de instrução, sendo que se atrasou cinco minutos ao comparecer espontaneamente ao ato. No mérito, afirma que o autor não apresentou nota fiscal comprovando o efetivo custo do produto danificado por seu filho, sendo insuficiente a juntada da etiqueta com o preço de venda, posto que eventual lucro não pode ser incluído na condenação,

Acesso ao Sumário

mesmo porque não houve pedido de reparação de lucros cessantes. Pede, ao final, a anulação da sentença, ou a sua reforma.

Recurso tempestivo; preparo anotado (fls. 255/256).

Contrarrazões a fls. 259/267.

É o relatório.

O autor ajuizou a presente ação informando que, em 04/08/2018, recebeu em seu estabelecimento o réu, que estava acompanhado de um irmão, um sobrinho e seu filho, sendo que este último, andando livremente pelo recinto, acabou por derrubar e danificar totalmente um vaso de cristal e bronze, causando-lhe um prejuízo de R$68.098,00, que era o preço constante na etiqueta do produto.

O réu foi devidamente citado e apresentou contestação, sendo designada audiência de instrução e julgamento por meio do despacho de fls. 170, do qual os advogados de ambas as partes foram devidamente intimados, bem como do despacho de fls. 163, que deferiu o depoimento pessoal do réu.

Constou do termo da audiência que o réu, ora apelante, chegou com cinco minutos de atraso à audiência, quando já havia sido aplicada a pena de confesso (cf. fls. 183).

Ocorre que, no caso, a referida pena não poderia ser aplicada, diante da ausência de intimação pessoal da parte para prestar depoimento pessoal, bem como da prévia advertência acerca da referida pena, que não constou nem mesmo nos despachos acima mencionados, em violação ao que determina o artigo 385, §1º, do Código de Processo Civil

Sem embargo disso, é certo que tal fato não gerou cerceamento de defesa, e tampouco se mostra suficiente para a anulação da sentença recorrida, que se baseou em outros elementos probatórios constantes dos autos, os quais se mostravam suficientes para a procedência do pedido formulado na exordial, notadamente a prova documental (fotografia de fls. 21 e mídia carreada aos autos) e o depoimento da testemunha Mary Aparecida de Carvalho (fls. 182), que revelaram que o vaso não estava em local inapropriado quando foi derrubado pelo filho do réu, que brincava, sem a supervisão do genitor, no interior da loja.

Em suas razões recursais, o réu admite que não resta dúvidas de que houve um prejuízo, afirmando que não questiona sua responsabilidade sobre seu filho. Ou seja, reconhece o dano e a culpa *in vigilando*, mas se rebela quanto ao valor da indenização que, no caso, foi estipulado segundo o preço constante da etiqueta do vaso (fls. 20).

E também nesse ponto não merece censura a respeitável sentença recorrida.

Isso porque se tratava de um produto que fora adquirido pelo autor-apelado e que havia sido incorporado ao estoque de sua loja para revenda, de modo

Acesso ao Sumário

que o prejuízo experimentado não se resume ao preço de custo da mercadoria, sendo certo que o produto é comercializado para cobrir também os encargos operacionais do estabelecimento, tais como obrigações trabalhistas, tributárias, etc, além do lucro do comerciante, não sendo demais destacar que os lucros cessantes, juntamente com os danos emergentes, integram a indenização por danos materiais postulada na presente ação.

É o que se depreende do disposto no artigo 402 do Código Civil, segundo o qual: "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

Nessa conformidade, fica mantida integralmente a respeitável sentença recorrida, deixando-se de majorar os honorários sucumbenciais, posto que já fixados no patamar máximo previsto no artigo 85, §2°, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003593-09.2017.8.26.0045, da Comarca de Arujá, em que é apelante POSTAL SAÚDE CAIXA DE ASSISTÊNCIA E SAÚDE DOS EMPREGADOS DOS CORREIOS, são apelados RODRIGO LEITE DE SOUZA e ESHO EMPRESA DE SERVIÇOS HOSITALARES, (HOSPITAL E MATERNIDADE IPIRANGA ARUJÁ.).

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 31019)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente), ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO e PIVA RODRIGUES.

São Paulo, 16 de agosto de 2021.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação cível. Plano de saúde. Entidade de autogestão. Autorização para fornecimento de próteses e materiais para realização de cirurgia. Sentença de parcial procedência. Recurso da ré Postal Saúde.

Preliminar de falta de interesse de agir. Argumentos indicados pela ré não se comprovam. Cirurgia realizada apenas após o deferimento da tutela antecipada. Interesse processual preservado. Preliminar rejeitada.

Plano de saúde administrado sob a modalidade de autogestão. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Possível a revisão de cláusulas contratuais sob a ótica do direito civil. Boa-fé objetiva e função social do contrato (arts. 421 e 422, CC). Comprovada negativa. Autorizada cirurgia. Negado fornecimento de próteses e materiais. Autor sofreu acidente automobilístico e teve trauma grave em cervical. Autorização imediata não demonstrada pela ré.

As limitações contratuais podem até abranger rede de atendimento hospitalar, laboratorial e tipo de acomodação, mas em nenhuma circunstância o tratamento que tenha por objetivo restabelecer a saúde da contratante.

Preliminar rejeitada. Apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação declaratória c.c. obrigação de fazer, movida por Rodrigo Leite de Souza contra Postal Saúde - Caixa de Assistência e Saúde dos Empregados dos Correios e Hospital e Maternidade Ipiranga Arujá, pretendendo a liberação de prótese e demais materiais necessários para a realização de cirurgia.

A demanda foi julgada parcialmente procedente, para condenar a primeira ré a liberar os materiais necessários à realização de cirurgia do autor. Em razão da sucumbência, a ré foi ainda condenada a arcar com as custas e despesas processuais, bem como a pagar honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Quanto ao hospital réu, a demanda foi julgada improcedente, condenando-se o autor ao pagamento das custas e despesas processuais. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Apela a ré Postal Saúde, alegando que ao caso não é aplicável o CDC, considerando-se tratar de entidade de autogestão. Afirma não ter havido negativa injustificada, questão não comprovada nos autos. Entende que não tendo havido negativa, não há sequer interesse de agir. Requer a extinção da demanda. No mérito, pauta pela negativa de provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

O recurso foi regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões.

É o relatório do essencial.

A preliminar de ausência de interesse de agir não comporta acolhimento. Diversamente do que sustenta a ré, conforme se verá adiante, não restou comprovada a autorização imediata para realização da cirurgia, com fornecimento de prótese e materiais. Pelo contrário. A cirurgia só foi devidamente realizada após o deferimento da tutela antecipada. O interesse processual está preservado.

No mérito, verifica-se que o plano de saúde discutido nos autos refere-se a modalidade de autogestão, de modo que são inaplicáveis ao caso concreto as disposições do Código de Defesa do Consumidor, de acordo com entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> SÚMULA N. 608 Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.
>
> A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários. 2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro. 3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo. [...]
>
> (REsp 1285483 PB, Rel. Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 16/08/2016) No entanto, ainda que não incidam as regras consumeristas, o resultado do julgamento será mantido.

De todo modo, devem ser observados os princípios da preservação do contrato, da função social do contrato e da boa-fé contratual, conforme preceitua o artigo 422 do Código Civil.

Acesso ao Sumário

Na opinião abalizada de MARIA HELENA DINIZ, em "Curso de Direito Civil Brasileiro", 3º volume, 18ª edição, 2003, Editora Saraiva, pág. 38:

> "5º) da boa-fé, intimamente ligado não só à interpretação do contrato pois, segundo ele, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inserida da declaração de vontade das partes mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa-fé".

Nesse mesmo sentido, é o posicionamento de CAIO MÁRIO DA SILVA

PEREIRA, em "Obrigações e Contratos Pareceres de acordo com o Código Civil de 2002", Editora Forense, 1ª edição, 2011, pág. 207:

> "Ninguém estipula um negócio bilateral, para atrair a outra parte a uma armadilha. (...) o conceito de boa-fé, embora flexível, pode ser dominada por uma regulamentação pragmática, a dizer que o espírito da declaração deve preponderar sobre a letra da cláusula; a vontade efetivar predomina sobre o formalismo; o direito repousa antes na realidade do que nas palavras (DE PAGE, Traité Elémentaire de Droit Civil Belge, v. II, n. 468). Tendo as partes contratado para cumprir (este é o 'espírito da declaração'), a execução do ajuste é o objetivo protegido pela boa-fé (Treu und Glauben)".

Nada obstante válido o princípio da *pacta sunt servanda*, não é ele absoluto, e deve ser interpretado em consonância com as normas de ordem pública, com os princípios constitucionais e, na presente hipótese, com o escopo de preservar a natureza e os fins do contrato.

O procedimento realizado da forma como prescrito ao autor, conforme relatado pelo médico que o acompanha, era necessário (relatório à fl. 19). Ora, o autor sofreu acidente automobilístico, tendo trauma grave em cervical e aguardou dias até a realização da cirurgia, isso porque, os materiais solicitados eram imprescindíveis. Não há qualquer prova nos autos de que tenham sido prontamente autorizados, pelo contrato. O próprio relatório indica que o autor estava há quatro dias internado e a cirurgia já havia sido suspensa por duas vezes.

Em julgamentos análogos, que envolvem o fornecimento de materiais para realização de cirurgia, tem entendido este E. Tribunal:

> PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR OFENSA A TESE SUMULADA. Argumentos contrários a súmulas de tribunais que não impede o conhecimento do recurso. Razões recursais que se mostram suficientes para combater os fundamentos da sentença. Requisitos do art. 1.010 CPC, preenchidos. Preliminar afastada. PLANO DE SAÚDE. Negativa de cobertura de cirurgia com "kit cânula de acesso e raspagem óssea RZ". Alegação de que o procedimento não está previsto no rol da ANS ou no contrato. Inadmissibilidade. Súmulas 102 e 96 TJSP. Relatório médico indicando a necessidade do procedimento. Ausência de cobertura que se mostra abusiva. Não aplicação do CDC. Súmula 608 do STJ. Ofensa à boa-fé e à função social do contrato. Sentença mantida. Honorários advocatícios majorados. Recurso não provido, com observação.
>
> (TJSP, Apelação Cível 1003188-72.2018.8.26.0577, Relator (a): Fernanda Gomes Camacho, 5ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 31/05/2019, Data de Registro: 31/05/2019).
>
> PLANO DE SAÚDE - Novo julgamento provocado, nos termos do art. 1.040, II, do NCPC - Recusa em custear despesas com cirurgia cardíaca

Acesso ao Sumário

para a colocação de válvula aórtica - Alegação de que o contrato não estaria adaptado à Lei nº 9.656/98 e de haver cláusula de exclusão de cobertura para próteses - Inadmissibilidade - Por se tratar de recomendação médica de material necessário à cirurgia, cuja eficácia se subordina à utilização deste equipamento, não pode ser ele excluído da cobertura - Inteligência da Súmula 93 do TJSP - Abusividade da cláusula genérica de exclusão reconhecida - Inteligência do art. 51, IV, § 1º, II e III do CDC - Julgado mantido.

(TJSP, Apelação Cível 1012976-62.2013.8.26.0100, Relator (a): Mendes Pereira, 7ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 20/07/2021, Data de Registro: 20/07/2021).

Plano de saúde. Seguro saúde operado por entidade de autogestão. Súmula nº 608 do STJ. Irrelevância. Ré que inegavelmente opera planos de saúde e que se sujeita à1 Lei nº 9.656/1998 e aos princípios gerais de direito, além do Código Civil. Princípio geral da boa-fé que rege as relações em âmbito privado. Contrato de adesão (arts. 423 e 424 do CC). Vedação às cláusulas ambíguas e contraditórias. Possibilidade de revisão de cláusulas contratuais que decorre do próprio sistema jurídico (arts. 478 e 480 do CC). Relativização da 'pacta sunt servanda'. Plano de saúde. Obrigação de fazer. Negativa de cobertura. Prescrição médica positiva à realização de cirurgia de ablação percutânea em paciente portadora de lesão metastática no pulmão. Irrelevância se o procedimento não consta da lista da ANS e/ou se há exclusão contratual. Rol exemplificativo. Abusividade manifesta. Conduta que implica na concreta inutilidade do negócio jurídico. Desequilíbrio contratual no exercício abusivo do direito que se evidencia na desigualdade material de poder. Prestadora que confunde boa-fé com interesse próprio. Lesão à dignidade humana. Interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Cód. Civil). Conduta que a doutrina moderna caracteriza como ilícito lucrativo. Cobertura devida. Astreintes que tem por escopo garantir a efetividade da decisão judicial. Valor da multa que deve ser suficiente e compatível com a obrigação que visa garantir. Possibilidade de sua revisão a qualquer tempo (art. 537, § 1º, I, CPC). Crédito que não transita em julgado. Aplicação da decisão paradigmática proferida no julgamento do REsp 1333988/SP, pelo rito dos recursos repetitivos. Manutenção do valor fixado pela sentença, porque proporcional, razoável e compatível com as peculiaridades dos autos. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP, Apelação Cível 1002070-72.2019.8.26.0368, Relator (a): Rômolo Russo, 7ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 21/07/2021, Data de Registro: 21/07/2021)

A negativa viola a função social do contrato, visto que o objetivo contra-

Acesso ao Sumário

tual da assistência médica comunica-se, necessariamente, com a obrigação de restabelecer ou procurar restabelecer, através dos meios técnicos possíveis, a saúde dos pacientes.

A respeito da função social dos planos de saúde, em julgado desta Corte de Justiça, prevaleceu o entendimento de que: "*quem pretende exercer a prestação de serviços de saúde deve estar consciente de que o seu legítimo direito ao lucro disso decorrente há de ser exercido em consonância com os valores de proteção da vida humana saudável, fim ao qual se subordina a própria ordem econômica*".

Ademais, a empresa que se dedica à indigitada atividade deve proceder *em conformidade com as necessidades de seu consumidor, com abrangência do mais amplo espectro de atuação, sem limitar-se a acudi-lo apenas nas doenças rentáveis mas também naquelas custosas e não rentáveis, com a previsão, no estabelecimento de seus preços, dos aportes necessários à sobrevivência de rentabilidade razoável de sua atividade.* (cf. Voto Vencedor, proferido na Apelação Cível nº 282.895.1/5).

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: *O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura.* (REsp 668.216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 15/03/2007).

Efetivamente, podem as limitações contratuais (art. 757, CC) até abranger rede de atendimento hospitalar, laboratorial e tipo de acomodação, mas em nenhuma circunstância o tratamento que tenha por objetivo restabelecer a saúde do contratante. Não pode o plano de saúde limitar os métodos que levarão à cura do paciente, sob pena de frustrar a finalidade do contrato. Limitar o tratamento equivale a negar cobertura para a doença.

Não se olvida o disposto no art. 10, §4º, da Lei 9.656/98. Entretanto, esse dispositivo deve ser interpretado conforme a boa-fé que rege as relações contratuais, bem como com a função social do contrato e orientação que vem expressa no art. 35-F, da mesma lei, que diz "*A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes*".

Nessas condições, a r. sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Em decorrência do disposto no art. 85, §11, CPC/2015, a verba honorária devida ao patrono do autor é majorada para 20% do valor da causa.

Finalizando, as demais questões arguidas pelas partes ficam prejudicadas, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, perfilhada pela Ministra Diva Malerbi, no julgamento dos EDcl no MS 21.315/DF, proferido em 08/06/2016, já na vigência CPC/2015: "*o julgador não está obrigado a respon-*

Acesso ao Sumário

der a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...), sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida".

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente Acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução n.º 549/2011, com a redação alterada pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

Pelo exposto, REJEITA-SE a preliminar e NEGA-SE provimento ao recurso da ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009309-90.2021.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante ANTONIO AUGUSTO FERREIRA NUNES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41924)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 16 de agosto de 2021.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CARTÃO DE CRÉDITO. Ação de obrigação de fazer e de repetição de indébito. Pedido inicial voltado exclusivamente ao cancelamento do cartão de crédito com RMC celebrado pelas partes. Hipótese em que não formulou o autor impugnação à legitimidade do ajuste, optando pela preservação dos descontos das prestações remanescentes em folha de pagamento do seu benefício previdenciário, a despeito do cancelamento do contrato. Inexistência, ante tal

cenário, de valores a serem restituídos. Honorários advocatícios sucumbenciais. Majoração. Hipótese em que, sendo ínfimo o proveito econômico e muito baixo o valor da causa, os honorários advocatícios devem ser fixados por apreciação equitativa (CPC, artigo 85, § 8º). Verba honorária que não pode ser quantificada em cifra irrisória, sob pena de injustificável aviltamento do importante papel desempenhado pela advocacia na administração da Justiça, como expressamente reconhecido no artigo 133, da Constituição Federal. Majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais para o importe de R$ 1.000,00. Sentença reformada, neste aspecto. Recurso provido, em parte. Dispositivo: deram parcial provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 265/268, de relatório adotado, que, em ação de obrigação de fazer cumulada com repetição de indébito, julgou procedente o pedido inicial.

Sustenta o recorrente, em síntese, que a r. sentença deixou de se manifestar sobre eventual saldo credor existente em sua conta decorrente do contrato firmado pelas partes, de modo que, ante a determinação de cancelamento do cartão de crédito impugnado nesta demanda, que vem pagando há anos, de rigor a condenação também do banco à restituição simples do saldo credor correspondente. Por fim, aduz que o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na sentença é irrisório, devendo ser majorados para R$ 1.000,00.

O recurso é tempestivo, está isento de preparo e foi respondido.

É o relatório.

Versam os autos sobre ação de obrigação de fazer cumulada com repetição de indébito, fundamentado o pedido inicial em alegação do autor de que, embora tenha contratado com o réu um empréstimo consignado, o ajuste foi formalizado na modalidade de cartão de crédito com reserva de margem consignável, o que é ilegal, porque o banco faltou com o dever de prestar as informações necessárias acerca da periodicidade das prestações; postulou então o cancelamento de aludido cartão de crédito, direito que lhe é garantido pelo artigo 17-A, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 28, de 16 de maio de 2008, com a devolução de forma simples de eventual sado credor.

Citado, defendeu o réu a legitimidade do ajuste, juntando aos autos os respectivos instrumentos contratuais assinados pelo autor (fls. 40/50).

O pedido inicial foi julgado procedente para determinar o cancelamento

Acesso ao Sumário

do cartão de crédito impugnado pelo autor, além da imposição ao réu do pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Recorre o autor e o recurso de apelação por ele interposto comporta parcial provimento.

E isto porque, no que tange ao pedido de devolução de eventual saldo credor decorrente do cancelamento do cartão de crédito, razão não assiste ao recorrente, haja vista que, consoante se dessume do exame do pedido inicial, postulou ele tão somente o cancelamento do questionado cartão de crédito, mas não impugnou a legitimidade do ajuste firmado pelas partes, tanto é que fundamentou sua pretensão na Instrução Normativa INSS/PRESS n.º 28/2008, que prevê em seu artigo 17-A e §§, apenas a possibilidade de o beneficiário solicitar, a qualquer tempo e independentemente de adimplemento contratual, o cancelamento do cartão de crédito junto à instituição financeira.

Neste aspecto, inobstante tenha sido o banco condenado a proceder ao cancelamento do cartão de crédito impugnado nesta demanda, ficou bem ressalvada na r. sentença "a opção do autor para que o saldo remanescente seja descontado da reserva de margem consignável do seu benefício e observados os termos do contrato firmado entre as partes, o limite estabelecido na alínea 'b' do § 1º do art. 3º, bem como as disposições constantes nos arts. 15 a 17-A, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 28/2008" (fls. 268).

Desta forma, não tendo o autor impugnado expressamente a legitimidade do ajuste celebrado pelas partes, postulando tão somente nesta demanda o cancelamento do cartão de crédito com RMC que deu origem aos descontos em seu benefício previdenciário, optando pela preservação dos descontos até final quitação, dúvida não há remanescer no sentido de que inexiste saldo credor em seu favor que justifique o acolhimento do pedido de devolução de valores.

De outra parte, tem-se que os honorários advocatícios foram realmente arbitrados em montante inferior àquele suficiente à condigna remuneração do causídico constituído pelo autor (R$ 100,00), reclamando o caso dos autos o arbitramento por apreciação equitativa, nos termos do que estabelece o § 8º, do artigo 85, do Código de Processo Civil em vigor, observados os incisos do § 2º.

Destaque-se que os honorários advocatícios devem ser sempre arbitrados em patamar que remunere adequadamente o trabalho realizado pelo advogado, observadas as diretrizes legais em caso de fixação por equidade (CPC, 85, § 8º), como se dá na espécie, sob pena de injustificável aviltamento do importante papel desempenhado pela advocacia na administração da Justiça, como expressamente reconhecido no artigo 133, da Constituição Federal.

Ademais, sobre ser injustificável a vinculação do importe dos honorários advocatícios sucumbenciais ao valor atribuído à causa, em demandas de

Acesso ao Sumário

pequeno valor [R$ 1.000,00 (fls. 07)], não há se olvidar que a verba honorária presta-se a remunerar o trabalho profissional desenvolvido com zelo e sucesso pelo procurador constituído pelo autor, tanto é que reconhecida em boa medida a procedência do pedido inicial, reputando-se então razoável a majoração postulada e o arbitramento da verba honorária devida ao advogado constituído pelo autor, consideradas as peculiaridades do caso, em R$ 1.000,00, consoante postulado pelo recorrente.

Em suma, acolho em parte o recurso para majorar os honorários devidos ao advogado do autor para o importe de R$ 1.000,00.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1031698-61.2019.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante ISABEL CRISTINA CARLOS, é apelado SERASA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40767)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA e CARLOS ALBERTO LOPES.

São Paulo, 16 de agosto de 2021.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Justiça gratuita - Presunção relativa da declaração de insuficiência de recursos - Requisitos legais atendidos - Artigos 98 e 99, §3º, do CPC - Benefício concedido.

Produção antecipada de prova - Pretensão de exibição de documentos que deram ensejo à inclusão do nome da autora em cadastro de inadimplentes - Descabimento - Ilegitimidade passiva do *'Serasa'* reconhecida - Extinção da demanda, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do CPC - Sentença mantida - RITJ/SP, artigo 252 - Assento Regimental nº 562/2017, artigo 23.

Acesso ao Sumário

Verba honorária - Citação do réu na fase de apelação - Condenação da autora em honorários sucumbenciais - Cabimento - Artigo 85, §§2º e 8º, do CPC.

Recurso não provido, com observação.

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 30 indeferiu a petição inicial, e julgou extinto o feito sem resolução do mérito, com base nos artigos 330, inciso II c/c 485, inciso VI, ambos do CPC.

Apela a autora (fls. 32/41) insistindo na legitimidade do *'Serasa'*, considerando que a responsabilidade do apelado, ao divulgar dados de consumidores, é objetiva, vez que aufere lucros por meio de tal atividade; sustenta, ainda, que o recorrido tem o dever de conferir as informações recebidas e arquivar os documentos que comprovem a exigibilidade da dívida apontada, consoante artigo 3º da Lei n. 15.659/2015 e artigo 43, §3º, do CDC; e defende que a apelante não fora previamente notificada acerca da inscrição questionada; requer, por fim, a desconstituição da sentença, para que seja determinado o regular processamento do feito.

Processado e respondido o recurso (fls. 46/57), vieram os autos ao Tribunal, e após superada a questão da competência (fls. 102/105), a esta Câmara.

É o relatório.

De início, cumpre analisar o pleito de concessão dos benefícios da gratuidade de justiça formulado pela autora apelante, porquanto não apreciado o pedido pelo juízo '*a quo*'.

Como se sabe, a assistência judiciária, em consonância com o disposto no artigo 98 do CPC, será concedida à pessoa com escassez de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, sendo presumida como verdadeira a alegação de insuficiência deduzida pela parte, nos termos do artigo 99, §3º, do CPC.

Acesso ao Sumário

Tais requisitos foram devidamente atendidos pela autora apelante, pois há declaração de que é pessoa de rendimentos insuficientes, e que não tem condições de arcar com o pagamento das despesas processuais sem o prejuízo do próprio sustento (fls. 07), o que é corroborado pelos documentos juntados às fls. 08/14, devendo ser deferidos os benefícios da justiça gratuita.

Portanto, e em virtude do deferimento do benefício, não há que se falar em deserção do recurso de apelação, que passa a ser analisado em seu mérito a seguir.

O apelo, todavia, não comporta provimento.

A autora apelante sustenta que teve seu nome negativado, em virtude de apontamento relacionado ao contrato de n. 201866193, no valor de R$ 428,93, cuja inclusão se deu em 04/02/2019 por '*Centro de Gestão de Meios de Pagamento - Pedágio Sem Parar*', sem que tenha conhecimento da dívida (fls. 17).

Desta forma, ajuizou a presente ação, denominada '*produção antecipada de provas*', com o objetivo de ver exibidos os documentos que deram origem à inscrição referida.

A demanda foi declarada extinta sem resolução do mérito, considerando a manifesta ilegitimidade da parte demandada, conforme artigos 330, inciso II e 485, inciso VI, ambos do CPC.

Com efeito, e a despeito das alegações expostas, eventual obrigação de exibir os documentos mencionados, quando solicitados pelo consumidor, é do credor correspondente, e não do órgão mantenedor do cadastro, considerando que sequer lhe é exigível a averiguação/conferência de informações recebidas por empresas credoras.

Estabelece o artigo 3º da Lei Estadual n. 15.659/2015, com redação dada pela Lei n. 16.624/2017, que "*Sempre que solicitado pelo consumidor ou pelo banco de dados, o credor deverá apresentar documento que ateste a natureza da dívida, sua exigibilidade e a inadimplência por parte do consumidor.*".

Ademais, tampouco a regra do §3º do artigo 43 do CDC obriga o réu apelado a exibir os documentos relativos ao crédito, vez que o referido dispositivo trata tão somente da possibilidade de correção de dados cadastrais, na hipótese de inexatidão.

No mais, a questão referente à ausência de notificação prévia não comporta apreciação, eis que se trata de inadmissível inovação recursal, em ofensa ao §1º do artigo 1.013, do CPC, não tendo sido o tema aventado anteriormente.

Nesse sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça: "*Produção antecipada de prova. Pretensão de exibição de documento que deu ensejo a inclusão do nome da Autora em cadastro de proteção ao crédito. Ilegitimidade passiva da Serasa, responsável pela manutenção do cadastro, reconhecida. Recurso desprovido.*" (TJSP; Apelação Cível 1030715-62.2019.8.26.0577; Relator (a): Pedro Baccarat; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/03/2021; Data de Registro: 10/03/2021).

Também: "*Responsabilidade civil - Produção antecipada de provas - Pretensão de exibição de documentos que ensejaram na negativação do nome do autor - Descabimento - Mantenedora dos cadastros de inadimplentes que não participou da relação jurídica que originou supostamente a dívida - Ilegitimidade passiva da ré - Contrato que deve ser exibido por quem promoveu o apontamento - Manutenção da r. sentença que indeferiu a inicial, mas por*

Acesso ao Sumário

fundamento diverso - Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1030644-60.2019.8.26.0577; Relator (a): Vianna Cotrim; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/07/2020; Data de Registro: 18/07/2020).

Ainda: "*BANCO DE DADOS - Produção antecipada de provas - Inscrição de débito em nome do autor - Pretensão de exibição de documentos, ante o desconhecimento da origem do débito - Direcionamento da demanda à empresa mantenedora dos cadastros de inadimplentes - Sentença de extinção do feito sem resolução do mérito - Ilegitimidade passiva da empresa requerida - Insurgência do autor - Descabimento - Órgão mantenedor de cadastro de proteção ao crédito réu que é parte ilegítima para figurar no polo passivo ação - Não é de responsabilidade da requerida a exibição dos documentos que deram origem ao débito, mas sim da empresa que os remeteu à negativação - Inteligência do artigo 3º, da Lei Estadual nº 15.659/2015 - RECURSO NÃO PROVIDO.*" (TJSP; Apelação Cível 1048457-92.2019.8.26.0224; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/02/2021; Data de Registro: 12/02/2021).

Por fim, considerando o ingresso do réu apelado no feito para apresentar contrarrazões ao recurso de apelação, com a confirmação da sentença, cabível o arbitramento de honorários em prol de seu patrono.

Assim, fica a autora apelante condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ora arbitrados em R$ 1.000,00, com fulcro no artigo 85, §§2º e 8º, do CPC, ressalvada a AJG concedida.

Confira-se: "*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. CITAÇÃO DO EXECUTADO NA FASE DE APELAÇÃO. VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO. ART. 85 DO CPC. 1. Indeferida a inicial, sem a citação ou o comparecimento espontâneo do executado, correta a sentença que não arbitrou honorários, dada a ausência de advogado constituído nos autos. 2. Com a interposição de apelação e a integração do executado à relação processual, mediante a constituição de advogado e apresentação de contrarrazões, uma vez confirmada a sentença extintiva do processo, cabível o arbitramento de honorários em prol do advogado do vencedor (CPC, art. 85, § 2). 3. Recurso especial provido.*" (REsp 1753990/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 11/12/2018).

Por tais motivos, fica mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos (artigo 252 do RITJ/SP c/c artigo 23 do Assento Regimental nº 562/2017), ora adotados em complemento aos do presente voto.

Nega-se provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1049939-28.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados ECON CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. e PROJETO IMOBILIÁRIO E 60 LTDA., é apelado/apelante ALEXANDRE NOBORU MOTIZUKI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 82779)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente sem voto), FÁBIO QUADROS e NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 18 de agosto de 2021.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. Ação de reparação de danos por falha na prestação do serviço - Código de Defesa do Consumidor que se mostra aplicável ao caso por se tratar de relação de consumo, sendo o consumidor a parte tecnicamente hipossuficiente.

DENUNCIAÇÃO DA LIDE - Ação em que se discute a responsabilidade das rés pelo acesso que terceiros tiveram aos dados pessoais do autor, e não a conduta das empresas fornecedoras de produtos e serviços que o contataram oferecendo serviços estranhos aos prestados pelas próprias rés - Indevida a denunciação pretendida, sendo a ré parte passiva legítima.

INDEVIDO ACESSO DE DADOS - Acesso dos dados do cliente por terceiros, que passaram a efetuar telefonemas e enviar mensagens de texto e e-mails oferecendo serviços e produtos ao adquirente do imóvel - Mensagens que mencionavam expressamente o empreendimento adquirido pelo autor - Responsabilidade demonstrada.

DANO MORAL - Importunações que, sem nenhuma dúvida, geraram um transtorno significativo, implicando violação à paz de espírito do autor, que merece

Acesso ao Sumário

ser indenizado - Indenização proveniente de dano moral que deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no momento da fixação do quantum debeatur - Valor que deve ser prudentemente arbitrado, conforme as circunstâncias em concreto, de forma que seja nem exorbitante, dando margem ao injustificado locupletamento da vítima, nem demasiadamente irrisório e insignificante diante da capacidade econômica do demandado - Valor estipulado que parece ser adequado, não merecendo reforma.

Recursos não providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 216/220, que julgou parcialmente procedente a ação movida por **ALEXANDRE NOBORU MOTIZUKI** em face de **ECON CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA**. E **PROJETO IMOBILIÁRIO E 60 SPE LTDA**., ratificando a tutela de urgência concedida e julgando parcialmente procedente a ação para condenar, solidariamente, as rés a efetuarem o imediato bloqueio dos dados pessoais, financeiros e bancários do requerente, de forma a não serem acessados por terceiros, bem como ao pagamento de reparação por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção pela tabela do TJSP desde a fixação da condenação e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Em suas razões recursais (fls. 222/238) as rés negam ter permitido voluntariamente que terceiros acessassem os dados fornecidos pelo autor no momento da aquisição do imóvel, tendo adotado todos os protocolos de segurança necessários para a privacidade e proteção de dados de clientes e estando perfeitamente adequada à Lei Geral de Proteção de Dados. Destacam, no entanto, que a Norma Legal teve o início de sua vigência em data posterior à aquisição do imóvel e início da relação jurídica entre as partes, ocorrida em março/2019, razão pela qual não podem ser responsabilizadas por não terem, no momento da aquisição do bem, adotado todas as medidas atualmente exigíveis para a proteção dos dados de seu cliente, sendo, assim, partes ilegítimas para figurarem no polo passivo da demanda. Argumentam, ainda, que sendo identificáveis as empresas que passaram a importunar o autor após a aquisição do bem, ofertando produtos e serviços a partir do uso de seus dados pessoais, cabia ao autor ajuizar ação pertinente contra essas empresas, sendo elas as responsáveis pelos supostos danos morais sofridos. Aduzem ser indevida a aplicabilidade da Lei Consumerista ao caso por não se tratar de ação que tenha relação com o próprio imóvel adquirido

Acesso ao Sumário

pelo autor, e, por se tratar de demanda em que se pretende a reparação de danos causados por terceiros, esses, identificados pelo autor na inicial, é que devem figurar como réus, razão pela qual pedem a anulação da sentença e o afastamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, sendo oportunizada a admissão da denunciação da lide às empresas que teriam efetivamente praticado as condutas tidas como ilícitas. Enumeram hipóteses que poderiam ter gerado o vazamento de dados sofrido pelo autor sem a participação das rés (sendo uma delas a realização de cadastros em outras construtoras por ocasião da busca de imóvel), ponderam que o fato de não estar o autor buscando culpados pelo vazamento de seus dados, mas sim uma reparação pelas importunações que entende ter sofrido, rompe o nexo causal entre a conduta das rés e o dano, e afirmam que os dados que supostamente teriam sido acessados por terceiros não se tratam dos chamados "dados sensíveis", previstos no art. 5º, II, da Lei Geral de Proteção de Dados, o que deve ser considerado. Por fim, afirmam que o autor não comprovou nenhuma situação que pudesse ser caracterizada como vexatória ou que configurasse uma violação grave à sua dignidade, razão pela qual a condenação ao pagamento de indenização por dano moral deve ser excluída ou, alternativamente, reduzida, uma vez que os fatos relatados, quando muito, configuram meros dissabores comuns à vida cotidiana.

O autor, por sua vez, reitera em suas razões recursais (fls. 241/258) os relatos das importunações sofridas após a aquisição do imóvel comercializado pelas rés, e se volta contra o "quantum" fixado para fins de reparação pelo dano moral sofrido afirmando que, ante o poder econômico das rés, o montante se mostra irrisório e não se mostra eficaz para desestimular a conduta ilícita. Pleiteando a majoração do montante para R$ 25.000,00, como pleiteado na inicial, pede a reforma do julgado.

Há contrarrazões ofertadas pelo autor (fls. 265/278) e pela ré (fls. 279/291).

É o relatório.

Pelo que se extrai dos autos as partes celebraram, em 18.02.2019, compromisso de compra e venda para aquisição da unidade imobiliária número 134, Torre "B", do empreendimento "Condomínio Residencial Click", comercializado pelas rés, com entrega prevista para outubro/2020 (contrato a fls. 72/79).

Relata o autor que, durante as tratativas para a aquisição do bem, forneceu seus dados pessoais, financeiros e bancários às rés, para conclusão do negócio jurídico. Porém, em momento posterior à conclusão do negócio, passou a receber inúmeros e insistentes contatos de terceiros estranhos à relação comercial, os quais passaram a lhe oferecer benefícios, bens e serviços relacionados ao imóvel. Mesmo informando seu desinteresse nas ofertas recebidas, estas continuaram, e o assédio que, no início, era incômodo, tomou proporções inimagináveis, passando o autor a receber diariamente ligações, e-mails e mensagens via

Acesso ao Sumário

WhatsApp, os quais passaram a atrapalhar sua vida profissional e social. Ante os frequentes constrangimentos sofridos, e certo de não ter permitido a divulgação de seus dados a qualquer pessoa estranha ao negócio, o autor notificou as rés extrajudicialmente, a fim de instar as mesmas a bloquearem as informações referentes ao seu cadastro, impedindo a continuidade da divulgação de seus dados, mas não obteve êxito, razão pela qual ajuizou a presente ação.

Pois bem.

De início, mostra-se totalmente descabida a alegação das rés quanto à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso. A existência da relação contratual entre as partes não é negada, e o fornecimento dos dados para a efetivação do contrato é incontroverso. As partes estabeleceram, assim, uma relação de consumo entre si, e essa relação de consumo deve ser estendida a todas as relações que dela se originam. Os contatos recebidos pelo autor, ao contrário do que foi alegado pelas rés, têm sua origem na aquisição do imóvel, e isso ficou demonstrado nos documentos de fls. 80/94, sendo certo que todos, sem exceção, mencionam a aquisição feita pelo autor. Assim, está satisfatoriamente demonstrada a relação de consumo e a legitimidade da ré, bem como a pertinência da inversão do ônus da prova, ante a hipossuficiência técnica do acionante.

Quanto à denunciação da lide pretendida pelas rés, esta foi bem afastada pela decisão recorrida, uma vez que a ação não se encaixa nas hipóteses previstas no art. 125 da lei processual, havendo, ainda, a vedação prevista para processos que envolvam relação de consumo (art. 88 do CDC) - vedação essa que decorre do prestígio aos princípios da celeridade e economia processual, evitando a apresentação de múltiplas teses e argumentos de defesa que dificultem a identificação da responsabilidade do fornecedor de serviço, em prejuízo ao hipossuficiente. Ademais, o que se discute nesta demanda é a responsabilidade das rés pelo acesso que terceiros tiveram aos dados pessoais do autor, e não a conduta das empresas fornecedoras de produtos e serviços que o contataram oferecendo serviços estranhos aos prestados pelas próprias rés, sendo, assim, indevida a denunciação pretendida, sendo a ré parte passiva legítima.

Acesso ao Sumário

Quanto à argumentação relacionada à Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei Ordinária Federal nº 13.709, de 13 de agosto de 2018, que entrou em vigor a partir de 28 de dezembro de 2018, com vigência plena a partir de 01 de agosto de 2021), equivocam-se as rés ao afirmarem que estão sendo repreendidas "*por não terem adotado lá no passado as normas e deveres apenas agora exigíveis com o advento da lei. Afinal, a celebração da compra e venda da unidade do Apelado foi em março/2019, ou seja, muito antes da vigência da LGPD*" (fls. 228, item "22"). A adoção das estratégias relatadas pelas rés não só é louvável como, também, imprescindível para o desenvolvimento de suas atividades, uma vez que a vida moderna exige que as relações sociais e

jurídicas sejam estabelecidas dentro dos mais rígidos sistemas de segurança, de forma a assegurar às partes envolvidas o máximo sigilo, garantindo que dados são importantes e terão destinação adequada para serviços contratados ou autorizados por seu titular. Porém, ao compartilhar/permitir o compartilhamento/ não possuir meios de evitar o compartilhamento dos dados de seus clientes com terceiros estranhos à relação contratual - e isso não se pode negar, cabendo aqui, mais, uma vez, destacar que **todas** as mensagens/contatos recebidos pelo autor mencionavam o empreendimento das rés e estavam cientes da aquisição feita pelo autor -, as rés violaram não só a aludida LGPD, mas também direitos previstos pela própria Constituição, tais como à honra, à privacidade, à autodeterminação informativa e à inviolabilidade da intimidade. Esses direitos não passaram a existir a partir da LGPD, pelo contrário: deram origem à Lei específica, pois estavam presentes há muito tempo no nosso ordenamento jurídico.

Enfim, houve falha na prestação do serviço[1], e essa falha é que deve ser censurada, pois nem mesmo se vislumbra a possibilidade de ter o autor contribuído com a sua ocorrência, como aventado pelas rés. As mensagens foram claras, e não deixam dúvidas de que a aquisição do imóvel comercializado pelas rés deu origem aos contatos indesejados. Prova disso é a mensagem recebida pelo autor em 11.04.2019 (fls. 84), a ele encaminhada via e-mail, na qual a arquiteta que o contatou diz textualmente: "*tenho seu contato desde o início da compra do imóvel*". Não cabe, também, minimizar a responsabilidade pela falha em razão do tipo de dado que foi acessado por terceiros: é bem verdade que alguns devem ser tratados com mais severidade pela lei por serem considerados "sensíveis", estando relacionados a origem racial ou étnica, convicção religiosa ou política, saúde ou vida sexual de uma pessoa, porém **todos** os dados que a identifiquem, ainda que indiretamente, devem ser considerados relevantes.

Por fim, o "quantum" estabelecido na decisão recorrida também não merece reparo.

Embora as rés sejam empresas de grande porte no setor imobiliário, essa condição, por si só, não pode justificar uma condenação em valor superior àquele que pode ser tido como apto para reparar um dano de acordo com a sua extensão. E, sob esta ótica, a majoração pretendida seria considerável apenas em casos em que houve ofensa a direitos da personalidade, ou aquele sofrimento intenso e profundo, **o que não foi demonstrado no caso concreto**. As importunações, sem nenhuma dúvida, geraram um transtorno significativo, implicando violação à paz de espírito do autor, e este merece ser indenizado, mas não no patamar pretendido pelo autor, não sendo demonstrada a ocorrência de maiores consequências além das importunações decorrentes da frequência e volume de contatos de terceiros que não participaram da relação jurídica, a caracterizar

1 **Art. 14.** "*O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos*".

Acesso ao Sumário

ofensa a direito da personalidade e dar ensejo à indenização por dano moral.

Não se desconhece o caráter dúplice da condenação, com sua clara finalidade preventiva e compensatória. Porém, a indenização proveniente de dano moral também deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no momento da fixação do *quantum debeatur*. Este deve ser prudentemente arbitrado, conforme as circunstâncias em concreto, de forma que seja nem exorbitante, dando margem ao injustificado locupletamento da vítima, nem demasiadamente irrisório e insignificante diante da capacidade econômica do demandado, de maneira a não lhe impingir a devida desmotivação em voltar a praticar atos semelhantes.

No caso presente, não parece ter o juiz sentenciante se afastado de tais noções, apresentando-se como adequado o valor estipulado (R$ 5.000,00 cinco mil reais), uma vez que perfeitamente estribado nos elementos fáticos trazidos ao processo, como a condição econômica das partes, o conjunto probatório, o grau de reprovabilidade da conduta, entre outros. A quantia eleita em 1º grau não implica enriquecimento sem causa, bem como traz inserido o já acima mencionado caráter educativo-sancionador que deve permear a indenização na espécie.

Portanto, fica mantida a sentença também nesse ponto.

Ante todo o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS** e, com a manutenção da decisão recorrida, fica majorado o valor dos honorários advocatícios em 5% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001572-87.2020.8.26.0390, da Comarca de Nova Granada, em que é apelante BANCO BRADESCARD S/A, é apelada MARIA APARECIDA DAGNESI DOS SANTOS.

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43784)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 19 de agosto de 2021.

SERGIO GOMES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - IMPUGNAÇÃO REJEITADA. Argumentos do réu que não convencem - Incidência de multa e honorários advocatícios previstos no artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil - Possibilidade no caso vertente - Guia do depósito judicial preenchida de forma equivocada pelo réu com dados de processo diverso - Erro grosseiro impossibilitou que a quantia ficasse à disposição do juízo competente, bem como impediu o imediato cumprimento da obrigação. SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **BANCO BRADESCARD S/A** contra a r. sentença de fls. 71/74, cujo relatório se adota em complemento, que rejeitou a impugnação apresentada nos autos do cumprimento de sentença ajuizada por **MARIA APARECIDA DAGNESI DOS SANTOS**. Em razão da suficiência do valor depositado nos autos, o feito foi extinto com fulcro no artigo 924, II, do Código de Processo Civil, nos moldes fixados em sentença.

Irresignado, o requerido recorre, pugnando pela reforma da sentença. Aduz ser totalmente indevida a penhora, o acréscimo de 10% sobre o valor da condenação a título de multa, como também de 10% referente a honorários advocatícios. Afirma que em 19/10/2020, antes portanto, do prazo fatal, foi pago a quantia de R$ 9.828,49, ou seja, quantia até mesmo superior à devida. Observa que por um erro, mencionada quantia foi direcionada a feito diverso, fato esse, comunicado imediatamente ao Juízo requerendo a expedição de ofício à instituição bancária para que fosse realizada a transferência de valores. Pugna pelo afastamento da multa diante da patente boa fé e em observância ao princípio da instrumentalidade. Observa que a exequente, ora apelada já realizou o levantamento do valor do capital, não fazendo jus, porém, às multas previstas no artigo 523 do Código de Processo Civil (fls. 82/86).

Recurso tempestivo e preparado.

Não houve apresentação de resposta.

É O RELATÓRIO.

Trata-se de cumprimento de sentença ajuizado pela apelada em face da instituição bancária apelante, aduzindo ser credora da quantia de R$ 9.739,93 em razão da sentença proferida nos autos do Processo nº 1002002-

Acesso ao Sumário

56.2019.8.26.0390.

Intimado para o cumprimento voluntário da obrigação, o apelante manifestou-se às fls. 41/43 apresentando o comprovante do depósito judicial no valor de R$ 9.828,49. Ato contínuo foi apresentada manifestação informando que o valor mencionado foi direcionado a feito diverso do presente, pugnando pela expedição de ofício para que o valor fosse redirecionado ao presente feito.

Às fls. 49/50 foi deferido pedido realizado pela apelada de bloqueio de valores de ativos financeiros com os consectários do art. 523, §1º, do Código de Processo Civil.

A impugnação apresentada foi rejeitada e, em face da mencionada decisão a instituição bancária se insurge.

Pois bem.

Analisando detidamente os autos, verifica-se que conforme certidão de fl. 40 foi disponibilizada em 28/09/2020 a intimação do apelante para efetuar o pagamento do débito, no valor de R$ 9.739,93 (nove mil, setecentos e trinta e nove reais e noventa e três centavos - atualizado até 15/09/2020), em observância ao disposto no artigo 523, *caput*, do Código de Processo Civil.

Em 19/10/2020 foi apresentada manifestação do apelante pugnando pela extinção do feito, nos termos do artigo 924, II do Código de Processo Civil, em razão da realização do depósito judicial no valor de R$ 9.828,49 (nove mil, oitocentos e vinte e oito reais e quarenta e nove centavos) (fls. 41/44).

Em 22/10/2020 o apelante peticiona, alegando ter ocorrido equívoco quando da realização do depósito judicial, aduzindo já ter peticionado ao outro feito solicitando a transferência de valores para o presente (fls. 45/46).

Em razão da ausência de pagamento no prazo legal foi requerido pela apelada e deferido pelo Juízo *a quo* o bloqueio de valores da quantia suficiente para pagamento da execução, incluídos os acréscimos estabelecidos em lei.

Em que pese toda a argumentação trazida aos autos pelo apelante, não há como ser atendido o seu pleito.

Importante ressaltar que o alegado erro foi reconhecido ainda dentro do prazo legal de 15 (quinze) dias estabelecido pela legislação pátria vigente para o pagamento, ou seja, bastaria o apelante, realizar um novo depósito judicial, agora, no presente feito para que não sofresse o acréscimo de multa e de honorários advocatícios e, após, providenciar o pedido de levantamento de valores depositados erroneamente no outro feito.

Note-se que também não foi colacionado aos autos qualquer documento de que já havia solicitado a transferência de valores para este processo como afirmou às fls. 45.

Importante também ressaltar que o alegado erro foi cometido em

19/10/2020 e a presente sentença foi proferida em 10/05/2021, tempo suficiente para que o apelante corrigisse o seu erro.

Como muito bem salientou o magistrado de 1º grau:

*Trata-se de um **erro grosseiro**, uma vez que não há nenhuma relação entre as partes do processo ao qual foi vinculado o depósito judicial e o presente cumprimento de sentença, nem mesmo identidade entre o executado do presente feito (Banco IBI S/A Banco Múltiplo, também denominado Banco Bradescard S/A) e a instituição financeira do processo para o qual o depósito judicial foi endereçado (Banco Losango S/A Banco Múltiplo), ainda que pertençam ao mesmo grupo econômico.*

Não basta a intenção de efetuar o pagamento voluntário, mas se faz indispensável a comprovação do efetivo pagamento no prazo certo.

O erro prolongou em demasia o trâmite do presente cumprimento de sentença, por mais de oito meses, e o executado deve responder pelas consequências de sua imprudência.

Ademais, ao constatar o equívoco no depósito judicial realizado, deveria ele mesmo, o executado, diligenciar junto ao juízo ao qual o depósito foi realizado, esclarecendo o imbróglio e solicitar a transferência de numerário para o correto feito. Não cabe a este juízo, sem saber a real situação do feito ao qual o depósito foi endereçado, oficiar ao Juizado Especial da Vergueiro o a qualquer outro, requisitando transferência de valores relacionados com partes que não litigam neste juízo, sob pena de cometer ingerência indevida, até porque isto delongaria ainda mais a resolução da questão, sem qualquer efeito prático efetivo.

Poderia ainda o executado, cuja condição financeira é indiscutível, no momento em que constatou o equívoco, realizar novo depósito judicial com os dados corretos do cumprimento de sentença e solicitar o levantamento do depósito judicial junto ao Juizado Especial da Vergueiro.

Portanto, não havendo efetivo cumprimento voluntário da obrigação, o executado responde pelas consequências do erro grosseiro cometido, de forma que são devidos os consectários do art. 523, §1º, do Código de Processo Civil.

Ao julgar situação semelhante ao presente feito - pagamento realizado dentro do prazo legal, mas direcionado a outro processo - o ilustre Desembargador Relator Heraldo de Oliveira, ao proferir decisão no recurso de Agravo de Instrumento nº 2110318-26.2017.8.26.0000, assim fundamentou:

*No caso concreto, apesar do depósito efetivado no prazo legal, a guia foi direcionada de forma equivocada à 13ª Câmara de Direito Privado, **e assim a credora não pôde usufruir do valor depositado**, por erro grosseiro do devedor, que deveria ter se atentado para o correto preenchimento dos*

Acesso ao Sumário

dados na guia de depósito.

A responsabilidade pelo preenchimento dos dados na guia de depósito é do depositante, aliás, no caso, o depositante é uma instituição financeira, que conhece melhor que um leigo o mecanismo de tal procedimento, e não pode alegar o seu desconhecimento, ***assim, assumiu o risco do valor depositado não ficar à disposição*** *do Juízo da 2ª Vara Civil de Campinas, juízo competente para efetivar a execução do julgado.*

Destarte, não há como ser atendido o pleito do apelante de reforma da sentença.

Frise-se, para se evitar incidentes desnecessários, que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão que a decidir e dar os fundamentos, o caminho percorrido pelo seu intelecto, para chegar à solução encontrada, o que se verificou no caso concreto.

Ademais, para acesso às instâncias extraordinárias é desnecessária expressa menção a todos os dispositivos legais deduzidos pelas partes. De todo modo, registra-se que a manutenção da sentença não implica vulneração de nenhum dos preceitos constitucionais ou infraconstitucionais deduzidos no apelo.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001166-82.2019.8.26.0358, da Comarca de Mirassol, em que é apelante ANTONIO MARCOS DE MENDONÇA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcialmente provimento ao recurso, julgaram improcedente a ação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24576)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA (Presidente sem voto), RÔMOLO RUSSO e MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL.

São Paulo, 30 de julho de 2021.

MARY GRÜN, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALEGAÇÃO QUE A ÁREA REAL DA GARAGEM NÃO CORRESPONDE À METRAGEM ADQUIRIDA.

Autor pretende o recebimento de indenização pela diferença de metragem da vaga de garagem do imóvel por ele adquirido. Sentença de extinção do feito. Apelo do autor.

1. Sentença que reconheceu a decadência por aplicação do art. 501 do CC. Julgados recentes do E. STJ pela aplicação do prazo prescricional do art. 205 do CC à hipótese. Diferenciação entre o direito protestativo de abatimento no preço e a pretensão condenatória de indenização por inadimplemento contratual. Aplicação adaptada ao Novo Código Civil da Súmula nº 194 do E. STJ. Decadência afastada.

2. Mérito. Causa madura para julgamento (art. 1.013, §4º, do CPC). Controvérsia se resume à possibilidade ou não de computar a área de gramado na área da vaga de garagem. Memorial descritivo dispõe que o estacionamento "Será em piso cimentado e/ ou grama e/ou piso intertravado permeável e/ou asfalto". Ausência de prejuízo à finalidade da vaga, ainda mais considerando as porções suspensas dos veículos. Gramado que compõe a vaga também pode ser considerado área privativa. Indenização indevida. Precedentes.

3. Recurso parcialmente provido. Ação improcedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*ação indenizatória c/c ação decorrente de vício de qualidade por inadequação de produto*" (*sic*) ajuizada por ANTONIO MARCOS DE MENDONÇA em face de MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A.

A r. sentença (fls. 343 /347), disponibilizada no DJe de 26/ 03/ 2021 (fls. 350), julgou extinta a ação, nos seguintes termos:

"*Por tais fundamentos e do mais que dos autos consta, declara- se a decadência do direito do autor, extinguindo-se o processo, com resolução de mérito firmada no art. 487, inciso II, do Código de Processo Civil.*

Sucumbente, condeno o requerente ao pagamento das custas, despesas processuais e verba de patrocínio, esses fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), acrescidos de juros de mora desde o trânsito em julgado e

Acesso ao Sumário

correção monetária daqui por diante, observada a gratuidade de Justiça concedida (fl. 78 - art. 98, §3º, do CPC)."

Inconformado, apela o autor (fls. 352/369).

Alega que "*Não resta dúvida que o presente caso trata, originariamente, de inadimplemento contratual. Na ocasião das tratativas negociais fora ofertado imóvel guarnecido por 1 vaga de garagem a qual ostentaria 12 metros quadrados. Fruto de flagrante inadimplemento contratual, a Apelada- Vendedora entregara vaga de garagem menor do que o prometido/ofertado. Fica evidente que o que se busca é a reparação por perdas e danos oriundas de tal inadimplemento/ inobservância. Resta ilógico aplicar prazo decadencial de 90 dias ou ânuo para tal mister.*" (fls. 363/364).

Diz que "*está plenamente reconhecido que o contratante tem o prazo de dez anos para reclamar da contraparte perdas e danos em casos de descumprimento dos deveres prestacionais (inadimplemento definitivo, mora, cumprimento defeituoso) e também dos deveres laterais de conduta, oriundos da boa-fé objetiva (violação positiva do contrato). Com a decisão, o STJ preserva a distinção entre os sistemas de responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual (a despeito de eventuais pontos de intersecção entre as espécies), garantindo coerência ao sistema e segurança jurídica aos jurisdicionados.*" (fls. 367).

Recurso tempestivo, regularmente processado e isento de preparo (fls. 78/80).

Contrarrazões pela ré (fls. 383/397).

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais oriundos de entrega de imóvel cuja vaga de garagem tem metragem inferior à contratada.

PRESCRIÇÃO

Anote-se que já manifestei posição pela aplicação, nesse tema, do prazo decadencial do art. 500 do Código Civil:

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALEGAÇÃO QUE A ÁREA REAL QUE NÃO CORRESPONDE À ÁREA ADQUIRIDA. Pedido de indenização por danos materiais com base na relação entre percentual da área discrepante e preço pago que equivale à pretensão de abatimento no preço. Ação quantis minoris do art. 500 do CC. Direito que se sujeita a prazo decadencial ânuo (art. 501 do CC). Inaplicabilidade do prazo prescricional de reparação civil (art. 206, § 3º, V, do CC). Decadência verificada. Extinção do processo com resolução do mérito (art. 269, IV, do CPC). Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1076794-85.2013.8.26.0100; Relator (a): Mary

Acesso ao Sumário

Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/10/2015; Data de Registro: 08/10/2015)

Entretanto, observa- se que, em julgados recentes, o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, inclusive pela própria aplicação adaptada ao Novo Código Civil da Súmula nº 194 do mencionado Tribunal, vem entendendo que se aplica à hipótese o prazo prescricional do art. 205 do Código Civil, fazendo diferenciação entre o direito protestativo de abatimento no preço e a pretensão condenatória de indenização por inadimplemento contratual:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

DEFEITOS APARENTES DA OBRA. METRAGEM A MENOR. PRAZO DECADENCIAL.

INAPLICABILIDADE. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. SUJEIÇÃO À PRESCRIÇÃO.

PRAZO DECENAL. ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL.

1. O propósito recursal é o afastamento da prejudicial de decadência em relação à pretensão de indenização por vícios de qualidade e quantidade no imóvel adquirido pelos consumidores.

2. 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).

3. No referido prazo decadencial, pode o consumidor exigir qualquer das alternativas previstas no art. 20 do CDC, a saber: a reexecução dos serviços, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço. Cuida-se de verdadeiro direito potestativo do consumidor, cuja tutela se dá mediante as denominadas ações constitutivas, positivas ou negativas.

4. Quando, porém, 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.

5. 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, o qual corresponde ao prazo vintenário de que trata a Súmula 194/STJ, aprovada ainda na vigência do Código

Acesso ao Sumário

Civil de 1916 ("Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos na obra").

6. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1717160/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 26/03/2018)

Com o mesmo entendimento: REsp 1534831 /DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/ 02/ 2018, DJe 02 /03 /2018.

Está Colenda Câmara também se manifestou no mesmo sentido, em julgado recente:

Consumidor - Indenização por venda de imóvel com área menor do que prometida - Pretensão a indenização que não se confunde com o direito potestativo ao abatimento do preço (CC 501) - Analogia com diferenciação jurisprudencial entre direito potestativo e pretensão indenizatória decorrentes de vício do produto (CDC 20 cc 26) - Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 1031953-56.2018.8.26.0576; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/03/2019; Data de Registro: 17/04/2019)

Assim, deve ser acatado o entendimento para afastar o reconhecimento da decadência da pretensão inicial.

O prazo prescricional decenal não transcorreu, pois a ação foi proposta (28/03/2019) antes de dez anos da entrega das chaves (08 /07 /2015 - fls. 188).

MÉRITO

O autor ajuizou a presente demanda indenizatória alegando que, após o recebimento das chaves do imóvel, constatou que a área da vaga de garagem a ele atribuída não possuía 12m², como constara do contrato, mas apenas 9,68m², razão pela qual postula indenização correspondente à área a menor (2,32 m²).

A ré, por sua vez, atribuiu a diferença apurada pelo autor ao fato de ele ter computado na área de sua vaga somente a área cimentada, desconsiderando a área gramada.

Ao contrário do que alega o autor, a ação está madura para julgamento nos termos do art. 1.013, §4º, do Código de Processo Civil.

Desnecessária a realização de perícia técnica *in loco* para a medição da área, visto que a controvérsia entre as partes se encerra na possibilidade ou não de computar a área de gramado na área da vaga de garagem.

Ademais, considerando as incontáveis demandas ajuizadas por adquirentes de imóvel da empresa MRV com a mesma controvérsia, entende-se que se tornou dificultosa a realização de perícia em cada um dos processos, como de-

Acesso ao Sumário

terminou anteriormente esta Colenda Câmara em alguns casos, passando a ser necessário olhar apurado acerca da necessidade dessa perícia.

Segundo se extrai das alegações das partes, fica claro que, se o gramado for computado, a área está correta e, por decorrência, a indenização não será devida, ainda mais considerando a tolerância de um vigésimo (5%) do art. 500, §1º, do Código Civil, o que torna desnecessária a medição precisa por perícia.

Assim, passando à análise do mérito no tocante à possibilidade de computar a área de gramado, tem- se que consta do memorial descritivo, recebido pelo autor, que o estacionamento "*Será em piso cimentado e/ou piso intertravado permeável e/ ou grama e/ou asfalto*" (fls. 196).

Dessa forma, a construção seguiu a forma prevista no memorial.

Não há prejuízo para a finalidade da vaga que parte dela seja gramada, ainda mais considerando as porções suspensas, na frente e atrás, dos veículos.

Afasta-se também a alegação de que a parte gramada não é privativa. Ainda que eventualmente outros gramados ou os jardins constituam áreas de uso comum, isso não obsta que parte permeável gramada tenha finalidade específica privativa, principalmente por haver previsão e delimitação expressa nos instrumentos.

Em casos semelhantes, vem decidindo este Egrégio Tribunal:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Pedido de indenização por danos materiais decorrente da suposta divergência de metragem em área de vaga de garagem. Possibilidade de que a área permeável - gramada, localizada após a guia de sarjeta e desnivelada da parte de concreto - seja computada para a apuração da conformidade do objeto entregue pela construtora. Respeito ao memorial descritivo do empreendimento, que previa estacionamento em piso cimentado e/ ou piso intertravado permeável e/ ou grama e/ou asfalto. Ausência de prejuízo material aos compradores. Sentença mantida. Honorários advocatícios sucumbenciais majorados para R$1.500,00, com base no trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, §11, CPC), observada a gratuidade concedida. RECURSO DESPROVIDO, com majoração dos honorários fixados em Primeiro Grau.

(TJSP; Apelação Cível 1045995- 13. 2018 . 8. 26. 0576; Relator (a): Beretta da Silveira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/06/2019; Data de Registro: 13/06/2019)

Ação indenizatória. Vício por medida de extensão de imóvel. Vaga de garagem entregue com a metragem prometida. Tronco de árvore que não compromete o cálculo da área, nem a sua utilização, ausente de resto postulação que a tanto dissesse respeito. Área de gramado que deve ser

computada juntamente com a de cimento. *Improcedência mantida. Recurso desprovido. (...)*

Mas o fato é que a obstrução ou não de uma fração da vaga de garagem por um tronco de árvore não provoca redução da área da vaga em si, podendo ensejar outras medidas, de adaptação, não requeridas. Inexiste o problema em si da metragem, narrado como causa de pedir pela autora. (...)

Na espécie, igualmente, o memorial descritivo, recebido pela autora em 5 de junho de 2014 (fls. 126), já apontava que o estacionamento "será em piso cimentado e/ ou piso intertravado permeável e/ ou grama e/ou asfalto." (fls. 133).

Certo, então, que o tipo de cobertura de uma área não se confunde com a natureza comum ou exclusiva, como corrobora inclusive o laudo juntado pela própria autora, relativo a outro processo, mas ao mesmo empreendimento (fls. 71). (...)

Por fim, também ausente prova da obstrução por árvores, exceto breve referência no laudo trazido de outro processo pela autora (fls. 77). Mas, mesmo assim, o problema já não ensejaria, de todo modo, indenização com base na causa de pedir especificada na petição inicial, que só diz respeito à metragem do imóvel.

(TJSP; Apelação Cível 1042631- 33. 2018 . 8. 26. 0576; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1 ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/06/2019; Data de Registro: 26/06/2019)

COMPRA E VENDA - Sentença de improcedência - APELO DO AUTOR - Inadmissibilidade - Vaga de garagem entregue na metragem avençada, porém com revestimento em parte de cimento, em parte, gramado, conforme previsto em memorial, e que não obsta o uso pelo consumidor - Inaplicabilidade, no caso concreto, do art. 1. 331, § 2º, do CC, por se tratar de área privativa (e não comum). Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1039016- 35. 2018 . 8. 26. 0576; Relator (a): Fábio Podestá; Órgão Julgador: 5 ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/ 06/ 2019; Data de Registro: 27/ 06/ 2019)

Desse modo, não havendo irregularidade na metragem da vaga, o pleito indenizatório é improcedente.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso** para afastar o reconhecimento da decadência, anulando-se a r. sentença. Na forma do art. art.

Acesso ao Sumário

1.013, §4 º, do Código de Processo Civil, **julga-se improcedente a ação**, extinguindo o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Diante da alteração irrelevante para a distribuição sucumbencial, mantém-se a sucumbência na forma da r. sentença, majorando-se, nos termos do art. 85, §11º, do Código de Processo Civil e considerando o trabalho adicional decorrente da interposição do recurso, os honorários advocatícios devidos pela parte autora de R$ 800,00 para R$ 1.000,00, mantida a suspensão da exigibilidade em razão da gratuidade concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005402-44.2018.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante OPUSVP SOFTWARES S/S LTDA. - OPUSVP CONSULTORIA, é apelado TOTVS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.477 JV)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente sem voto), JANE FRANCO MARTINS e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 19 de agosto de 2021.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Marcas - Abstenção de uso e indenizatória - Decreto de procedência - Cerceamento de defesa inocorrente - Contrafação admitida pela própria ré - Utilização, indevida, de marcas de titularidade da autora, sugerindo parceira inexistente - Comprovação - Atuação parasitária configurada - Proteção a marcas registradas - Condenação ao pagamento de indenização por danos materiais imposta com fundamento no artigo 210 da Lei 9.279/1996 - Prejuízo decorrente da utilização espúria de sinais distintivos alheios, capaz de abalar a reputação da autora e provocar indevida deturpação mercadológica - Sentença mantida - Ver-

Acesso ao Sumário

ba honorária majorada por aplicação do art. 85, § 11 do CPC/2005 - Apelo desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença emitida pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pindamonhangaba, que julgou procedente ação cominatória e indenizatória, para confirmar tutela antecipada anteriormente deferida e condenar a ré de se abster de usar as marcas "*Totvs* ", "*Microsiga* " e "*Protheus*", em meio físico ou digital, em conexão com atividade de implantação e consultoria dos "*softwares*" de gestão e na propaganda e promoção de seus serviços, bem como ao pagamento de indenização por danos materiais à autora, em valor correspondente ao que deveria ser investido para a concessão de licença de uso, nas mesmas condições que os demais parceiros devidamente licenciados, mediante apuração em liquidação de sentença. A ré foi, por fim, condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da condenação (fls. 262/265).

A apelante levanta, de início, preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, decorrente da ausência de colheita de prova oral. Destaca que pretendia provar que, o fato de "*mencionar o nome das marcas da apelada, não lhe atribui qualquer ganho ou disputa de mercado, uma vez que obrigatoriamente os então cliente[s] da apelante compravam a licença para uso da apelada*" e que "*a apelada, sim, teve lucros e ganho com a divulgação gratuita*" (fls. 270). No mérito, anunciando "*error in procedendo*", argumenta que a apelada não comprovou o fato constitutivo do direito alegado, ou seja, não demonstrou "*a existência de culpa ou de seu suposto prejuízo, bem como a existência dos danos materiais*". Em relação ao "*quantum*" indenizatório, assevera que os danos patrimoniais somente podem ser verificados mediante produção de provas, considerada, com fundamento no artigo 944 do Código Civil de 2002, a extensão do dano e, não sendo comprovada essa extensão, "*não há como arbitrar qualquer valor*" (fls. 273). Finaliza, requerendo a anulação ou a reforma da sentença (fls. 267/275).

Em contrarrazões, a apelada requer a manutenção da sentença (fls. 281/297).

O recurso foi objeto de redistribuição, nos termos da Portaria de Designação 27/2021, editada pela E. Presidência da Seção de Direito Privado (fls. 302/303).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Na presente ação de obrigação de fazer e indenizatória, a autora, ora apelada, alega, em síntese que a ré, ora apelante, estaria se utilizando indevida-

Acesso ao Sumário

mente de suas marcas registradas "*TOTVS* ", "*MICROSIGA* " e "*PROTHEUS* ", mediante vinculação a seu nome, sem qualquer autorização e auferindo indevidos benefícios. Finaliza, requerendo o deferimento de antecipação de tutela e a procedência da ação, para o fim de que a ré se abstenha de usar suas marcas, e seja condenada ao pagamento de indenização por danos materiais "*em conformidade com os critérios estabelecidos no artigo 210, da Lei nº 9.279/1996, notadamente os incisos II e III*" (fls. 01/19).

Foi deferida a tutela antecipada (fls. 89/90).

Na contestação, a ré aduz que nunca se fez passar por associada da autora, mas que, tão somente, sugeria a clientes os produtos da própria autora. Nega, então, ter ocorrido reprodução desautorizada ou contrafação de marcas, de modo que, segundo o proposto, não cabe qualquer indenização, inclusive diante da ausência de prova do dano (fls. 173/182)

A sentença apelada julgou procedente a ação.

Irresignada, a apelante pretende a anulação ou a reforma da sentença, mas o recurso não comporta provimento.

De início, ressalta-se que inocorreu o alegado cerceamento de defesa, decorrente do julgamento antecipado da lide.

Consigne-se que o juiz, como destinatário da prova, não só pode como deve "*determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*" (artigo 370 do CPC de 2015) quando imprescindíveis para a formação de seu convencimento acerca dos fatos narrados pelas partes ou, quando satisfeito acerca do tema controvertido, dispensar outras requeridas pelos litigantes. É oportuno lembrar que: "*A prova tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes, tem como finalidade a formação da convicção em torno desses fatos e como destinatário o juiz, visto que ele é que deve ser convencido da verdade dos fatos já que ele é que vai dar solução ao litígio*" (Jurid XP, 21ª Ed, Comentário ao art. 332 do Código de Processo Civil). É por esta razão que o E. Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem assentado que: "*O Juiz é o destinatário da prova e a ele cabe selecionar aquelas necessárias à formação de seu convencimento*" (REsp nº 431058/MA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 23.10.06).

A própria apelante confirma o relato trazido na petição inicial, consistente no uso desautorizado de marcas alheias e a apuração dos prejuízos deverá ser feita na forma estabelecida no artigo 210 da Lei 9.279/1996, em nada podendo contribuir, neste âmbito, a colheita de prova oral.

Foram apresentadas questões fundamentalmente de direito, sendo suficientes os documentos apresentados pelas partes para esclarecer a conjuntura fática, incidindo, aqui, o inciso I do artigo 355 do CPC de 2015.

Assim, o proposto cerceamento de defesa não se materializou, possibilitado, pois, o desfecho antecipado da demanda.

Acesso ao Sumário

Rejeita-se, assim, a questão preliminar de nulidade processual.

No mérito, a apelante não tem melhor sorte.

A autora apelada comprovou ser titular, perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) das marcas "Totvs", "Microsiga" e "Protheus" (fls. 69/72) e atuar como empresa de "*tecnologia, 'software', serviços, plataforma e consultoria, especialista no desenvolvimento de soluções de negócios para 'players' de todos os portes*" (fls. 02 e 20).

A ré apelante, por sua vez, atua no "*desenvolvimento de programas de computador sob encomenda*" (fls. 66) e, no sítio mantido na Internet, sugere ser parceira da autora apelada na prestação de serviços de consultoria para clientes, o que não corresponde à realidade, como restou incontroverso, inclusive pelo relato trazido no presente recurso. Destaca ser "*uma empresa de consultoria especializada no 'software' de gestão empresarial (ERP) 'Microsiga Protheus', software que hoje faz parte do grupo 'Totvs'*" (fls. 03/04); porém, admite não ter firmado qualquer contrato de licença de uso de enfocado "software".

A apelante confirma a contrafação, porquanto admite que as marcas da apelada são reproduzidas em anúncios de divulgação, sendo desnecessária, inclusive, prova pericial para constatar o fato, que, aliás, é evidente, admitido e atestado por fotografias.

Destarte, as marcas de titularidade da apelada são, indevidamente, utilizadas pela apelante; portanto, de tudo quanto extraído dos autos, não há como deixar de ter como perpetrados atos ilícitos, violada a propriedade industrial de titularidade da parte autora.

Ocorre, então, um uso parasitário, que diminui a distintividade de uma marca, degenerando-a, e permite usufruir, de maneira ilícita, da reputação alheia. Tal conduta merece ser reprimida, encontrando a atuação da titular da marca respaldo no artigo 130, inciso III da Lei 9.279/1996.

Na espécie, as marcas de titularidade da apelada são tão conhecidas do público consumidor e é muito claro o desejo da apelante de provocar confusão e angariar uma clientela que não poderia atingir de outra forma.

A apelante, ao sugerir uma parceria inexistente, violou as marcas de titularidade da apelada, configurada, assim, uma conduta ilícita, contrariado o disposto no artigo 129, "*caput*" da Lei 9.279/1996 e provocada evidente confusão perante o público, que merece, sem a mínima dúvida, ser sancionada.

A marca coliga a reputação de seu titular aos produtos ou serviços fabricados ou comercializados e seu uso clandestino, simultaneamente, enganando-se consumidores, angaria clientela alheia, com prejuízo à reputação, decorrente da comparação com as qualidades dos frutos da prática ilícita.

A propriedade industrial induzida pelo registro de uma marca ou de um desenho industrial resguarda a capacidade de seu titular de angariar lucros e, a

partir de sua legítima atividade, manter ou somar clientela.

A apelante violou os direitos subjetivos conferidos à apelada em virtude da titularidade das marcas invocadas, cabendo, assim, extrair os naturais resultados de tais violações.

Em se cuidando de violação de marca, os documentos trazidos pela apelada já confirmam, imediatamente, o prejuízo, sem a necessidade, repete-se, de uma dilação probatória.

Conforme bem se destacou na sentença, não se está, aqui, a afirmar que a apelante poderia, ou não, prestar serviços de consultoria relativos às soluções de processamento de dados colocadas em mercado pela apelada, mas, tão somente, que não poderia utilizar, em seus anúncios, a expressa indicação de marcas alheias para fazer a propaganda de seu serviço como se atuasse em parceria com a própria apelada, promovendo uma vinculação inverídica.

Decorre daí o deferimento dos pedidos formulados na petição inicial, reconhecida a prática de ato ilícito, bem como a necessidade de estancar a violação da propriedade industrial de titularidade da apelada e a responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Cabe, nesse sentido, deferir a indenização pleiteada e prevista nos artigos 208 a 210 da Lei 9.279/1996.

Ao contrário do sustentado pela apelante, não há a necessidade da confirmação de uma perda de faturamento da titular da marca, correspondendo os lucros cessantes à "*perda do ganho esperável*", à "*frustração da expectativa de lucro*" ou à "*diminuição potencial do patrimônio da vítima*" (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 8ª ed., Atlas, São Paulo, 2008, p.72).

O exame da prova leva à convicção de que sobrevieram efetivos lucros cessantes, os quais devem ser fixados em liquidação por arbitramento, com observância da tarifação legal.

Tudo somado, confirma-se a sentença recorrida, mantida a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos materiais a ser quantificada conforme liquidação por arbitramento, com observância da tarifação legal.

Por fim, tendo sido mantida a sentença, tem aplicação o comando constante do disposto no § 11 do artigo 85 do CPC de 2015, ainda mais, como na espécie, se há requerimento expresso de majoração da verba honorária sucumbencial em contrarrazões, sendo desnecessário o ajuizamento de recurso próprio.

Na sistemática nova estabelecida para a verba honorária advocatícia, foi introduzida a figura dos honorários recursais, como acréscimo àqueles já anteriormente arbitrados. Este acréscimo, efetuada uma leitura atenta do §11 do artigo 85 do diploma processual vigente, não é meramente facultativo, ele é obrigatório e decorre da atuação concreta do advogado em segunda instância,

Acesso ao Sumário

efetivado novo trabalho profissional, este consistente, na espécie, na apresentação de contrarrazões a um recurso de apelação.

Cabe, então, majorar a verba honorária devida pelo apelante em favor do apelado para 12,5% (doze e meio por cento) do valor da condenação.

Nega-se, por isso, nos termos acima, provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0015957-54.2018.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante ANTONIO MENDES PEREIRA, são apelados LUIS GABRIEL COSTA QUIROZ (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) e NEUZA MARIA GUARNIERI DA COSTA QUIROZ E CASTRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 39655)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente), SIMÕES DE VERGUEIRO e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 25 de agosto de 2021.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: Apelação - incidente de desconsideração da personalidade jurídica - pedido julgado improcedente - interposição de apelação - inadmissibilidade - hipótese em que o recurso cabível é o de agravo de instrumento, conforme expressa previsão do art. 1.015, IV, do CPC/15 - erro crasso - recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Cuida-se de incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica apenso ao Cumprimento de Sentença n. 4000197-70.2013.8.26.0602/01 movida por ANTONIO MENDES PEREIRA contra LIMASTRO COMERCIAL C. LTDA. ME, para inclusão dos sócios no polo passivo, passando seus bens a responder pela dívida impaga.

2. Após regular processamento, a r. decisão de fls. 220/221 rejeitou o incidente, por entender o Magistrado "a quo" não demonstrado o desvio de finalidade

ou confusão patrimonial, ausentes os pressupostos legais autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica.

3. Irresignado, apelou o requerente (fls. 227/234) insistindo que a executada encerrou suas atividades irregularmente sem quitar suas obrigações, pelo que pretende a reforma da sentença.

4. O recurso foi recebido e respondido. Os autos subiram ao Tribunal. Manifestação da D. Procuradoria de Justiça opinando pelo não conhecimento ou improvimento do recurso (fls. 258/262).

É o relatório.

5. O apelo sequer merece conhecimento. De acordo com o art. 136 do CPC/15, temos: "Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória."

6. E dentre as hipóteses expressamente elencadas pelo art. 1.015 do CPC/15, temos: "Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica."

7. Ora, havendo expressa previsão no estatuto processual, claro que a r. decisão recorrida deveria ter sido atacada pela via processual adequada, ou seja, por meio de agravo de instrumento. Nesse sentido: "Cabimento de agravo de instrumento ou de agravo interno da decisão que resolver o Incidente. A decisão que resolver o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será interlocutória (CPC/2015, art. 136, caput) e dela caberá agravo de instrumento (CPC/2015, art. 1.015, inciso IV), caso ela tenha sido proferida em primeiro grau de jurisdição. Por outro lado, se a decisão que resolver o incidente de desconsideração da personalidade jurídica for proferida no âmbito de um tribunal, por meio de um relator, caberá agravo interno para impugná-la (CPC/2015, art. 136, parágrafo único; art. 1.021, caput)" (André Pagani de Souza, *in* Código de Processo Civil Anotado, AASP-OAB/PR, pág. 235)

8. Nesse mesmo sentido, julgado deste Eg. Tribunal: "APELAÇÃO. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. DECISÃO QUE ACOLHEU O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, DETERMINANDO O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. RECURSO CABÍVEL É O DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 136 DO CPC. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. INAPLICÁVEL O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO." (TJSP, Apelação n. 0016445-18.2018.8.26.0405, 28ª Câmara de Direito Privado, rel. Cesar Luiz de Almeida, j. 11.06.2019).

9. E diante da expressa previsão legal quanto ao recurso a ser interposto, na hipótese incabível o princípio da fungibilidade.

10. Ante o exposto, em razão da inadequação da via eleita, não se conhece

Acesso ao Sumário

da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000794-32.2020.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante TENDA ATACADO LTDA., é apelada MARA CRISTINA LEME PINTO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.288)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente sem voto), FELIPE FERREIRA e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 26 de agosto de 2021.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Estabelecimento comercial - Ação de indenização por danos morais - Falha na prestação do serviço - Responsabilidade da requerida nos fatos configurada - Danos morais cabíveis - Pedido de redução - Quantia arbitrada dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade - Sentença integralmente mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra r. sentença de fls.148/153, que julgou procedente a ação de indenização por danos morais.

Apela a parte ré a fls. 156/173 buscando a reforma da decisão. Afirma a ausência de responsabilidade de sua parte, entende se tratar de culpa exclusiva de terceiro. Alega que sua funcionária, visando o bem maior, tomou a decisão de solicitar que a menor infratora e sua genitora se retirassem do estabelecimento a fim de evitar novas complicações. Argumenta que seria impossível que os seguranças do estabelecimento evitassem o ocorrido, mas foi ofertado o amparo necessário. Sustenta que não detém poder de polícia e não poderia punir a menor agressora e sua mãe impedindo-as de sair do local até que se identificassem. Afirma tratar-se de ato imprevisível e inevitável, caso fortuito que afasta qual-

Acesso ao Sumário

quer responsabilidade de sua parte. Afirma que a agressão foi deferida por uma criança com problemas mentais, como afirmou a mãe, e que tomou as medidas que estavam a seu alcance, coletando a placa do veículo e salvando as filmagens para a identificação da menor e sua mãe. Entende que não ser possível falar em reparação por não haver conduta comissiva ou omissiva de sua parte, nem comprovação de danos sofridos pela apelada, além de estar ausente o nexo de causalidade entre o suposto dano e sua conduta. Afirma que a culpa exclusiva de terceiro é inequívoca e que seus funcionários contribuíram para que a situação não se transformasse em um cenário de agressões múltiplas, acalmando a vítima apelada. Pede o provimento do recurso para que seja afastada a indenização por danos morais ou reduzido o valor arbitrado.

Processado o recurso, subiram os autos, com contrarrazões, sobrevindo o recebimento do apelo.

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais. Narra a inicial que a autora, sua mãe e sua filha, um bebê de nove meses, estavam dentro do estabelecimento comercial réu para fazer compras no supermercado em 23 de janeiro de 2020 e em dado momento, deparou-se com a bebê aos prantos no colo da avó, pois uma adolescente de cerca de quatorze anos havia lhe desferido um soco no rosto imotivadamente. Afirma a autora que os funcionários do supermercado liberaram a infratora e sua mãe sem que tivessem sido coletados os dados pessoais delas. Busca a indenização por danos morais suportados dentro do estabelecimento.

A demanda foi julgada procedente, condenando a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$3.000,00 (três mil reais), e daí o presente apelo.

O inconformismo não prospera.

No caso em tela, restou incontroverso o fato de que a adolescente agrediu fisicamente a bebê de nove meses, conforme pode ser lido pelos depoimentos das testemunhas.

A responsabilidade da empresa ré pelos transtornos ocasionados à autora restou configurada em razão da falha na prestação do serviço dentro de seu estabelecimento.

A autora, sua mãe e sua filha entraram no supermercado para realizar compras de mantimentos, de forma que se estabeleceu a relação de consumo entre as partes, devendo ser aplicada ao caso a legislação consumerista.

Nesse contexto, é de responsabilidade da requerida proporcionar à consumidora um ambiente que lhe permita fazer suas compras de forma segura e no caso de situações inesperadas como a relatada nos autos o estabelecimento comercial precisa ser capaz de oferecer tratamento adequado a fim de auxiliar a

Acesso ao Sumário

consumidora da melhor forma possível.

Verifica-se que houve omissão da parte apelante em não providenciar a segurança necessária ao consumidor dentro de seu estabelecimento e também em não providenciar a identificação da menor agressora e sua mãe, liberando-as após o ocorrido.

Vale reprisar o que muito bem apontou o i. magistrado de primeiro grau:

> No caso em apreço, os depoimentos apresentados pelas testemunhas da requerida, ouvidos detalhadamente, confirmam os relatórios de ocorrência de fls. 69/70, não deixando dúvidas de que houve a agressão ao bebê.
>
> Ocorre que a parte requerida não demonstrou qualquer excludente de responsabilidade.
>
> Ao contrário do que sustenta a parte requerida, a prova vertida aos autos aponta para a certeza de ter havido ilícito caracterizador de falha na prestação do serviço, sobretudo porque era de se esperar que, em um estabelecimento com grande capacidade, seria mesmo necessária a presença de funcionários capacitados devidamente para prover a segurança e a integridade dos consumidores, tanto física, como psicológica, o que não se observou.
>
> No presente caso, o dano moral se mostra manifesto, decorrente do defeito na prestação de serviço pela falta de segurança legitimamente esperada pela consumidora. Restou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta desidiosa da requerida, que permitiu que a agressora não apenas tivesse agredido um bebê no interior de seu estabelecimento comercial, mas também se retirado do local sem que tenha sido realizada qualquer identificação.
>
> Importante destacar que a prova oral produzida confirmou que, em casos de ocorrência de furto, há um procedimento previamente estabelecido, seguido pela equipe de segurança, com o acionamento da Polícia Militar, o que sequer foi cogitado na ocasião, mesmo tendo ocorrido duas agressões, uma contra a filha recém-nascida da autora e outra contra a depoente NICOLY, funcionária do estabelecimento.
>
> A atividade da requerida, lucrativa, requer que se propicie segurança para o consumidor, não só ante a qualidade dos produtos comercializados, mas também ante as condições da loja em que tal se verifica, dever esse, que, como se vê, não foi observado no caso dos autos, cabendo aos responsáveis pelo estabelecimento evitar situações como a descrita nos autos.
>
> Bem por isso, não pode a requerida pretender valer-se da excludente de responsabilidade a regra do art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, mostrando-se mesmo defeituoso o serviço tal prestado. O dano, no caso, é evidente, não somente porque houve agressão de um bebê, mas porque nenhum protocolo de segurança, tal qual aquele idealizado

Acesso ao Sumário

> para crimes sem violência (como furtos, por exemplo), foi seguido, sequer se identificando o nome da agressora, fatos que em si considerados são vexatórios e humilhantes, a evidenciar lesão a direitos da personalidade, com presumido sofrimento intenso, desbordando de irritações e contrariedades do dia-a-dia.
>
> Assim, provada a conduta da parte requerida, o dano experimentado pela parte autora, e a causalidade entre uma e outro, há que se reputar presentes todos os requisitos da responsabilidade civil da requerida, que, assim, deve reparar o dano moral experimentado pela autora.

Restou configurada, portanto, a responsabilidade da parte requerida, pois provado o dano pelos depoimentos das testemunhas, a conduta omissa da apelante e o nexo de causalidade entre eles.

O pedido de redução da indenização igualmente não comporta acolhida.

Com efeito, a dosimetria deve adequar-se à frustração experimentada, levando em conta as condições pessoais dos litigantes e, principalmente, o caráter pedagógico da reprimenda, sem, contudo, representar enriquecimento sem causa da beneficiária.

No dizer de Rui Stoco:

> "Segundo nosso entendimento, a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas.
>
> Evidentemente, não haverá de ser tão alta e despropositada que atue como fonte de enriquecimento injustificado da vítima ou causa de ruína do ofensor, nem poderá ser inexpressiva a ponto de não atingir o objetivo colimado, de retribuição do mal causado pela ofensa, com o mal da pena, de modo a desestimular o autor da ofensa e impedir que ele volte a lesar outras pessoas. Deve-se sempre levar em consideração a máxima 'indenizar ou compensar sem enriquecer'" ("in" Tratado de Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência - Editora RT, 8ª edição, pág. 1927).

Diante das circunstâncias que envolveram o episódio e, sobretudo, da conduta desidiosa da ré, a indenização por danos morais fixada em R$3.000,00 (três mil reais) deve prevalecer, sem qualquer redução.

Logo, a manutenção integral da r. sentença de primeiro grau, que adoto como razão de decidir por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

Acesso ao Sumário

Finalmente, a verba honorária sucumbencial deve ser majorada nos termos do disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, para R$1.000,00 (mil reais).

Ante o exposto e por esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2033571-98.2018.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes ADVOCACIA CERSÓSIMO E CASTRO S/C, JOSÉ ROBERTO CERSÓSIMO e ROSÂNGELA DE CASTRO CARVALHO, é embargado COLÉGIO DANTE ALIGHIERI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.174-B)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente sem voto), CESAR LUIZ DE ALMEIDA e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDATO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Alegação de cerceamento de defesa. Comprovação por meio de nova juntada de cópias das peças dos autos originários. Penhora no rosto dos autos que foi determinada sem que os embargantes fossem previamente ouvidos. Não observância do contraditório. Decisão agravada que é nula, por infringência ao art. 9º do CPC. Agravo de instrumento a que se dá provimento para reconhecer a nulidade da decisão agravada. Embargos acolhidos com efeitos modificativos.

Acesso ao Sumário

VOTO

São Embargos de Declaração opostos por **ADVOCACIA CERSÓSIMO E CASTRO S/C**, **JOSÉ ROBERTO CERÓSIMO** e **ROSÂNGELA DE CASTRO CARVALHO** contra o V. Acórdão de fls. 64/70, que negou provimento ao agravo de instrumento que os embargantes haviam interposto.

Alegaram, em síntese, que a decisão foi contraditória, pois o cerceamento de defesa ficou amplamente comprovado pelas peças juntadas no processo; que, havendo dificuldade na leitura dos documentos, o art. 321 do Código de Processo Civil preceitua a necessidade de intimação para a sua regularização; que o fato de haver duas penhoras realizadas em autos distintos (Autos nº 0717763-43.1995.8.26.0100 e 1002891-52.1992.8.26.0100) implica excesso na constrição.

Os embargos foram, de início, rejeitados pelo V. Aresto de fls. 94/97.

Interposto o recurso especial pelos embargantes contra o mencionado decisório (fls. 100/121), o C. Superior Tribunal de Justiça lhe deu provimento para "*anular o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que seja proferido novo julgamento dos embargos de declaração opostos*" (fls. 159), com determinação para que seja suprida a omissão na análise da alegada falta de intimação dos recorrentes para que apresentassem as provas dos fatos alegados, conforme dispõe o art. 321 do CPC[1], tendo em vista a ilegibilidade das peças que acompanharam as razões do agravo de instrumento (fls. 157/160).

Intimado, o agravado postulou pela rejeição dos presentes embargos, em respeito ao princípio da razoável duração do processo (fls. 52/56 dos autos dos embargos de declaração).

É o relatório.

Constou do V. Acórdão proferido em sede de agravo de instrumento: "*Alinhe-se, por primeiro, que não foram juntados a este agravo partes dos autos que se permita verificar se foi ou não dada oportunidade para se manifestarem acerca do pedido de penhora nos autos nº 0717763-43.1995.8.26.0100. Registre-se que as folhas de 39 a 45 são ilegíveis, não permitindo aferir o aventado cerceamento de defesa*" (fls. 66).

Observa-se que, embora não lhes tenha sido possibilitada a juntada de novas cópias dos autos originários antes da prolação do V. Aresto, os embargantes as trouxeram quando da oposição dos embargos de declaração (fls. 79/88), sendo, portanto, desnecessária uma nova intimação com essa finalidade.

Com efeito, da leitura das peças copiadas constata-se que a MMª. Juí-

1 Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Acesso ao Sumário

za *a quo* não possibilitou a manifestação dos executados antes de proferir a decisão agravada, cerceando os seus meios de defesa à medida constritiva, em desrespeito aos preceitos do *caput* e do parágrafo único do art. 9º do CPC[2], que não podem ser afastados em favor da celeridade processual.

Dessa maneira, não se tratando de decisão que deferiu alguma tutela provisória, é forçoso reconhecer a sua nulidade, devendo ser conferida aos embargantes a oportunidade, em primeiro grau, de arguirem a ausência dos pressupostos necessários ao afastamento da impenhorabilidade da verba advocatícia em questão, bem como a eventual fixação de percentual a ser preservado contra a constrição, tal como firmado pelo C. STJ.

Ante o exposto, pelo meu voto, acolho os embargos de declaração para modificar o V. Acórdão proferido, dando provimento ao agravo de instrumento interposto para reconhecer a nulidade da r. decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1000262-32.2017.8.26.0035/50000, da Comarca de Águas de Lindóia, em que é embargante BANCO ITAÚ BMG CONSIGNADO S.A., são embargados HELITON PAGANGLISO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), RODRIGO VAZ (SUCESSOR(A)), NEIVA DE FARIA VAZ TOLEDO (SUCESSOR(A)), LUIZ DEODATO VAZ (SUCESSOR(A)), SELMA REGINA VAZ ANTÔNIO (SUCESSOR(A)) e JOEL BENEDITO DE FARIA VAZ (SUCESSOR(A)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos, para negar provimento à apelação, mantido, no mais, o resultado do precedente julgamento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36278)**

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

São Paulo, 6 de julho de 2021.

GIL COELHO, Relator

Acesso ao Sumário

2 Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

Ementa: Embargos de declaração -- não apreciação de apelação - Omissão - enquadramento no art. 1.022 do CPC - Acolhimento dos Embargos, para negar provimento à apelação do ora embargante, mantido, no mais, o resultado do precedente julgamento.

VOTO

Embargos de declaração opostos ao Acórdão de fls. 171/179 de provimento, em parte, da apelação.

Alegou o corréu, ora embargante, que, apesar de ter interposto recurso de apelação às fls. 119/122, no Acórdão apenas foi apreciado o recurso interposto pelo embargado. Disse de omissão. Requereu o recebimento do recurso e julgamento da apelação.

Eis o relatório.

Reexaminados os autos, sobretudo a decisão embargada, foi possível concluir pela existência de defeito mencionado no art. 1.022 do CPC. Constata-se que, de fato não houve apreciação do recurso de apelação do embargante.

Assim, de mister a análise também do recurso interposto pelo embargante. Passa-se à análise da apelação de fls. 119/122:

Alegou o corréu que a r. sentença não levou em consideração a contestação apresentada pelo corréu Heliton, que confessou ter ficado com o valor de R$5.000,00 às fls. 55. Argumentou que a parte firmou contrato de livre e espontânea vontade, recebendo todos os valores, não podendo ser abatidos os valores repassados para o corréu, sendo que em nenhum momento ele (Banco) recebeu esses valores. Afirmou que o apelado foi negligente ao entregar valores ao corréu, sem realizar termo de distrato. Acrescentou que em nenhum momento teve ciência dessa devolução, conforme informado pelo próprio corréu. Asseverou ter deixado claro em sua contestação que não recebeu nenhum valor, quer seja do apelado, quer seja do corréu. Frisou que o próprio corréu, em contestação, informou que tem a intenção de devolver os valores entregues pelo apelado, e que isto não foi observado na r. sentença. Concluiu que os valores entregues pelo apelado ao corréu não podem ser abatidos do contrato de empréstimo realizado, porque não recebeu esses valores. Aduziu que o corréu Heliton informou que ficou com os valores e não realizou o repasse (ao banco, ora apelante) e deve ser condenado a realizar a devolução dos valores que recebeu, conforme informado em sua contestação. Argumentou, ainda, que, uma vez que não recebeu nenhum valor, não há como amortizar o saldo devedor e tampouco recalcular o saldo devedor do contrato nos moldes da r. sentença. Asseverou, ainda, que, como o Juízo reconheceu a validade do contrato, a consequência lógica seria a improcedência da ação em relação a ele, pois inexistente falha em sua prestação e não

Acesso ao Sumário

participou da negociação entre o apelado e o corréu, tampouco recebeu o valor de R$5.000,00. Requereu a improcedência da ação ou, alternativamente, que primeiro o corréu deposite o valor em Juízo, para depois cumprir a obrigação de fazer imposta. Postulou pelo recebimento e provimento do recurso.

Da leitura do Acórdão, observa-se que todas as questões trazidas na apelação foram abordadas, cabendo apenas acrescentar ao Acórdão o não provimento à apelação do corréu, ora embargante, com anotação de que a postulação recursal de que o outro réu deposite em juízo o valor de R$5.000,00 não tem como ser acolhida, quer porque não consta reconvenção, quer porque a relação entre o correspondente e o banco não influi na pretensão inicial do autor.

Ante o exposto, meu voto é pelo acolhimento dos embargos, para acrescentar ao resultado do julgamento o não provimento à apelação do ora embargante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2164504-91.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é embargante CARMENSE COMERCIAL LTDA., é embargado AGCO DO BRASIL SOLUÇÕES AGRÍCOLAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da(o) 6º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.522)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), CASTRO FIGLIOLIA, RENATO RANGEL DESINANO, MARINO NETO, GIL COELHO e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 28 de julho de 2021.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA APÓS CONTESTAÇÃO E ATOS SUBSEQUENTES. VALOR DA CAUSA ELEVADO PELA ACOLHIDA DA IMPUGNAÇÃO OFERTADA PELA RÉ SEM RECURSO PELA AUTORA. VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA. PRE-

TENSÃO DE SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. CONTRADIÇÃO NÃO EVIDENCIADA. REJEIÇÃO.

Decisão da relatora que acolheu a impugnação do valor da causa e o elevou de R$1.446,91 para R$420.000,00 que não foi objeto de agravo interno. Questão superada nos autos. Embargante que pretende a supressão da verba honorária ou arbitramento por equidade. Tese de que no caso de indeferimento da petição inicial só são devidos honorários advocatícios na hipótese do inc. III do art. 485 do CPC (abandono) que não pode ser acolhida, uma vez que a extinção do processo sem resolução do mérito deu-se após a citação e oferta de contestação. Verba devida no caso concreto com base no valor atualizado da causa. Equidade prevista pelo § 8º do art. 85 do CPC que só pode ser utilizada subsidiariamente, quando não atuante a regra geral - condenação ou benefício econômico pretendido ou valor da causa - ou quando inestimável ou irrisório o valor da causa. Contradição não evidenciada.

Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de embargos de declaração opostos ao v. Acórdão de fls. 791/794, que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem resolução do mérito, relativo à ação rescisória que *Carmense Comercial Ltda.* moveu contra *Agco do Brasil Soluções Agrícolas Ltda.*, condenando a autora no pagamento das custas, despesas e honorário advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa.

Diz a embargante sobre contradição no v. Acórdão, "*...uma vez que a Embargante não procedeu com a complementação das custas e do depósito, por discordar da atualização do valor da causa, não poderia este ser utilizada como base para fixação de honorários...*" (fl. 2), fazendo interpretação do disposto no art. 485 do CPC. Reclama que a "*...quantia de 10% sobre o valor de R$420.000,00 (...) revela-se extremamente absurdo e desproporcional, tendo em vista o trabalho desenvolvido pelas partes...*" (fl. 4) e pede, ao final, a exclusão da verba honorária ou a sua redução.

A embargada ofertou contrariedade (fls. 11/13).

Autos encaminhados ao *Plenário Virtual*.

É o relatório do essencial.

Acesso ao Sumário

2. Em apertada síntese, a embargante pretende a supressão da verba honorária ou que sejam arbitrados honorários de sucumbência por equidade, nos termos do art. 85, §8º do CPC.

A decisão da relatora que acolheu a impugnação da causa e o elevou de R$1.446,91 para R$420.000,00, atualizados desde 03/09/2012 pela Tabela Prática do TJSP (fls. 776/777), seria passível de eventual revisão por meio de agravo interno (art. 1.021 do CPC), faculdade não utilizada pela embargante e que permitiu ao fenômeno preclusivo que preserva a certeza e a segurança jurídica das relações de natureza processual operar efeitos de direito. Inviável, assim, a invocação de questão superada nos autos - valor da causa - para reclamar do seu consequente lógico, qual seja a base de cálculo dos honorários de sucumbência.

A tese de que no caso de indeferimento da petição inicial só são devidos honorários advocatícios na hipótese do inc. III do art. 485 do CPC (abandono) não pode ser acolhida, uma vez que a extinção do processo sem resolução do mérito deu-se após a citação da ré com a regular formação da angularidade processual, tendo sido ofertada resposta por meio de advogado com seguidas intervenções.

No que aqui interessa, dispõe o CPC:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Pela regra do art. 85, § 2º do CPC, o julgador deve observar o caso concreto e encadear de forma lógica os critérios de apuração da base de cálculo dos honorários advocatícios: condenação ou proveito econômico ou valor da causa. Achado o primeiro deles estanca-se a série de indagações, atingindo-se o último - valor da causa - somente por exclusão justificável dos dois primeiros. Ocorre que aqui não houve condenação e os dois últimos critérios indicam para o mesmo valor.

Acesso ao Sumário

É o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça[1], no sentido que os honorários advocatícios de sucumbência seguem regra objetiva, de forma que a equidade (§8º) só atua como critério subsidiário, quando impossível o arbitramento pela regra geral ou se inestimável ou irrisório o valor da causa (REsp 1.746.072/PR).

A regra geral é obrigatória e a equidade do §8º do art. 85 excepcional, pois, havendo norma cogente no CPC, inviável o uso dos princípios da propor-

1 Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em: 13 mar. 2019.

cionalidade e da razoabilidade como fator de moderação dos honorários advocatícios. A equidade prevista pelo § 8º do referido artigo somente pode ser utilizada subsidiariamente, apenas quando não possível o arbitramento pela regra geral ou quando inestimável ou irrisório o valor da causa.[2]

Por fim, a lei impõe que a remuneração do advogado do vencedor reflita não só a qualidade da atuação no processo mas, também e principalmente, a responsabilidade com relação ao direito discutido e, o encargo, será sempre significativo quando se tratar de causa envolvendo vultosa quantia.

Bem analisadas as razões da embargante, não foi indicada ilogicidade entre o desfecho dado pelo v. Acórdão e as suas próprias proposições, de maneira que a alegada contradição não se sustenta.

Não convenceu, o arrazoado, sobre o vício apontado, de modo que inviável revolver os autos apenas para se dar novo enfoque à questão à luz dos dispositivos legais e do enquadramento jurídico que a embargante imagina pertinente, porque foi suficiente a fundamentação para a solução dada, com ostentação da tese jurídica adotada.

Manifesto o feitio infringente de que se reveste a pretensão.

3. Em face do exposto, **ficam rejeitados os embargos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1121950-57.2017.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante BANCO BMG S/A, é embargada MAURICÉLIA MARIA DOMINGOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Embargos de declaração parcialmente acolhidos por V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38478)**

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

São Paulo, 24 de agosto de 2021.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: RECURSO - Embargos de declaração - Embargos de declaração devem ser acolhidos para sanar

2 AgInt no AREsp 983.554/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, j. 14/08/2018, DJe 24/08/2018.

Acesso ao Sumário

a contradição existente, entre as deliberações (a) de limitação da taxa dos juros remuneratórios ao dobro da taxa média praticada pelo mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central do Brasil, à época da contratação, conforme orientação que este Relator passa a adotar (fls. 214, cf. Item "9.", "a"), e de (b) desprovimento do recurso, com manutenção da r. sentença, que julgou procedente, em parte, a ação, determinando a limitação da taxa de juros a 2,50% ao mês, (c) porquanto, do conjunto probatório constante dos autos e ante a fundamentação adotada no v. Acórdão embargado, verifica-se que foi determinada a limitação da taxa dos juros remuneratórios ao dobro da taxa média praticada pelo mercado, com consequente reforma, em parte, da r. sentença, com a consequente modificação do resultado de desprovimento do recurso para provimento, em parte - Embargos acolhidos, em parte.

VOTO

Vistos.

Contra o Acórdão de fls. 193/215, ingressa a apelante com embargos de declaração (fls. 01/04), sustentando que: (a) "contraditório e obscuro o acórdão no ponto que refere que o apelo foi desprovido, uma vez que o juiz singular equivocadamente fixara taxa média equivalente ao percentual da modalidade consignada"; (b) "em tendo havido a ainda que parcialmente provimento ao apelo para reconhecer como incidente ao contrato a taxa média de juros para empréstimo pessoal NÃO consignado - séries 25464 e 20742 do Sistema Gerenciador de Séries Temporais do BACEN, tem-se, assim, que o ônus sucumbencial deveria ser minorado, no máximo mantido nos parâmetros da sentença, mas não majorados".

A parte embargada não ofereceu resposta (fls. 07).

É o relatório.

Os embargos de declaração devem ser acolhidos, em parte, com efeito modificativo, para sanar a contradição existente.

1. Tem razão a parte embargante, quanto à existência de contradição no julgado embargado, na fundamentação e no dispositivo.

2. Manifesta a contradição no Acórdão embargado entre as deliberações **(a)** de limitação da taxa dos juros remuneratórios ao dobro da taxa média praticada pelo mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central

Acesso ao Sumário

do Brasil, à época da contratação, conforme orientação que este Relator passa a adotar (fls. 214, cf. Item "9.", "a"), e de **(b)** desprovimento do recurso, com manutenção da r. sentença, que julgou procedente, em parte, a ação, determinando a limitação da taxa de juros a 2,50% ao mês, **(c)** porquanto, do conjunto probatório constante dos autos e ante a fundamentação adotada no v. Acórdão embargado, verifica-se que foi determinada a limitação da taxa dos juros remuneratórios ao dobro da taxa média praticada pelo mercado, com consequente reforma, em parte, da r. sentença.

Da simples leitura do v. Acórdão, no qual foram especificadas as normas aplicáveis e os julgados para casos análogos, no que interessa aos presentes embargos de declaração, verifica-se que foi decidido que:

> "(...) O fato de a taxa efetivamente contratada de 1.500,28% corresponder a 10,64 (=1.500,28:140,88) vezes à taxa média de mercado é suficiente para demonstrar a abusividade da taxa pactuada.
>
> Isso porque, conforme orientação que se passar a adotar, a cobrança de taxa de juros em patamar superior ao dobro da taxa média de mercado *- o que se verifica no contrato objeto da ação -* é excepcional e exige que a instituição financeira demonstre que, diante das particularidades do caso concreto, o consumidor não foi colocado em desvantagem exagerada, nos termos do art. 51, § 1º, do CDC e na linha da tese fixada pela 2ª Seção do Eg. STJ por ocasião do julgamento do REsp 1.061.530/RS *supra* citado.
>
> Neste sentido, para casos análogos e com inteira aplicação à espécie, a orientação, que se passa a adotar, dos julgados extraídos do site desse Eg. Tribunal de Justiça: **(a)** 'CONTRATO BANCÁRIO - Financiamento de veículo - Juros remuneratórios - Abusividade - Ocorrência - **Percentual pactuado superior ao dobro da taxa média de mercado - O dobro da taxa média de mercado para a modalidade contratual específica divulgada pelo Bacen é bastante para que a entidade financeira possa ter margem suficiente quanto aos riscos envolvidos e ao 'spread' que lhe garanta uma remuneração condigna - Na falta de demonstração específica de que as particularidades do caso permitem o excesso, prevalece a presunção de que a taxa arbitrada acima deste patamar é abusiva - Determinação de redução dos juros para o valor correspondente ao dobro da taxa média** - Admissibilidade - Manutenção da sentença de procedência desta ação revisional de contrato, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. ASTREINTE - Fixação de multa diária na hipótese de descumprimento da obrigação de fazer determinada pela sentença - Cabimento - Multa fixada em R$ 100,00 até o limite do valor da dívida - Admissibilidade - Observação da razoabilidade e proporcionalidade do valor da multa. HONORÁRIOS RECURSAIS - Cabimento - Honorários advocatícios sucumbenciais

Acesso ao Sumário

elevados de R$ 1.500,00 para R$ 2.000,00. Recurso desprovido, com observação.' (20ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1000105-90.2019.8.26.0099, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 17/01/2020, o destaque não consta do original); **(b)** 'Ação revisional de contrato bancário. Juros. Remuneratórios. Inexistência da limitação dos juros remuneratórios a 12% ao ano. Todavia, é cabível a revisão no caso concreto, em que se provou a existência de discrepância entre os percentuais aplicados e a taxa medica de mercado, sem justificativa pela ré. Descabimento da pretensão de devolução em dobro, dada a inexistência de má-fé da requerida. Dano moral. Inocorrência. Recurso da autora desprovido, e parcialmente provido o recurso da ré. (...) 'No caso em exame, a autora demonstrou que os juros pactuados no contrato de empréstimo pessoal correspondem a 18,50% ao mês e 666,69% ao ano (fls. 15), ao passo que a taxa média de mercado para operações da espécie girou em torno de 6 a 7% ao mês (fls. 20). Diante deste quadro, competia ao banco apresentar as razões pelas quais as taxas cobradas são muito superiores à taxa do Banco Central. Ocorre que, analisando-se a contestação e as presentes razões recursais, conclui-se que **os argumentos apresentados pela instituição financeira foram genéricos, posto que a mesma se limitou a elencar os fatores que levam ao cálculo das taxas de juros nos contratos em geral, sem especificar quais teriam sido os critérios adotados no caso da autora. A apelante afirmou que, 'na maioria dos casos', seus clientes possuem nome negativado, mas em nenhum momento esclareceu se esta era a situação da autora, deixando de apresentar eventual prova de que a mesma estava com restrições ao crédito no momento da pactuação. A requerida ofertou, tão-somente, argumentos genéricos sobre taxas de juros, sem ofertar justificativa relativa aos índices concretamente discutidos nos autos, deixando de motivar a adoção de taxa quase três vezes maiores do que a média de mercado (se considerada a taxa mensal), e quase 6 vezes maiores (se considerada a taxa anual).** Neste contexto, deve prevalecer o julgamento de primeiro grau, posto que foi constatada a abusividade dos juros cobrados no caso concreto, não havendo justificativa concreta e específica, pelo banco, para as cobranças realizadas no caso da autora. (...)''(20ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1000612-09.2018.8.26.0383; rel. Des. Luis Carlos de Barros, j. 18/02/2019; o destaque não consta do original); e **(c)** '(...) LIMITAÇÃO DAS TAXAS DE JUROS - Artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003, que previa o limite de 12% (doze por cento) ao ano, no que concerne às taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito - Dispositivo cuja aplicação era

Acesso ao Sumário

condicionada à edição de lei complementar - Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal - Juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano - Súmula 382 do STJ e REsp 1.061.530/RS, sob o rito dos recursos repetitivos - **Abusividade das taxas contratadas demonstrada, no caso concreto - Limitação dos juros - Admissibilidade - Juros remuneratórios considerados abusivos, por superarem o dobro da taxa média do mercado para operações da mesma natureza - Precedentes jurisprudenciais** - Recurso provido, neste aspecto. (...)' (24ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1010594-56.2017.8.26.0068, rel. Des. Plinio Novaes de Andrade Júnior, j. 31/07/2019, o destaque não consta do original).

9. Com base nas premissas *supra*, aplicadas ao caso dos autos, reconhece-se:

(a) ilícita a taxa de juros remuneratórios pactuada no contrato bancário objeto da ação - 1.500,28% ao ano - , porquanto existente discrepância substancial entre ela e a taxa média praticada pelo mercado, - 140,88% ao ano - na mesma praça e época da contratação, para operações de crédito, não consignado, com recursos livres, para pessoas físicas, hipótese em que se enquadra o contrato de mútuo objeto da ação, com previsão de autorização para desconto em conta corrente e não na folha de pagamento, sendo certo que a instituição financeira sequer apresentou justificativa plausível para a discrepância em questão, impondo-se, em consequência, a limitação da taxa dos juros remuneratórios ao dobro da taxa média praticada pelo mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central do Brasil, à época da contratação, conforme orientação que este Relator passa a adotar;

(b) ausente prova de má-fé da instituição financeira ré na cobrança, improcede o pedido de condenação ao pagamento de devolução em dobro do indébito; e

(c) caracterizada a cobrança abusiva por ilicitude de encargos - *no caso dos autos, apenas e tão somente, a cobrança de juros remuneratórios em taxa superior ao dobro da taxa média praticada pelo mercado* - de rigor, o acolhimento do pedido de revisão para o afastamento de tal exigência e a compensação do indébito, constituído por valores pagos para satisfação da cobrança abusiva por ilicitude de encargos exigidos, de forma simples e não em dobro, com incidência de correção monetária e juros de mora na taxa de 1% ao mês, a partir dos respectivos termos iniciais estabelecidos no r. ato judicial recorrido.

Disto decorre que houve excesso de cobrança, impondo-se o acolhimento do pedido de revisão e de compensação/repetição de indébito relativa-

Acesso ao Sumário

mente aos encargos, apenas e tão somente, com relação aos quais ele foi reconhecido - *no caso dos autos, apenas e tão somente, a cobrança de juros remuneratórios em taxa superior ao dobro da taxa média praticada pelo mercado* -, nos termos do r. ato judicial recorrido, e, em consequência, a manutenção da r. sentença, que julgou a ação procedente, em parte.

10. Desprovido o recurso da parte ré, em razão da sucumbência recursal, nos termos do art. 85, §11, do CPC/2015, majora-se de 10% para 20% o percentual da condenação em verba honorária imposta à parte ré apelante, por se mostrar adequado ao caso dos autos.

11. Em consequência, o recurso desprovido, com majoração da verba honorária, em razão da sucumbência recursal, nos termos *supra* especificados.

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

Configurada a contradição em questão, rigor, o acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos modificativos.

Observa-se que são admissíveis embargos de declaração, com efeitos modificativos, quando o suprimento da contradição implica em alteração da conclusão do julgado. Nesse sentido, a orientação das notas de Theotonio Negrão: **(a)** "Ainda: 'O efeito modificativo dos embargos de declaração tem vez, apenas, quando houver defeito material que, após sanado, obrigue a alteração do resultado o julgamento (STJ-Corte Especial, ED em AI 305.080-MG-AgRg-EDcl, rel. Min. Menezes Direito, j. 19.2.03, rejeitaram os embs., v.u., DJU 19.2.03, p. 108)' ('Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor', 39ª ed., 2007, Saraiva, p. 699/700, parte da nota 6 ao art. 535); **(b)** 'Cabem embargos de declaração com efeitos modificativos, para **correção de erro relativo**: (...) - a uma **premissa equivocada** de que haja partido a decisão embargada, atribuindo-se-lhes efeito modificativo quando tal premissa seja influente no resultado do julgamento (STF-1ª Turma, RE 207.928-6-SP-EDcl, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.4.98, receberam os embs., v.u., DJU 15.5.98, seç. 1e, p. 54); no mesmo sentido: RSTJ 39/289 e STJ-RJ 185/554, maioria; RSTJ 47/275, maioria; STJ-3ª T., AI 632.184-AgRg-EDcl-EDcl-EDcl, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.9.06, acolheram os embs., v.u., DJU 2.10.06, p. 264; STJ-1ª T., REsp 796.160-EDcl, rel. Min. Luiz Fux, j. 10.10.06, acolheram os embs., v.u., DJU 13.11.06, p. 234; (...)' ('Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor', 39ª ed., 2007, Saraiva, p. 700, parte da nota 7 ao art. 535); **(c)** 'Para remover a contradição, pode o acórdão de embargos de declaração alterar a conclusão do julgado (STJ-4ª T., REsp 2.450-RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 11.12.90, não conheceram, v.u., DJU 25.2.91, p. 1.471; Bol. AASP 1.514/303, com voto bem fundamentado' ('Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor', 39ª ed., 2007, Saraiva, p. 704, parte da nota 15 ao art. 535); e **(d)**

Acesso ao Sumário

'Suprida a omissão, pode, eventualmente, ser alterada a conclusão do acórdão se incompatível com esse suprimento (argumento do art. 463-'caput' e II; cf. RISTF 338). Neste sentido: STJ-3ª Turma, REsp 3.192-ES, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 13.8.90, não conheceram, DJU 3.9.90, p. 8.844; RSTJ 36/345, 40/459; RTJ 86/359, 88/325, 112/314, 119/439; STF-RT 569/222; RT 569/172, 578/185, 606/210; JTJ 171/246; JTA 88/405. (...) '**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, REsp 15.569-DF-EDcl, rel. Min. Ari Pargendler, j. 8.8.96, não conheceram, v.u., DJU 2.9.96, p. 31.051) (...)'. ('Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor', 39ª ed., 2007, Saraiva, p. 704, parte da nota 17 ao art. 535).

3. Em sendo assim, para sanar a contradição existente, os presentes embargos de declaração devem ser acolhidos, com alteração do resultado do julgado, para declarar o v. Acórdão embargado, a fim de:

(a) no lugar da redação **(a.1)** do parágrafo anterior ao item 10, **(a.2)** dos itens 10 e 11 e **(a.3)** do dispositivo, bem como na redação **(a.4)** constante da ementa:

'**(...) Recurso desprovido.**

(...)

'Disto decorre que houve excesso de cobrança, impondo-se o acolhimento do pedido de revisão e de compensação/repetição de indébito relativamente aos encargos, apenas e tão somente, com relação aos quais ele foi reconhecido - *no caso dos autos, apenas e tão somente, a cobrança de juros remuneratórios em taxa superior ao dobro da taxa média praticada pelo mercado* -, nos termos do r. ato judicial recorrido, e, em consequência, a manutenção da r. sentença, que julgou a ação procedente, em parte.

10. Desprovido o recurso da parte ré, em razão da sucumbência recursal, nos termos do art. 85, §11, do CPC/2015, majora-se de 10% para 20% o percentual da condenação em verba honorária imposta à parte ré apelante, por se mostrar adequado ao caso dos autos.

11. Em consequência, o recurso desprovido, com majoração da verba honorária, em razão da sucumbência recursal, nos termos *supra* especificados.

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

(b) passa-se a constar:

"**(...) Recurso provido, em parte.**

(...)

'Disto decorre que houve excesso de cobrança, impondo-se o acolhimen-

Acesso ao Sumário

to do pedido de revisão e de compensação/repetição de indébito relativamente aos encargos, apenas e tão somente, com relação aos quais ele foi reconhecido - *no caso dos autos, apenas e tão somente, a cobrança de juros remuneratórios em taxa superior ao dobro da taxa média praticada pelo mercado* -, e, em consequência, a reforma da r. sentença, para julgar a ação procedente, em parte, nos termos do julgado.

10. O provimento, em parte, do recurso não tem reflexo na distribuição dos encargos de sucumbência, visto que mínima a alteração do julgado.

Isso porque o recurso foi provido apenas para reformar a r. sentença, para limitar da taxa dos juros remuneratórios ao dobro da taxa média praticada pelo mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central do Brasil, à época da contratação, conforme orientação que este Relator passa a adotar, ficando mantida no mais.

11. Inaplicável, no caso dos autos, o art. 85, § 11, do CPC/2015, que dispõe sobre a condenação em verba honorária por sucumbência recursal, visto que foi dado provimento, em parte, ao recurso e a majoração da verba honorária sucumbencial na forma do referido parágrafo é devida apenas em caso de recurso não conhecido ou desprovido.

Nesse sentido, a orientação do Eg. STJ: '**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' (Tese nº 04, da Edição n. 129: Dos Honorários Advocatícios II, Jurisprudência Em Teses, o destaque não consta do original).

12. Em resumo, respeitado o entendimento do MM Juízo sentenciante, o recurso deve ser provido, em parte, para, mantida, no mais, reformar a r. sentença, nos termos *supra* especificados.

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 e para os fins acima, **dá-se provimento, em parte, ao recurso**."

4. No mais, o v. Acórdão embargado não padece dos vícios previstos no art. 1.022, do CPC/2015.

Os fundamentos constantes do julgado embargado são mais que suficientes para rejeitar os embargos de declaração, com relação às demais alegações

Acesso ao Sumário

do embargante.

O não acolhimento das teses da parte embargante não caracteriza omissão, nem afronta aos dispositivos legais mencionados nos embargos de declaração.

Não há obscuridade a ser suprida, uma vez que o julgado embargado é claro e compreensível.

Inexiste erro material a ser corrigido, ante a ausência de inexatidão do modo de expressão do conteúdo do v. Acórdão embargado.

Embargos de declaração não se prestam para o reexame da matéria. Neste sentido, a nota de Theotonio Negrão, que transcrevo: "'Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa'. (STJ-1ª Turma, REsp 11.465-0, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665)' ("Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 34ª ed., 2002, Saraiva, p. 590, nota 2b ao art. 535).

5. Em resumo, os embargos de declaração devem ser acolhidos, em parte, para declarar o v. Acórdão embargado, para sanar a contradição existente, nos termos especificados neste julgado, com alteração do resultado do recurso, de desprovimento para provimento, em parte.

Ante o exposto e para os fins acima, **os embargos de declaração são acolhidos, em parte.**

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2083399-58.2021.8.26.0000, da Comarca de Foro de Ouroeste, em que é agravante R.R. COMÉRCIO DE CONFECÇÕES OUROESTE LTDA., é agravado MUNICÍPIO DE OUROESTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria, deram provimento ao agravo de instrumento, vencido o 2º juiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 704)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 2 de julho de 2021.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Município de Ouroeste. Deferimento do pedido de liminar, sem audiência de justificação. Elementos dos autos insuficientes para a compreensão segura dos fatos. Requisitos legais cujo preenchimento é controverso. Imóvel que foi objeto de doação com encargo realizada pelo Município por meio do Decreto nº 147/2000. Doação que teria sido revogada pelo Decreto nº 283/2002, com permissão de uso do bem concedida pelo Decreto nº 251/2002. Permissão revogada pelo Decreto nº 2.098/2020. Controvérsia sobre o alegado abandono do imóvel. Circunstâncias que, por ora, não justificam o deferimento da medida, sem prejuízo de futuro reexame de seu cabimento. Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos au-

tos de ação de reintegração de posse ajuizada pelo Município de Ouroeste contra a agravante, deferiu a liminar (fls. 116/117), com fundamento no abandono do imóvel, objeto de doação modal.

A agravante alega, em síntese, que a doação se deu por meio do Decreto nº 147/2000, anterior ao Decreto de Permissão nº 251/2002, citado pela decisão recorrida. Acrescenta que o art. 1º daquele Decreto lhe transferiu os direitos sobre o bem para desenvolvimento de atividades econômicas, com a contrapartida de assim fazê-lo no prazo acordado, sob pena de reversão do bem ao patrimônio municipal. Afirma que a doação tem respaldo no Programa de Desenvolvimento Industrial e Comercial criado pela Lei Municipal nº 18/1997. Afirma que em 28 de dezembro de 2000 foi lavrada Escritura Pública de Doação perante o 2º Tabelião de Notas da Comarca de Fernandópolis e ressalta que o órgão regulador – PRODEICO – foi favorável à doação. Menciona que todos os encargos da doação foram cumpridos e constam de Certidão de Inteiro Teor do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos da Comarca de Fernandópolis. Alega que já se passaram mais de 20 (vinte) anos de cumprimento dos encargos da doação e que, portanto, o exercício de posse sobre o bem é direito adquirido. Aduz que permanece realizando suas atividades econômicas no local e que as fotografias de fls. 77/78 induziram a erro o Juízo. Pede o provimento do recurso.

Deferido o efeito suspensivo (fl. 349), o recurso foi respondido (fls. 354/364).

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta provimento.

Os elementos contidos nos autos não são suficientes para demonstrar, em sede de cognição sumária, o alegado esbulho.

O Município alega que a doação com encargo realizada por meio do Decreto Municipal nº 147/2000 foi anulada pelo Decreto Municipal nº 238/2002 e que a empresa permaneceu no local por força de permissão de uso autorizada pelo Decreto Municipal nº 251/2002 e pelo "*Contrato Particular de Permissão de Uso de Bem Público*" (fls. 333/334 e 335/337). No entanto, a permissão foi revogada pelo Decreto nº 2.098/2020, por não terem sido cumpridos os requisitos previstos no artigo 11 da Lei Municipal nº 1.522/2019, cujo objetivo era dar cumprimento ao Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) celebrado nos autos do Inquérito Civil nº 14.0685.000208/2014-8.

As alegações do Município de Ouroeste não são incontroversas, pois a agravante alega que não abandonou o imóvel, que desconhecia o Decreto nº 238/2002 – de revogação da doação – e que respondeu às notificações do Município, tendo cumprido as obrigações exigidas para se manter na posse do imóvel e acostado documentos.

Desse modo, é controverso o preenchimento dos requisitos do artigo 561,

Acesso ao Sumário

incisos I a IV, do CPC, em especial porque há elementos que revelam o aparente uso prolongado do imóvel pela agravante recentemente, como a conta de energia elétrica de fl. 311/312, referente a fevereiro de 2021. Conforme consignado na decisão que deferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento (fls. 349/350), "*as fotos de fls. 268/270 e as contas de energia elétrica de fls. 287/312 indicam, também consideradas as limitações que caracterizam essa fase de cognição sumária, que, diferentemente do que é alegado pelo autor na inicial e consignado na decisão agravada, o imóvel não se encontra abandonado*.". Não bastasse isso, há questionamento aos instrumentos jurídicos que embasariam a reintegração e à própria notificação feita pelo Município à agravante. (fl. 52 dos autos principais)

Não está claro, neste momento, o descumprimento das obrigações que poderiam ensejar a anulação da permissão porque, embora as permissões de uso tenham natureza precária, há disciplina legal para a sua extinção. Tal disciplina está prevista no artigo 11 da Lei Municipal nº 1.522/2019, que dispõe sobre a "*regularização fundiária dos imóveis dos distritos industriais de Ouroeste implantados anteriormente à publicação desta lei*".

Diante da falta de plena segurança a respeito do esbulho, é forçoso reconhecer que a decisão agravada não se pautou pela recomendável prudência ao deferir o pedido, sem a realização de audiência de justificação. Se é verdade que existe risco de prejuízos ao Município de Ouroeste em decorrência da temporária permanência da situação alegada na inicial, não é possível ignorar também os riscos decorrentes da concessão da medida, nesta fase do procedimento, dada a já referida insuficiência dos elementos de prova até agora produzidos, em observância aos requisitos impostos pelo artigo 562 do CPC.

Por fim, não é despiciendo lembrar que, observado o rito ordinário, nada impedirá que futuramente seja deferida a liminar pleiteada pelo agravado, uma vez presentes elementos que a autorizem. Em suma, é prudente que se instaure o contraditório e, posteriormente, diante de novos elementos probatórios, verifique o Magistrado se estão presentes os requisitos para a concessão de tutela de urgência.

Pelo meu voto, dou provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2147974-75.2021.8.26.0000, da Comarca de Hortolândia, em que são agravantes CENTRO DE FORMAÇÃO DE CONDUTORES PODEROSA LTDA. - ME e LAIR MARCELINO DA SILVA, é agravado DIRETOR DE HABILITA-

ÇÃO DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂSITO - DETRAN/SP.

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.973)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ISABEL COGAN.

São Paulo, 1º de julho de 2021.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Mandado de segurança. Indeferimento de liminar. Inexistência de irregularidade no despacho agravado. Convicção do Magistrado que não cede passo ao interesse da parte. Inoportunidade de reforma em Segundo Grau de Jurisdição. Agravo desprovido.

VOTO

Agravo de instrumento contra r. decisão que indeferiu pedido liminar em mandado de segurança, interposto sob fundamento de ser *patente a ilegalidade da **Portaria DH – 569 de 18-5-2021**, pois os Agravantes não responderam a qualquer processo administrativo ou inquérito que justificasse a punição, tão pouco foram previamente ouvidos antes da suspensão liminar de 30 dias, e a penalidade liminar aplicada sem observância dos princípios do contraditório ou da ampla defesa, é nula, além de que os documentos e esclarecimentos apresentados na origem, comprovam que inexiste motivo para suspensão das atividades dos Agravantes por 30 dias.*

Recurso bem processado. Sem vista ao Ministério Público em face do Ato de Racionalização nº 313/03/PGJ-CGMP, de 24/06/03, conforme ofício nº 009/06 PJMS de 07/08/06.

É o relatório.

CENTRO DE FORMAÇÃO DE CONDUTORES PODEROSA LTDA. - ME e LAIR MARCELINO DA SILVA, instrutor de ensino, impetraram mandado de segurança contra ato do DIRETOR DE HABILITAÇÃO DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂSITO - DETRAN/SP para que se *permita as regulares atividades pelos Impetrantes, porque o **processo administrativo nº 031/2021** foi instaurado pelo Impetrado, por meio de **Portaria DH - 569 de 18-5-2021** e liminarmente fora aplicado em desfavor dos Impetrantes a suspensão das atividades por 30 dias, sem qualquer prévia oitiva ou citação dos mesmos*

Acesso ao Sumário

para defesa, sem observância dos princípios do contraditório ou da ampla defesa, além de que inexiste motivo para suspensão das atividades.

Ao apreciar o pedido liminar, a D. Juíza de Direito decidiu: *Analisando detidamente os argumentos lançados pelo impetrante, não verifico presente, ao menos em sede liminar, os requisitos para a sua concessão. Com efeito, foi instaurado processo administrativo para apurar possíveis irregularidades praticadas no âmbito do estabelecimento da impetrante. O estabelecimento passou por vistoria sendo constatadas a ausência de fiscalização; veiculo com pneus carecas; inserção de dados falsos no sistema além da existência de fraudes na aplicação de aulas e provas teóricas. Dessa forma, o processo encontra-se bem fundamentado, estando prevista a aplicação da suspensão das atividades de forma cautelar como forma de se proteger não só o interesse público mas também os direitos dos consumidores dos serviços prestados pela entidade credenciada para a formação de condutores. Ademais, a presunção de legalidade e veracidade milita em favor da administração* (págs. 80), contra o que vem a insurgência recursal.

Dispõe o artigo 74, II, da Resolução CONTRAN 789/20:

Art. 74 - *As instituições e entidades e os profissionais credenciados que agirem em desacordo com os preceitos desta Resolução estarão sujeitos às seguintes penalidades, conforme a gravidade da infração:*

(...)

II - *suspensão das atividades por até trinta dias;*

(...)

§ 2º - *A penalidade de suspensão por até trinta dias será aplicada na reincidência da prática de qualquer das infrações previstas nos incisos I e II do art. 69, nos incisos I e II do art. 70 e nos incisos I, II, III e IV do art. 72 ou quando do primeiro cometimento da infração tipificada no inciso III do art. 69.*

E o artigo 75, § da 1º, da Resolução em voga estabelece que:

Art. 75 - *O processo administrativo será iniciado pela autoridade de trânsito, de oficio ou mediante representação, visando à apuração de irregularidades praticadas pelas instituições e profissionais credenciados pelo órgão ou entidade executivo de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal, observando o principio da ampla defesa e do contraditório.*

§ 1º - ***Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá, motivadamente, adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.***

§ 2º - *O representado será notificado da instauração do processo administrativo* (destaquei).

Acesso ao Sumário

Por sua vez, o artigo 64, da Portaria DETRAN nº 101/16 preceitua que:

Artigo 64 - *Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.*

E o artigo 62, da Lei nº 10.177/98 dispõe que:

Artigo 62 - *Nenhuma sanção administrativa será aplicada à pessoa física ou jurídica pela administração Pública, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento sancionatório.*

Parágrafo único - ***No curso do procedimento ou, em caso de extrema urgência, antes dele, a Administração poderá adotar as medidas cautelares estritamente indispensáveis à eficácia do ato final*** (destaquei).

Observo não ter a medida cunho punitivo, mas acautelatório, com nota de consistir o Poder de Polícia da Administração, emanado das atribuições inerentes ao Estado, também na fiscalização do efetivo cumprimento das leis e regras atinentes ao sistema de trânsito.

Por outra, ante essa natureza da medida, não há de se falar em ofensa ao princípio do devido processo legal e seus corolários ampla defesa e contraditório, com nota de haver ordem de expedição de *mandado de citação* a franquear defesa preliminar pelos agravantes (pág. 24).

É dizer, não se entrevê o alegado desbordo neste passo procedimental, a revelar ausência de **fumus boni juris** em prol da tese dos agravantes.

Lembrar, ainda, serem os atos administrativos dotados de presunção de legitimidade e legalidade, que não pode ser afastada de plano, tal como pretendeu a agravante.

Observo, mais, que os fundamentos propostos no agravo formam matéria impassível de apreciação na estreita via deste recurso, sob pena de se adentrar o mérito da questão e a impossibilitar a análise do quanto se busca, em evidente supressão de instância

Mantenho, pois, a r. decisão recorrida.

Assinalo, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2123764-57.2021.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que são agra-

vantes MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA e SECRETÁRIO DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA, são agravados VINICIUS MARINHO MINHOTO, MARTA FERREIRA BERLANGA, DENISE APARECIDA BUENO e RICHARD BASSAN.

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 21.398)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 5 de julho de 2021.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Mandado de Segurança – Decisão que deferiu o pedido liminar para suspender a eficácia do estorno do fundo de pagamento dos honorários advocatícios dos impetrantes, Procuradores do Município de Taboão da Serra, de forma a possibilitar a regularização do pagamento da verba honorária devida – Referida cautela se mostra necessária, sob pena de risco de ineficácia da medida caso concedida somente ao final, até que seja apurado, com o desenvolvimento do devido contraditório, as circunstâncias que ensejaram o estorno do fundo de pagamento dos honorários advocatícios e se efetivamente houve o respeito ao devido processo legal no âmbito administrativo para a supressão do pagamento – Decisão mantida – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em mandado de segurança, deferiu o pedido liminar para suspender a eficácia do estorno do fundo de pagamento dos honorários advocatícios dos impetrantes, Procuradores do Município de Taboão da Serra, de forma a possibilitar a regularização do pagamento da verba honorária devida.

Narram os agravantes que foi expedida em 21.05.2021 a Comunicação Interna nº 112/2021 porque apurada a ocorrência de equívoco nos relatórios de

honorários dos meses de janeiro e fevereiro de 2021, decorrente do creditamento de valores superiores ao devido, o que resultou no abatimento do valor de R$ 223.745,98, sendo que ainda resta a abater a quantia de R$ 211.942,85. Relatam que, em razão do abatimento da primeira parcela do valor indevidamente creditado a maior aos agravados a título de honorários advocatícios de sucumbência, não remanesce valor a ser pago aos procuradores em 31.05.2021. Sustentam que é inquestionável o direito dos procuradores municipais aos valores correspondentes aos honorários de sucumbência arrecadados pela Municipalidade, mas o caso diz respeito ao fato que houve pagamento de valor indevido (a maior) a título de honorários advocatícios, creditado aos procuradores municipais. Afirmam que o erro cometido pela Administração foi demonstrado documentalmente na Comunicação Interna nº 112/2021. Informam que, no propósito de corrigir o equívoco sem frustrar demasiadamente a expectativa remuneratória média dos procuradores municipais, estabeleceu diálogo com tais profissionais, mediante a oferta formalizada por meio da Comunicação Interna nº 20.009/2021, em que propôs o desconto de 50% dos honorários a serem creditados mensalmente até a quitação total do valor indevidamente creditado a maior. Diante disso, afirmam que não condiz com a realizada a afirmativa, apresentada pelos agravados, de que nada receberiam a título de honorários advocatícios a partir do dia 31.05.2021 por conta do abatimento total do valor que lhes fora creditado a maior nos dois primeiros meses do corrente ano. Destacam que, com exceção dos impetrantes, os demais procuradores municipais expressaram sua concordância com a proposta de reposição ao erário apresentada pela Administração. Além disso, ressaltam que não houve violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa não se sustenta, na medida em que a Administração Municipal consultou a todos os procuradores, oportunidade em que expôs o pagamento indevido constatado, além de ter apresentado proposta de restituição parcelada, com a preservação da metade dos honorários a serem pagos mensalmente até a quitação da dívida, o que foi aceito pela maioria da categoria. Diante disso, requerem a concessão de medida cautelar recursal para suspender os efeitos da decisão agravada.

Indeferida a medida cautelar recursal (f. 20/22), foi apresentada a contraminuta de f. 25/38.

É o relatório.

O presente recurso foi tirado de decisão que, em ação mandamental, deferiu o pedido liminar nos seguintes termos (f. 88/89 dos autos principais):

"Vistos.

*1. **Tutela provisória de urgência – suspensão do ato coator**. Defiro, pois presentes os seus requisitos legais, nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09. Observe-se. Os fundamentos da impetração são relevantes.*

No ponto, registre-se que os impetrantes comprovam o estorno do fundo de pagamento dos honorários advocatícios. Deveras, de acordo com a CI nº 113/2021, de fl. 69/75, houve um "crédito a maior na conta contábil de honorários" nos meses de janeiro e fevereiro deste ano. Em razão disso, realizou-se estorno de R$223.745,98 em 2 de maio de 2021, zerando a "conta contábil". A par disso, há ainda uma provisão de estorno da quantia de R$ 211.942,85. Consequentemente, os impetrantes, Procuradores do Município de Taboão da Serra, ficarão sem receber a verba de honorários advocatícios por dois ou mais meses, destacando-se que se trata da parcela mais significativa de suas remunerações, o que se constata facilmente pela análise dos contracheques anexados aos autos. Ocorre que essa supressão da remuneração foi levada a efeito de forma unilateral, sem possibilitar aos impetrantes o exercício do contraditório e da ampla defesa. Destarte, houve, em tese, violação ao disposto no art. 5.º, LIV e LV, da CF, valendo mencionar que, até o momento, não houve resposta administrativa ao questionamento o formulado pelos procuradores (fl. 76). Como se não bastasse esse aspecto, a CI n.º113/2021 é contraditória, pois os valores de honorários advocatícios arrecados indicados na planilha de fl. 71 são divergentes dos montantes constantes da planilha de fl. 74, circunstância que evidentemente impacta na quantia que poderia ser estornada, após o devido processo legal. Por outro lado, evidente o risco de ineficácia da medida, caso concedida apenas ao final deste procedimento, pois o ato coator tem o condão de promover a supressão de aproximadamente 90% da remuneração dos impetrantes. No mais, é de se ressaltar que não há violação ao disposto no art. 7.º, § 2.º, da Lei n.º12.016/2009, já que se está apenas restabelecendo o valor constante do fundo de pagamento dos honorários advocatícios dos procuradores municipais. A par disso, também não se vislumbra qualquer prejuízo à municipalidade, uma vez que poderá se ressarcir posteriormente (após o devido processo legal), mediante compensação com futuros valores de honorários advocatícios, que venham a ser arrecadados e depositados na "conta contábil de honorários". Assim, concedo a tutela provisória de urgência para suspender a eficácia dos estornos indicados na inicial, determinando que a autoridade coatora tome as providências necessárias para restabelecer o saldo da "conta contábil de honorários" antes do resgate promovido em 2 de maio de 2021, no valor de R$ 223.745,98, de modo que a verba honorária possa ser paga normalmente aos procuradores municipais, ou em folha suplementar, se for o caso. Fica a autoridade coatora ciente de que também não poderá promover o estorno projetado de R$ 211.942,85."

Verifica-se, portanto, que a decisão agravada, fundada na presença dos

Acesso ao Sumário

requisitos para a concessão da medida liminar, encontra-se devidamente motivada e não se mostra, a princípio, ilegal ou irregular, sendo proferida em ação mandamental de rito célere especial.

De fato, como expresso na r. decisão agravada, os elementos probatórios indicam, ao menos nesta fase processual inicial, que o estorno do fundo de pagamento dos honorários advocatícios dos Procuradores Municipais acarretou na supressão de quase 90% da remuneração dos impetrantes, ora agravados, a justificar, portanto, o deferimento da medida liminar para suspender, por ora, os efeitos do ato impetrado, sob pena de ineficácia da medida caso concedida somente ao final.

Conforme já constatado em sede de cognição sumária, referida cautela se mostra necessária até que seja apurado, com o desenvolvimento do devido contraditório, as circunstâncias que ensejaram o estorno do fundo de pagamento dos honorários advocatícios e se efetivamente houve o respeito ao devido processo legal no âmbito administrativo para a supressão do pagamento.

Desse modo, nego provimento ao recurso e mantenho a decisão agravada que deu a correta solução à questão nesta fase processual inicial.

O caso é, assim, de negar provimento ao recurso interposto pelo **Município de Taboão da Serra e Outro** na ação mandamental impetrada por **Vinicius Marinho Minhoto e Outros** (proc. nº 1003902-28.2021.8.26.0609 1ª Vara Cível do Foro de Taboão da Serra, SP).

Resultado do julgamento: negaram provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2120528-97.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes LUIZ HENRIQUE MARTINS MOREIRA e LAURA STEIN MOREIRA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é agravado ILUSTRÍSSIMO SECRETÁRIO DA FAZENDA E PLANEJAMENTO DO 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: Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.401)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DA LIMINAR.

Concessão de liminar em mandado de segurança é ato discricionário do julgador, que deve analisar, caso a caso, se a medida se afigura necessária, examinando atentamente as provas produzidas até então, o que de fato ocorreu, como se verifica nas próprias razões trazidas **pelo(a) magistrado(a) de primeiro grau e nestes termos, inexistem motivos para alterar a conclusão.**

Decisão mantida.

Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Luiz Henrique Martins Moreira (e outros), em face de decisão lançada em sede de mandado de segurança, que indeferiu a liminar pleiteada. Aduz o agravante, em síntese, que na qualidade de servidor público estadual paulista, é beneficiário do Programa de Centros de Convivência Infantil, instituído pelo Decreto Estadual nº 33.174/91, programa esse criado com o objetivo de proporcionar a prestação de serviço de acolhimento e atendimento dos filhos ou dependentes do servidor estadual durante o tempo de sua permanência no trabalho.

Argumenta que em 12 de dezembro de 2013, foi expedida a Resolução SF 79/2013, pelo então Secretário da Fazenda do Estado, reduzindo a idade máxima dos dependentes dos servidores da Secretaria da Fazenda para manutenção no programa, de 7 (sete) anos para 4 (quatro) anos de idade. Ocorre que a filha do agravante completará 4 anos de idade em outubro de 2021, e está na iminência de perder, o direito de ter sua filha beneficiada pelo programa a que alude o Decreto Estadual n.º 33.174/91. Pugna pela concessão de liminar para sua filha menor seja mantida no programa estadual dos Centros de Convivência Infantil, nos termos do Decreto Estadual nº 33.174/91.

Processado sem a pretendida liminar (fls. 44/46), o recurso foi respondido (fls. 52/60).

É o relatório.

Fundamento e voto.

Cumpre lembrar que a medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança quando sejam relevantes os funda-

Acesso ao Sumário

mentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a fim (art. 7º, III, da Lei n. 12.016/09).

Assim, para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível.

A concessão da liminar em mandado de segurança é ato discricionário do julgador, que deve analisar caso a caso se medida se afigura necessária, examinando atentamente as provas produzidas até então, o que de fato ocorreu, como se verifica nas próprias razões trazidas pelo(a) magistrado(a) de primeiro grau e nestes termos, inexistem motivos para alterar a conclusão.

Com efeito, consoante salientado na r. decisão agravada:

"Indefiro o pedido pois analisando sumariamente os fatos não se verifica a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito dos impetrantes se vier a ser reconhecido na decisão de mérito, tendo em vista que não estarão sujeitos a prejuízos irreversíveis, ainda mais considerando que a impetrante está regularmente matriculada no Recanto de Educação Infantil Abelinha".

A decisão combatida está bem fundamentada e as alegações aqui trazidas pelos agravantes não são suficientes para aquilatá-la de vício.

Assim, em razão da ausência de um dos requisitos necessários para a concessão da liminar no mandado de segurança, não há como deferir a medida de urgência postulada.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"A concessão de liminar em mandado de segurança está condicionada à presença concomitante de seus dois pressupostos autorizadores, quais sejam, o periculum in mora e o fumus boni iuris (relevância do fundamento da impetração)"; (AgRg no MS 15859/DF). No mesmo sentido: (EDcl no MS 18457/DF).

Ademais, tratando-se de mandado de segurança, cujo rito é célere, certo é que a decisão final não tardará e toda trama será devidamente apreciada e desvendada para que alcance o resultado legal em face do contexto dos autos.

Assim, não vejo neste momento necessidade de acolher o pedido formulado, uma vez que, em sede de cognição sumária, aparenta inegável acerto a decisão de primeiro grau que indeferiu a liminar requerida.

Nestes termos, nego provimento ao presente recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2129886-86.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante APARECIDA PINTO BATISTA (ESPÓLIO), é agravado MUNICÍPIO 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 ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.956)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 9 de julho de 2021.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Multa imposta em execução de expropriatória por não concluir o procedimento de conversão do feito para tramitação no formato digital. Inadmissibilidade. Impossibilidade de digitalização do processo nos moldes exigidos (Comunicado Conjunto nº 1.741/2019) dentro do prazo estipulado, em razão do elevado número de páginas (mais de 1.000). Justificada, a tempo, como determinado, a falta de finalização do procedimento. Ausente conduta típica (art. 80 do CPC) a justificar a imposição da sanção. Precedentes.

Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de **agravo de instrumento** de interlocutória (fl. 26) em **execução de expropriatória** (fls. 09/21), aplicando multa por litigância de má-fé por movimentar indevidamente a máquina judiciária e atrasar o andamento do feito por não regularizar a conversão do feito em digital.

Sustentou, em resumo, estar equivocada a r. decisão. Em razão do grande número de páginas do feito (mais de 1.000 folhas) não foi possível apresentar as peças digitalizadas no exíguo prazo de 72 horas. Descabido imputar-lhe o atraso no andamento do feito quando o processo permaneceu mais de 6 meses conclusos para decisão. Desconsiderado seu peticionamento justificando a impossibilidade de apresentação das peças. Ausentes os requisitos para imposição

da multa. Inocorreu má-fé. Mencionou jurisprudência. Daí o efeito suspensivo e reforma (fls. 01/08).

Concedido o efeito pretendido (fl. 37), veio resposta (fl. 41).

É o relatório.

2. Fundada a pretensão recursal.

Em execução de expropriatória, o expropriado, ora agravante, a teor do disposto no **Comunicado Conjunto nº 1741/2109** deste **Eg. Tribunal de Justiça**, iniciou o procedimento de conversão do processo físico para o formato digital, com a carga dos autos para digitalização do feito, sem, no entanto, a conclusão do procedimento. Diante disso, o MM. Juiz ***a quo*** determinou ao espólio agravante esclarecimentos sobre o ocorrido assim dispondo:

"Como é cediço, o Comunicado Conjunto nº 1741/19 estabeleceu as diretrizes para o procedimento de digitalização do acervo físico da UPEFAZ."

"Nele, consignou-se de forma clara, expressa e inequívoca, que os e-mails ali indicados se destinavam exclusivamente à carga para digitalização de processos e, por conseguinte, não poderiam ser utilizados para cargas ordinárias."

"Isto porque, diversamente do que ocorre com a carga de processos em qualquer Unidade desse Tribunal, que somente é disponibilizada se o processo estiver em termos, ou seja, se não houver atos processuais pendentes, a carga da digitalização é deferida de forma incondicionada, ainda que o processo esteja, por exemplo, conclusos ao magistrado, ou aguardando cumprimento, como expedição de MLJ/MLE ou ofícios, aguardando decurso de prazo, etc., tudo com a finalidade de facilitar o procedimento para os interessados e, principalmente, possibilitar que a digitalização na Unidade seja concluída com a maior brevidade possível."

"Verifica-se, no caso em exame, que o presente feito foi retirado com carga pelo(s) requerido por meio de agendamento realizado pelo e-mail de digitalização, sendo que, com a sua devolução, nos termos do que define o Comunicado, os autos foram convertidos em digitais, a fim de que a parte interessada pudesse peticionar eletronicamente as peças digitalizadas."

"Não obstante, o peticionamento feito não atendia os requisitos, razão pela qual a requerida foi intimada a regularizá-lo, mas não o fez, e como consequência, os autos foram materializados, ou seja, tornados físicos novamente."

"Assim, em princípio, tem-se que a parte interessada deu causa à movimentação indevida de diversos setores e servidores da Unidade que,

Acesso ao Sumário

com a solicitação da carga, realizaram o agendamento, disponibilizaram os autos com carga em dia marcado após requisitá-los junto à empresa terceirizada responsável pela sua guarda e disponibilização, receberam os autos em devolução e, a seguir, providenciaram a conversão do processo físico em digital, sendo que, ao final, conforme mencionado, as peças digitais foram rejeitadas, e a corré intimada a regularizar, tendo decorrido in albis o prazo, oportunidade em que o processo foi novamente materializado e restituído ao mesmo local físico que se encontrava quando da retirada."

"Assim, para além de movimentar indevidamente a máquina judiciária, desperdiçando precioso tempo de trabalho dos servidores, que poderiam estar realizando outras atividades capazes de que efetivamente gerar resultados, a parte referida ainda atrasou injustificadamente o andamento do processo que, desde a sua retirada com carga indevida, até o retorno ao escaninho próprio, permaneceu paralisado."

*"E, considerando que tal conduta pode configurar litigância de má-fé prevista no art. 80, incisos IV, V e VI, do CPC, e ensejar as penalidades respectivas, além de comunicação à OAB para eventuais providências, concedo à parte que solicitou o agendamento da carga para digitalização (**CORRÉ APARECIDA PINTO BATISTA**) o prazo de 48h para manifestação nestes autos sobre o ocorrido."*

"Decorrido o prazo, com ou sem manifestação, tornem conclusos com brevidade a essa Juíza Corregedora Permanente." (grifos no original – fls. 28/30).

Em prosseguimento, aplicou-se multa por litigância de má-fé, nos seguintes termos:

"Adotando os motivos expostos as fls. 102/103, e considerando a ausência de manifestação dos autores conforme lhes foi determinado, condeno a corré Aparecida Pinto Batista às penas de litigância de má-fé, nos termos do art. 80, incisos IV, V, e VI, do CPC, ao pagamento de multa no valor de 1% do valor da causa devidamente corrigido, conforme disposto no art. 81, caput, e parágrafo 1º, do CPC."

"A seguir, remetam-se os autos ao Núcleo de Minutas." (fl. 26).

Daí o inconformismo.

Com razão.

Segundo consta, o expropriado, ora agravante, requereu a carga dos autos nos termos do disposto no **Comunicado Conjunto nº 1741/2019** deste **Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, para proceder a digitalização do feito para tramitação no formato digital.

Contudo, segundo justificou, em razão do elevado número de páginas do

Acesso ao Sumário

processo (mais de 1.000 folhas) não conseguiu finalizar a digitalização nos moldes exigidos (Arquivo de saída, PDF/A PortableDocumentFormat pesquisável 'com camada textual'; Tipo de reprodução, **tons de cinza**; resolução mínima 300 dpi; Formato de arquivo digital, TIFF sem compressão; tamanho máximo de 10 MB (megabytes), com limite de 2 MB por página digitalizada – item 'C' do Comunicado Conjunto nº 1741/2019), e as peças apresentadas foram rejeitadas. Intimado a regularizar, não encontrou empresa especializada apta a realizar a digitalização nos moldes necessários no prazo estipulado (3 dias úteis – item 'B.6' da norma) deixando, assim, de finalizar o procedimento.

Instada, por petição protocolada em 20.02.20 (Protocolo: FFPA2000023958-9 – fl. 05) e juntada aos autos em 13.01.21 (conf. andamento do feito no SAJ) elucidou o ocorrido. Inobstante, tal conduta foi considerada litigância de má-fé (art. 80, incisos IV, V e VI, do CPC – fl. 29) e por isso multada em 1% do valor da causa atualizada).

À luz do disposto no **art. 80 do CPC**, constitui **litigância de má-fé**:

"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."

Não há como ver na conduta do agravante litigância de má-fé a justificar imposição de penalidade.

Inocorreu oposição de resistência injustificada ao andamento do feito ou conduta temerária em qualquer ato processual. Também não provocado incidente manifestamente infundado.

A falta de conclusão do procedimento por motivos técnicos não caracteriza litigância de má-fé máxime diante do número de páginas do feito (mais de 1.000). Além do mais, instado a se manifestar sobre o ocorrido, ao contrário do consignado na r. decisão agravada, prontamente apresentou sua justificativa (em 20.02.20 - fl. 05) somente juntada aos autos meses após o protocolo (em 13.01.21 - conf. andamento processual no sistema SAJ).

Não configurada, assim, conduta típica a justificar sanção.

Assim já se decidiu nesta **Eg. Seção de Direito Público**, em situações semelhantes:

Acesso ao Sumário

"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – Encargo assumido voluntariamente pelo agravante de digitalizar os autos a fim de dar maior celeridade à tramitação processual, que restou frustrado diante da complexidade das exigências impostas pelo Comunicado Conjunto da Presidência do TJSP e da Corregedoria Geral de Justiça nº 1.741/19, a serem cumpridas em prazo exíguo fixado na referida norma regimental – A plausibilidade da justificativa do agravante afasta a má-fé da sua conduta, o que é imprescindível à aplicação da multa processual, até porque o dolo não pode ser presumido – Inteligência do art. 80, IV, V e VI, do CPC - Precedentes desta C. Câmara – Cumprimento do dever de cooperação pelo agravante que também afasta a sanção processual aplicada – Inteligência do art. 6º do CPC – Decisão reformada – Recurso provido." (AI nº 2.046.276-60.2020.8.26.0000 – v.u.j. de 24.07.20 – Rel. Des. **CARLOS VON ADAMEK**).

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Parte que não providenciou corretamente a digitalização dos autos – Inocorrência, na espécie, de qualquer das hipóteses de litig*ância de má-fé (art. 80, CPC) – *Decisão reformada, para excluir a multa. Recurso provido."* (AI nº 2.045.942-26.2020.8.26.0000 – v.u.j. de 23.04.20 – Rel. Des. **SPOLADORE DOMINGUEZ**).

Não configurada litigância de má-fé, impõe-se afastar sanção imposta.

3. Dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054864-22.2021.8.26.0000, da Comarca de Fernandópolis, em que é agravante ALUIZIO CAVALIN, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.205)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente sem voto), RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 3 de julho de 2021.
TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. Ação ambiental. Fernandópolis. Fazenda Nova Santa Helena. Reserva legal. Demarcação e recomposição. Compensação. Biomas Zona de Tensão e Mata Atlântica. Possibilidade. –

1. Reserva Legal. Compensação. A compensação da Reserva Legal para fins de regularização é permitida e pode ser feita, dentre outras opções, mediante o cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, com vegetação nativa estabelecida, desde que localizada no mesmo bioma (art. 66, III, § 5º, IV e § 6º, I e II da LF nº 12.651/12); e conforme decisão proferida na ADI nº 4.901-DF, o Pretório Excelso, por maioria, (i) conferiu interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 48, § 2º do Código Florestal, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, e (ii) reconheceu a constitucionalidade do art. 66, § 5º e 6º da LF nº 12.651/12; ainda, a adoção do critério da identidade ecológica transcende àquele previsto em lei (mesmo bioma), conforme se extrai do voto do Min. Marco Aurélio. –

2. Biomas Zona de Tensão e Mata Atlântica. De acordo com o órgão ambiental, a área proposta no Sítio Matinha [imóvel no qual se pretende a compensação] pertence ao bioma Mata Atlântica, ao passo que o imóvel Fazenda Nova Santa Helena, objeto da ação civil pública, está inserido no bioma Zona de Tensão. Os biomas são diversos e não atendem ao que dispõe a literalidade do novo Código Florestal; no entanto, três razões levam à admissão da proposta. Uma, a Resolução SMA nº 146 de 8-11-2017 define a Zona de Tensão como o "ecótono resultante do contato entre os fronteiriços Biomas Mata Atlântica e Cerrado" (art. 1º, III), e dispõe que a compensação da Reserva Legal, que ocorrerá em área de extensão equivalente localizada no mesmo bioma, deverá observar que, "para imóveis situados na Zona de Tensão, segundo

Acesso ao Sumário

Anexo I, a área que receberá a Reserva Legal deve estar localizada no Bioma Mata Atlântica ou na Zona de Tensão" (art. 3º, 'caput' e inciso III), sendo esta a hipótese dos autos. Outra, não há manifestação expressa do órgão ambiental indicando a inadequação da proposta apresentada considerando os biomas em questão. Outra ainda, a Reserva Legal proposta dentro do imóvel Fazenda Nova Santa Helena corresponde a 18,06% da área do imóvel, equivalente assim a 90% da Reserva Legal; a porção a ser compensada em outro imóvel no Bioma Mata Atlântica é diminuta; as propriedades são próximas, localizadas em municípios com distância aproximada de 16 km, que reforça a possibilidade de terem características bastante similares. Não se entrevê prejuízo ambiental que a lei e o Supremo Tribunal Federal buscam evitar. **– Agravo provido.**

VOTO

1. Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls. 781 nos autos de cumprimento de sentença que determinou ao réu, no prazo de 15 dias, a correção da proposta de reserva legal apresentada, localizando a área que se pretendia compensar no Sítio Matinha dentro da Fazenda Nova Santa Helena ou em outro imóvel inserido em mesmo bioma e dotado de identidade ecológica com a propriedade, sob pena de perda do direito compensação.

O executado sustenta que a decisão obriga a corrigir o CAR e o Projeto SARE já aprovados pelo órgão competente, que estão aguardando apenas as determinações do STF quanto ao tema; o ofício emitido pela EDR de Fernandópolis deixa claro que as obrigações estão sendo cumpridas e que os projetos estão em conformidade com aquilo que determinado nos autos. A EMBRAPA apresentou um estudo científico, a pedido do Supremo, que refere o conceito de 'identidade ecológica'; o órgão responsável não autorizou, não demarcou e não possibilitou que fosse realizada qualquer alteração, estando bloqueado até a decisão do Supremo. Os proprietários rurais estão agindo conforme os princípios estabelecidos pela LF nº 12.651/12; a demarcação da área da Reserva Legal foi feita e iniciado o plantio conforme projeto devidamente apresentado; não é possível modificar o CAR e menos ainda o SARE sem aprovação do CDRS, havendo o risco de futuramente o órgão ambiental não aprovar a localização e os limites da Reserva Legal previamente apresentados, além da possibilidade de ser multado administrativamente se o fizer por sua conta e risco. Ressalta que o STJ determinou a suspensão de todo os processos pendentes em decorrência da afetação da representação de controvérsia no REsp nº 1.762.206-SP. Pede a

Acesso ao Sumário

atribuição de efeito suspensivo e o provimento do agravo.

Suspendi a decisão agravada para melhor exame (fls. 40). Contraminuta a fls. 46/56. A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo desprovimento (fls. 60/64).

É o relatório.

2. Cuida-se de cumprimento provisório de sentença, autos de nº 0000530-34.2014 (origem), referente à ação civil pública nº 0009790-43.2011.8.26.0189, julgada procedente para tornar definitiva a tutela antecipada – que determinou que os réus apresentassem ao órgão ambiental competente (CBRN), no prazo de 120 dias a contar da decisão, projeto indicando a área de reserva legal e a forma de sua recomposição e determinou que, uma vez aprovado o projeto, os réus demarcassem a reserva legal no prazo de 90 dias, abstendo-se de intervenções por si ou por terceiros que não aquelas autorizadas em lei –, condenar os réus a (i) recompor a cobertura florestal da área destinada à reserva florestal legal, na forma determinada no art. 12 e seguintes do Código Florestal e no prazo estabelecido no projeto ambiental respectivo; (ii) e promover o registro da reserva legal no órgão ambiental competente, dispensada a averbação no Serviço de Registro de Imóveis (art. 18 e § 4º da LF nº 12.651/12) (fls. 49/51, na origem); a sentença foi mantida na AC nº 0009790-43.2011, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, 4-12-2014, Rel. Torres de Carvalho (consulta processual). Expedida a carta de sentença em 7-2-2014 para início do cumprimento provisório, em 21-2-2014 o Ministério Público requereu o cumprimento do acórdão que deferiu a tutela antecipada (Agravo nº 0305200-32.2011, Câmara Reserva ao Meio Ambiente, 9-2-2012, Rel. Torres de Carvalho, fls. 5, 27/35 e 81 da origem).

Durante a execução, o imóvel foi inscrito no CAR e cadastrado o Projeto de Restauração no SARE, mas pendente a demarcação definitiva e recomposição integral da reserva legal, ante a reiterada necessidade de complementação do cadastro e pendência de exame do projeto, não obstante iniciada sua execução (fls. 147/149, 193/198, 213/221, 236/244, 256/264, 282/290, 297/314, 396/378, 393/411, 442/459, 475/476, 478/503, 542/572, da origem). Em 12-12-2019, sobreveio Informação Técnica nº 002/2019 indicando a necessidade de correção do SICAR quanto a outros corpos d'água e que a proposta de instituição e recomposição da reserva legal estava adequada, podendo ser executada (fls. 603, na origem).

3. Em 10-1-2020 determinou-se que o executado iniciasse a recomposição e providenciasse a complementação do CAR no prazo de 30 dias, reiterada a determinação, mas o executado quedou-se inerte (fls. 606, 617 e 639 da origem). O Ministério Público requereu o reconhecimento da prática de ato atentatório à dignidade da justiça, com imposição de multa e que o réu fosse novamente intimado para demonstrar o cumprimento das obrigações, sob pena de multa diária

Acesso ao Sumário

(fls. 642/643, da origem). O Juiz enquadrou a conduta no art. 536, § 3º do CPC, e condenou o executado à multa de 10 salários mínimos, a ser oportunamente cobrada; determinou a expedição de carta precatória para intimação pessoal do executado para que, no prazo de 10 dias, iniciasse a recomposição da reserva legal e providenciasse a complementação do CAR, sob pena de multa diária de R$-5.000,00, limitada a 30 dias (fls. 645, da origem); contra a decisão, foi interposto o AI nº 2023742-88.2021 (voto AI-7174).

Atendendo à determinação do juiz (fls. 697 da origem), o EDR de Fernandópolis apresentou a informação técnica nº 10/21; a análise do CAR da propriedade Fazenda Nova Santa Helena foi concluída, bem como a análise do SARE 205, estando ambos de acordo com as decisões proferidas nos autos; quanto ao CAR da propriedade denominado Sítio Matinha, imóvel em que consta a compensação de reserva legal de 16,6315 ha da Fazenda Nova Santa Helena, a análise foi finalizada e o CAR considerado apto a ser aprovado, no entanto, fez-se a seguinte ressalva (fls. 734 e 749 da origem):

> c.) Entretanto, devido ao fato da Fazenda Nova Santa Helena estar inserida no Bioma Zona de Tensão e o Sítio da Matinha, onde está sendo compensada parte da RL, estar inserida no Bioma Mata Atlântica, o CAR dessas propriedades bem como o SARE 205, ou seja, a proposta de reserva legal, não poderão ser aprovados. Esta decisão está embasada no fato de haver Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 4901; ADI 4902; ADI 4903; ADI 4937) no STF que fazem questionamentos acerca desse tipo de compensação, não tendo ainda, a definição de "Identidade Ecológica", pois, se a decisão do Supremo Tribunal Federal for pela incompatibilidade entre os biomas, a proposta de compensação ficaria prejudicada faltando área para completar os 20% da RL da Fazenda Nova Santa Helena.
>
> d.) Portanto, os dois CAR analisados e o SARE 205 deverão ficar na situação "Aguarda alteração/complementação de informações" enquanto não for definida pelo Supremo Tribunal Federal a questão da identidade ecológica.

Em seguida, o Ministério Público requereu a intimação do executado para a correção da proposta de reserva legal apresentada, para que fosse realizada a compensação em outro imóvel de mesmo bioma e dotado de identidade ecológica, sob pena da perda do direito de compensação (fls. 776/779 da origem). O pedido foi acolhido pelo juiz e contra a decisão vem o agravo.

Acesso ao Sumário

4. Reserva legal. Compensação. O imóvel Fazenda Nova Santa Helena foi inscrito no CAR nº 35296090023177; possui área total de 824,1147 ha, correspondente a 32,23 módulos fiscais, com proposta de reserva legal a ser instituída dentro do imóvel em 148,8666 ha, equivalente a 18,06% da área do imóvel; também foi proposta a compensação do restante da área faltante no imóvel inscrito no CAR nº 35155090320755 (Sítio Matinha), em 16,6315 ha (2,0181%)

(fls. 658/665, principalmente fls. 660 da origem). O Ministério Público não se insurge contra a aplicação do instituto da compensação, que deve obedecer ao que determina o art. 66, § § 5º e 6º da LF nº 12.651/12:

> **Art. 66**. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente: (...). **III** - compensar a Reserva Legal.
>
> (...). § 5º A compensação de que trata o inciso III do caput deverá ser precedida pela inscrição da propriedade no CAR e poderá ser feita mediante. **I** - aquisição de Cota de Reserva Ambiental - CRA; **II** - arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal. **III** - doação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária; **IV** - cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.
>
> § 6º As áreas a serem utilizadas para compensação na forma do § 5º deverão: **I** - ser equivalentes em extensão à área da Reserva Legal a ser compensada; **II** - estar localizadas no mesmo bioma da área de Reserva Legal a ser compensada; **III** - se fora do Estado, estar localizadas em áreas identificadas como prioritárias pela União ou pelos Estados.

A compensação da Reserva Legal para fins de regularização é permitida e pode ser feita, dentre outras opções, mediante o cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, com vegetação nativa estabelecida, desde que localizada no mesmo bioma (art. 66, III, § 5º, IV e § 6º, I e II da LF nº 12.651/12).

5. De acordo com o órgão ambiental, a área proposta no Sítio Matinha pertence ao bioma Mata Atlântica, ao passo que o imóvel Fazenda Nova Santa Helena, objeto da ação civil pública, está inserido no bioma Zona de Tensão. Os biomas são diversos e não atendem ao que dispõe a literalidade do novo Código Florestal. Acrescenta ainda que, no julgamento conjunto das ADI nº 4.901, 4.902, 4.903, propostas pela Procuradoria Geral da República, ADI nº 4.937-DF proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), e ADC nº 42-DF, proposta pelo Partido Progressista (PP), Pleno, 28-2-2018, Rel. Min. Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade de diversos dispositivos do da LF nº 12.651/12, inclusive em relação àqueles referentes à Reserva Legal:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. Direito ambiental. Art. 225 da Constituição. Dever de proteção ambiental. Necessidade de compatibilização com outros vetores constitucionais de igual hierarquia. Artigos 1º, IV; 3º, II e III; 5º, caput e XXII; 170, caput e incisos II, V, VII e VIII, da CRFB. Desenvolvimento sustentável. Justiça intergeracional. Alocação de recursos

Acesso ao Sumário

> para atender as necessidades da geração atual. Escolha política. Controle judicial de políticas públicas. Impossibilidade de violação do princípio democrático. Exame de racionalidade estreita. Respeito aos critérios de análise decisória empregados pelo formador de políticas públicas. Inviabilidade de alegação de "vedação ao retrocesso". Novo Código Florestal. Ações diretas de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade julgadas parcialmente procedentes. (...). **22.** Apreciação pormenorizada das impugnações aos dispositivos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012): (...). (r) Art. 44; 48, § 2º; e 66, §§ 5º e 6º (Cota de Reserva Ambiental CRA): [...] Por fim, a necessidade de compensação entre áreas pertencentes ao mesmo bioma, bem como a possibilidade de compensação da Reserva Legal mediante arrendamento da área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal, ou, ainda, por doação de área no interior de unidade de conservação, são preceitos legais compatíveis com a Carta Magna, decorrendo de escolha razoável do legislador em consonância com o art. 5º, caput e XXIV, da Constituição. CONCLUSÃO: Declaração de constitucionalidade dos artigos 44, e 66, §§ 5º e 6º, do novo Código Florestal; Interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ideológica (vencido o relator). (...). **23**. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4901, 4902, 4903 e 4937 e Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42 JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

6. Conforme decisão proferida na ADI nº 4.901-DF, o Pretório Excelso, por maioria, (i) conferiu interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 48, § 2º do Código Florestal, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, e (ii) reconheceu a constitucionalidade do art. 66, § 5º e 6º da LF nº 12.651/12. A adoção do critério da identidade ecológica transcende àquele previsto em lei (mesmo bioma), conforme se extrai do voto do Min. Marco Aurélio (fls. 167 do acórdão):

> (...). Adota-se entendimento semelhante relativamente aos dispositivos que autorizam a compensação da reserva legal sem identidade ecológica entre as áreas (artigos 48, § 2º, e 66, § 5º, incisos II e IV, e § 6º). O uso do critério da identidade do bioma é insuficiente a assegurar que a compensação entre as áreas esteja em harmonia com a tutela ambiental. O bioma constitui espaço com amplitude territorial acentuada, de modo que, dentro dessa área, coexistem inúmeros ecossistemas diferentes, cuja biodiversidade deve ser preservada. A ressaltar essa óptica, basta observar que, consoante dados fornecidos pelo Ministério do Meio Ambiente, no bioma cerrado existem ecossistemas que se estendem desde o Paraná até o norte do Maranhão. É dizer, apesar de localizados no mesmo bioma, são distintas a flora e a fauna neles encontradas.
>
> A compensação de áreas localizadas em pontos díspares do território nacional, embora no mesmo bioma, surge inadequada para a tutela do meio ambiente, contrariando o comando constitucional alusivo à preser-

Acesso ao Sumário

vação da diversidade e integridade do patrimônio genético do País – inciso II do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal. Mostra-se necessário conferir aos preceitos interpretação conforme à Constituição Federal para condicionar a compensação de áreas de reserva legal desmatada à existência de identidade ecológica com o espaço correspondente localizado no mesmo bioma.

7. Em que pese a literalidade da lei (exigência de que a compensação se dê no mesmo bioma) e o que constou no julgamento do Supremo Tribunal Federal, três razões levam ao provimento do agravo. Uma, a Resolução SMA nº 146 de 8-11-2017 [não mencionada pelas partes], que institui o Mapa de Biomas do Estado de São Paulo e dá outras providências, define a Zona de Tensão como o "ecótono resultante do contato entre os fronteiriços Biomas Mata Atlântica e Cerrado" (art. 1º, III) e dispõe que a compensação da Reserva Legal, que ocorrerá em área de extensão equivalente localizada no mesmo bioma, deverá observar que, "para imóveis situados na Zona de Tensão, segundo Anexo I, a área que receberá a Reserva Legal deve estar localizada no Bioma Mata Atlântica ou na Zona de Tensão" (art. 3º, 'caput' e inciso III), admitindo-se inclusive a localização no Bioma Cerrado, desde que se apresente laudo de caracterização da vegetação, elaborado por profissional habilitado, acompanhado da respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica, demonstrando que área possuía originalmente fitofisionomia própria do Bioma Cerrado (art. 3º, § 2º):

[Resolução SMA nº 146/17] Artigo 3º - A compensação de Reserva Legal, que ocorrerá em área de extensão equivalente localizada no mesmo bioma, deverá observar: **I** - Para imóveis situados no Bioma Mata Atlântica, segundo Anexo I, a área que receberá a Reserva Legal deve estar localizada no Bioma Mata Atlântica ou na Zona de Tensão; **II** - Para imóveis situados no Bioma Cerrado, segundo Anexo I, a área que receberá a Reserva Legal deve estar localizada no Bioma Cerrado. **III** - Para imóveis situados na Zona de Tensão, segundo Anexo I, a área que receberá a Reserva Legal deve estar localizada no Bioma Mata Atlântica ou na Zona de Tensão.

§ 1º - No caso do inciso II, a área que receberá a Reserva Legal poderá estar localizada na Zona de Tensão, desde que o interessado apresente laudo de caracterização da vegetação elaborado por profissional habilitado, acompanhado da respectiva Anotação da Responsabilidade Técnica, demonstrando que a área possui vegetação própria do Bioma Cerrado.

§ 2º - No caso do inciso III, a área que receberá a Reserva Legal poderá estar localizada no Bioma Cerrado, desde que o interessado apresente laudo de caracterização da vegetação, elaborado por profissional habilitado, acompanhado da respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica, demonstrando que a área possuía originalmente fitofisionomia própria do Bioma Cerrado.

A hipótese dos autos correspondente ao art. 3º, 'caput', III, em que se pre-

Acesso ao Sumário

tende realizar parte da compensação da Reserva Legal de bioma Zona de Tensão em imóvel de Bioma Mata Atlântica.

8. Outra, embora a informação do EDR de Fernandópolis de que os CAR e SARE estão em conformidade com as decisões proferidas nos autos, mas pendem de aprovação até sobrevir questão a ser solucionada pelo STF, o órgão ambiental não indica a inadequação da proposta apresentada, considerando os biomas em questão (Zona de Tensão e Mata Atlântica).

Outra ainda, a Reserva Legal proposta dentro do imóvel Fazenda Nova Santa Helena corresponde a 18,06% da área do imóvel, equivalente assim a 90% da Reserva Legal; a porção a ser compensada em outro imóvel no Bioma Mata Atlântica é diminuta; as propriedades são próximas, localizadas em municípios com distância aproximada de 16 km, que reforça a possibilidade de terem características bastante similares. Em virtude desta situação, não vejo o prejuízo ambiental que a lei e o Supremo Tribunal Federal buscam evitar.

9. Por fim, anoto que a aplicação do Novo Código Florestal não é questão controvertida nos autos, pois admitida. A questão examinada no cumprimento provisório não se amolda à controvérsia a ser dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento em conjunto dos REsp nº 1.762-206-SP e REsp nº 1.731.334-SP (Tema STJ nº 1.062).

O voto é pelo **provimento do agravo** para reconhecer a possibilidade de compensação de 16,6315 ha da Reserva Legal do imóvel Fazenda Santa Helena no imóvel Sítio Matinha, inscrito no CAR nº 35155090320755, prosseguindo o cumprimento provisório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2024492-90.2021.8.26.0000, da Comarca de Fernandópolis, em que é agravante CLAUDIA MALAVAZZI TROVATTI CUSTÓDIO, são agravados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE FERNANDÓPOLIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.571)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 16 de julho de 2021.
MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – Inaplicabilidade – Agravante que demonstrou não manter residência no imóvel penhorado, sobre o qual possui meação, e que se encontra alugado a terceiros, destinado a futura alienação – Inteligência do art. 5º da Lei Federal nº 8.009/1990 – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por CLÁUDIA MALAVAZZI TROVATTI CUSTÓDIO contra a decisão de fls. 1.091 dos autos principais que, em Ação Civil Pública por Atos de Improbidade Administrativa ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face da agravante e de outros, ora em fase de cumprimento de sentença, rejeitou a exceção de impenhorabilidade de bem de família visando a exclusão da penhora levada a efeito sobre a meação da executada no imóvel objeto da matrícula nº 16.044 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Fernandópolis, nos termos da Lei nº 8.009/1990, ao argumento de que "*em que pese a possibilidade reconhecida pela jurisprudência, de extensão da qualidade de bem de família a imóveis onde não resida o devedor, o caso dos autos refoge à regra invocada*" e "*a executada possui outros imóveis, de modo que o indicado como impenhorável é apenas o de maior valor*"; que "*o imóvel que busca proteger da penhora, em verdade, destinar-se-á a alienação e partilha do valor para com o seu ex-consorte. Logo, nada impede a penhora de sua fração, que não atingirá os direitos daquele*"; e que "*manter a penhora sobre o bem (matrícula 16.044 do CRI local) não causará risco à entidade familiar da executada, considerando a pluralidade de imóveis existentes*", pois segundo o art. 5º da Lei 8.009/1990 "*para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente*".

Alega a agravante, em síntese, que a meação do imóvel objeto da matrícula nº 16.044 do Cartório de Registro de Imóveis local decorre de aquisição durante a união com Aparecido Raimundo Custódio, mediante financiamento imobiliário, para residência familiar; que com o desfazimento da comunhão

Acesso ao Sumário

existente entre o casal, o imóvel foi locado a terceiros, com a intenção de ser oportunamente vendido para possibilitar a aquisição de outro, registrado exclusivamente em seu nome; que possui a nua propriedade do imóvel objeto da matrícula nº 1.282 do Cartório de Registro de Imóveis local, juntamente com sua irmã, havido por doação de seus pais, e também penhorada nos autos, inobstante o usufruto vitalício instituído em favor dos doadores; que parte do aluguel recebido é destinada ao pagamento do financiamento imobiliário e parte se destina ao custeio do aluguel da residência atual e do aluguel do imóvel locado para sua filha cursar Ciências Biológicas, em período integral, na UNESP – Campos Litoral Paulista, além do pagamento de contas de água, luz, telefone, alimentação, transporte, vestuário, saúde, impostos, etc.; e que o fato de não residir no imóvel objeto da matrícula nº 16.044 do Cartório de Registro de Imóveis local não desnatura o caráter de bem de família.

Sustenta que a meação do primeiro imóvel tem valor de R$ 110.000,00 e a do segundo importa em R$ 475.000,00, ou seja, pretende a impenhorabilidade do imóvel de menor valor; que os frutos auferidos com a locação do imóvel penhorado se destinam à complementação do orçamento e subsistência familiar, já que dirigidos ao pagamento do financiamento e de outras locações, além de outras despesas; que a meação da nua-propriedade também foi penhorada, sendo decidido nos Embargos de Terceiro nº 1002361-90.2020.8.26.0189 e 1002408-64.2020.8.26.0189 que esta pode ser alienada judicialmente, preservado o usufruto em favor dos doadores; que deve ser preservada uma das meações, no caso a de menor valor, para resguardar o direito de ter um imóvel no futuro, com exclusividade, quando alienar essa meação, o que não desnatura o conceito de bem de família; que estão presentes os elementos para aplicação da Súmula 486 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família"; e que a pretensão de anulação da penhora deverá ser estendida, por economia processual, ao Cumprimento de Sentença nº 0004058-03.2019.8.26.0189 para baixa simultânea das penhoras realizadas, já que originário da mesma Ação Civil Pública.

Acesso ao Sumário

Com tais argumentos, pede a concessão de efeito suspensivo e o provimento do recurso, para que seja reformada a decisão recorrida, declarando insubsistentes as indisponibilidades e penhoras que recaíram sobre a meação do imóvel objeto da matrícula nº 16.044 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Fernandópolis, com o cancelamento das Averbações nº 10, 11 e 12 da referida matrícula, oficiando-se aos autos nº 0004054-63.2019.8.26.0189 para igual providência.

O recurso foi distribuído por prevenção a esta Magistrada em razão do Agravo de Instrumento nº 2254572-24.2019.8.26.0000.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 25/29) e o Ministério Público do Estado de São Paulo apresentou contraminuta (fls. 47/53).

A Fundação Educacional de Fernandópolis não apresentou contraminuta (fls. 54).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

É certo que a Lei Federal nº 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, determina:

> ***Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.***
>
> ***Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.***

No caso, merece ser observado o disposto no parágrafo único do art. 5º do referido diploma legal, segundo o qual:

> ***Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.***
>
> ***Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.***

A agravante demonstrou não manter residência no imóvel penhorado, objeto da matrícula nº 16.044 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Fernandópolis/SP, que se encontra locado a terceiros desde 15/01/2016 (fls. 1037/1041 dos autos principais) e futuramente será destinado à alienação, e sim no imóvel situado na Rua Rio de Janeiro, nº 2.812 – Vista Alegre – Fernandópolis/SP (fls. 1042/1046 dos autos principais), além de deter a nua-propriedade do imóvel objeto da matrícula nº 1.282 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Fernandópolis/SP, juntamente com sua irmã, recebido por doação gravada com usufruto vitalício em favor de seus genitores (fls. 12/14).

No mais, a agravante não logrou demonstrar, de forma satisfatória, que os frutos da locação do imóvel penhorado (meação) se destinam à subsistência familiar ou ao pagamento de seu próprio financiamento imobiliário, sendo forçoso concluir pela impossibilidade de reconhecimento da impenhorabilidade almejada.

Acesso ao Sumário

Assim, correto o entendimento do Magistrado de primeira instância, não sendo razoável acolher a alegação de impenhorabilidade da meação da agravante sobre o imóvel objeto da matrícula nº 16.044 do Cartório de Registro de Imóveis local, com fundamento na Lei Federal nº 8.009/1990, pois não se trata de "*um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente*".

Como bem observou o representante do Ministério Público em primeira instância, "*O imóvel não é residência da executada, tampouco lhe é próprio em sua integralidade, portanto, não constitui bem de família. O que a excipiente possui, em verdade, é o direito real sobre fração ideal, ativo de seu patrimônio que está destinado à alienação, consoante assentou o acordo que ela celebrou ao divorciar- se*" e "*a assertiva de que empregaria os alugueis recebidos para quitar outros alugueis a que está obrigada carece de demonstração documental, em especial de movimentação bancária que ateste tal assertiva*" (fls. 1087/1090 dos autos principais).

Dessa forma, merece ser mantida a decisão agravada.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da interposição dos mesmos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2084970-06.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.423)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), ROBERTO MARTINS DE SOUZA e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 19 de julho de 2021.

BURZA NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: READEQUAÇÃO DO JULGADO – Agravo de Instrumento – Rol Taxativo – Determinação de remessa aos autos ao Tribunal de origem para reapreciação do V. aresto – Acórdão que viola o artigo 1.022, II, do CPC/2015, no que se refere à possibilidade de conhecer do recurso de Agravo de Instrumento – Decisão que determinou a regularização da apólice apresentada como forma de garantia do Juízo – Decisão reconsiderada – Adequação – Recurso conhecido – Decisão mantida – **Recurso Improvido.**

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão trazida por cópia digitalizada a fls. 231 que, em seu teor, "***As exigências formuladas pelo Município a fls. (422/423vº) merecem ser acolhidas; As cláusulas da apólice por ela questionadas de fato contrariam a decisão de fls. (383/384) e comprometem a eficácia da garantia. Concedo, pois, à parte executada o prazo de 20 dias para promover as regularizações ora determinadas, intimando-se com urgência.***

Inconformado, sustenta o agravante pelo provimento do recurso a fim de reformar a r. decisão de modo a reconhecer a apólice do seguro apresentada; determinando o desentranhamento da carta de fiança bancária.

Pela decisão de fls. 563, foi determinado o processamento do presente recurso de Agravo de Instrumento, estando em termos para julgamento.

Contraminuta (fls. 567/571).

Acórdão (fls. 576/580) não conhecendo do recurso.

Recurso Especial (fls. 584/595).

Embargos de Declaração (fls. 599/601); acórdão (fls. 604/607).

Decisão proferida pelo Eminente Desembargador ***EVARISTO DOS SANTOS*** (fls. 615) Presidente da Seção de Direito Público, negando seguimento ao recurso especial, nos termos do artigo 1.030, V, do Código de Processo Civil.

Agravo de Instrumento contra decisão que não admitiu o Recurso Especial (fls. 617/626).

Decisão proferida pelo *E. Superior Tribunal de Justiça* (fls. 634/654), dando provimento ao recurso especial, *a fim de anular o acórdão recorrido, por violação do art. 1.022, II, do CPC/2015, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que reaprecie os embargos de declaração opostos pelo ora agravante e sane o vício de integração ora identificado.*

Diante do quanto decidido, o Eminente Desembargador Presidente da Se-

Acesso ao Sumário

ção de Direito Público, em exercício, Dr. ***MAGALHÃES COELHO*** (fls. 655) determinou o cumprimento da decisão do Col. Superior Tribunal de Justiça, determinando a remessa dos autos a esta E. 18° Câmara de Direito Público.

É o relatório.

Em face do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, a matéria em debate deve ser reconsiderada, de modo a conhecer o presente recurso de agravo de instrumento, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

De início, cumpre salientar que o artigo 9º, II, da Lei 6.830/80, alterado pela Lei 13.043/141 autoriza expressamente que a garantia da execução ocorra por meio de seguro garantia, sendo facultado ao executado escolher a forma em que assegurará o pagamento da dívida tributária, desde que demonstre a viabilidade do ajuste.

Como cediço, as execuções têm que manter o equilíbrio entre o interesse do exequente e a menor onerosidade para o devedor (previstos respectivamente nos artigos 797 e 805, ambos do NCPC3 , aplicados subsidiariamente, de acordo com o artigo 1º da Lei 6.830/80).

Assim sendo, a ordem do art. 11 da LEF incide nos casos de nomeação de bens (art. 9º- inciso III da mesma Lei) e não na prestação de seguro garantia (inciso II da supramencionada lei).

Salienta-se ainda que o seguro garantia produza os mesmos efeitos da penhora, conforme determina o artigo 9º, §3ª da LEF.

Desse modo, a recusa pela Fazenda Pública só é admissível quando comprovada a insuficiência, defeito formal ou inidoneidade da salvaguarda oferecida, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> ***"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA Nº 284/STF. ASTREINTES. VALOR. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. JUSTA CAUSA. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE. MULTA DO ART. 475-J DO CPC/1973. INAPLICABILIDADE. TÍTULO JUDICIAL ILÍQUIDO. PENHORA. SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INDICAÇÃO. POSSIBILIDADE. EQUIPARAÇÃO A DINHEIRO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR E PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFICÁCIA DA EXECUÇÃO PARA O CREDOR. COMPATIBILIZAÇÃO. PROTEÇÃO ÀS DUAS PARTES DO PROCESSO.***

O Superior Tribunal assentou a viabilidade do seguro judicial, principalmente porque "*oferece forte proteção às duas partes do processo, sendo instrumento sólido e hábil a garantir a satisfação de eventual crédito controvertido equiparado a dinheiro para fins de penhora*".

Acesso ao Sumário

Assim, somente quando constatado vício é possível afastar a garantia.

No caso dos autos, verifica-se que a executada, objetivando garantir a execução fiscal, ofereceu Carta de Fiança Bancária, emitida sob o nº 100411110088800, com data de vigência indeterminada, cujo fiador é o Banco Itaú BBA S.a, e o valor limite é de R$ 583.052,17, a fim de garantir o Juízo em relação ao Auto de Infração nº 61.989.797, nos termos do artigo 9º, inciso II, da Lei 6.830/80.

Todavia, a despeito da aptidão da Carta de Fiança oferecida como garantia, o executado requereu sua substituição por apólice de Seguro Garantia a ser contratada nos estritos termos da Circular SUSEP nº 477/2013 e da Portaria nº 164/2014 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Instada a se manifestar acerca do oferecimento, verifica-se que a Fazenda Pública rejeitou a apólice de seguro judicial, alegando que a mesma encontra-se em desacordo com os ditames da Resolução 68/2001 da SUSEP.

Por tais razões, *o recurso não comporta provimento, mantendo-se a r. decisão de primeiro grau, para o fim de que as* exigências formuladas pelo Município às fls. 422/423vº sejam acolhidas, pois as cláusulas da apólice por ele questionadas de fato contrariam a decisão de fls. 383/384 e comprometem a eficácia da garantia.

Ante o exposto, NEGA-SE provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2048395-57.2021.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que são agravantes MARINA DE MORAIS RAMOS e GUSTAVO LENIN DOS SANTOS MADONA, é agravado MUNICÍPIO DE TAUBATÉ.

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 em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.514)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente), KLEBER LEYSER DE AQUINO e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 12 de julho de 2021.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Insurgência dos ora agravantes em relação à determinação para desocupação voluntária de imóvel no prazo de trinta (30) dias. Admissibilidade. Momento excepcional vivenciado pela sociedade decorrente da pandemia pela "Covid-19" que impõe observância às recomendações dos órgãos sanitários a propósito de isolamento e distanciamento social. Ausência, à primeira vista, de notícia sobre medidas ou providências a serem adotadas pela municipalidade para assegurar a esses recorrentes outro local para habitarem. Ademais, relatório elaborado por assistente social da Defensoria Pública do Estado de São Paulo acerca dessa família viver em situação de vulnerabilidade, além de ser integrada também por três crianças (duas delas em fase correspondente à primeira infância). Consideração à decisão do colendo Supremo Tribunal Federal proferida nos autos da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 828/DF. Logo, suspensão dessa determinação, durante a pandemia enquanto não apresentada alternativa pela municipalidade a fim de garantir a esses réus moradia adequada. Recurso provido em parte, portanto.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (folhas 1 a 15) interposto por *Marina de Morais Ramos* e *Gustavo Lenin dos Santos Madona* à respeitável decisão (folhas 16 e 17) pela qual, a propósito de ação com escopo de reintegração de posse contra eles promovida pelo *Município de Taubaté*, se deferiu o provimento liminar objetivado para determinar a eles, réus, a desocupação voluntária do apontado imóvel no prazo de trinta (30) dias e, decorrido esse lapso, a correspondente reintegração de posse por essa municipalidade.

Esses agravantes, por meio da ilustre Defensoria Pública do Estado de São Paulo, com efeito, alegaram, em suma, o seguinte: a) terem sido incluídos no polo passivo da demanda após constatação de que os anteriores ocupantes do imóvel não mais estavam na posse desse bem; b) porém, não ter sido a adoção dessa providência precedida de notificação deles (recorrentes) ou cientificação a respeito da correspondente situação familiar; c) por sinal, residirem no imóvel sob apreço em companhia das três filhas (com idades de oito meses, quatro anos e sete anos); d) tratar-se de "*família extremamente pobre*" e cuja renda mensal decorre de "*bicos*" realizados por Gustavo; e) ter sido elaborado estudo social

Acesso ao Sumário

pelo Centro de Atendimento Multidisciplinar da Defensoria Pública no tocante à situação econômica e social do grupo familiar; f) passaram a ocupar o apontado imóvel a partir de abril de 2020, ocasião na qual estava esse bem "*em péssimas condições*"; g) não reunirem condições financeiras para arcar com as despesas relativas à locação de outro imóvel sem prejuízo à subsistência da família; h) dever ser considerada a grave crise econômica ocasionada pela pandemia por infecção pela *Covid-19*, bem ainda a necessidade de isolamento social para conter a disseminação dessa doença; i) terem ocupado o imóvel sob exame em virtude da ausência de alternativa habitacional; j) observância aos arestos colacionados; k) portanto, requererem a concessão de provimento liminar a fim de que sobrestados os efeitos da decisão *a quo* e, ao final, o provimento deste agravo para que reformado esse *decisum*.

Concedeu-se o efeito suspensivo objetivado (folhas 108 a 112).

O *Município de Taubaté* apresentou resposta (folhas 117 a 120) sustentando, em resumo, na seguinte conformidade: 1. terem os recorrentes invadido o imóvel a ele, agravado, pertencente; 2. por sinal, com essa invasão não se haver respeitado os demais munícipes regularmente incluídos em cadastro próprio para obtenção de moradia; 3. não ser admissível argumentação referente à necessidade para abrigamento dos filhos; 4. inexistência de ato administrativo a autorizar a ocupação do bem imóvel dele, recorrido; 5. não consubstanciar a pandemia pela *Covid-19* causa impeditiva ao cumprimento da ordem de desocupação; 6. violação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular; 7. assim, ser caso de manutenção da decisão ora agravada.

A douta Procuradoria de Justiça deixou de manifestar-se dado considerar cuidar a ação de direito patrimonial disponível (folhas 131 a 134).

É o relatório, preservado, no mais, o referente a essa decisão *a quo*.

Impõe-se dar parcial provimento ao recurso.

A propósito, o ora agravado (*Município de Taubaté*) promovera ação de reintegração de posse contra *Fabiana dos Santos Alexandrino* e *Oriky Jordan Gomes Giblon*, haja vista esbulho por essas pessoas em relação a imóvel público, casa popular (folhas 20 a 29).

Deferido provimento liminar para a desocupação do imóvel no prazo de trinta dias (folhas 40 e 41), sobreveio pedido para emenda da petição inicial a fim de alterar-se o polo passivo para constar como réus os ora agravantes (folhas 46).

Recebida a emenda à petição inicial, determinou-se a intimação desses ora recorrentes para desocupação voluntária do imóvel no prazo de trinta (30) dias, após cujo transcurso – se descumprida a ordem –, sujeitos à reintegração dessa municipalidade na posse (folhas 16 e 17).

Sem desdouro à convicção do digno juiz da causa, de rigor a suspensão da

Acesso ao Sumário

ordem para desocupação do imóvel.

É que, ao menos nesta feita, embora assegure a lei a formulação de pedido de provimento liminar para reintegração de posse (artigo 562 do Código de Processo Civil[1]), há excepcionalidade em relação ao momento vivido pela sociedade a obstar essa desocupação imediata do imóvel pelos agravantes.

Como é de conhecimento notório, em março de 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou situação de pandemia por infecção pela *Covid-19*.

Outrossim, em razão dessa particular situação, os órgãos sanitários emitiram recomendações a respeito da necessidade de isolamento e distanciamento social para conter-se a disseminação da doença.

Conquanto a concreta ocupação do imóvel pelos réus se desse em abril de 2020 (folhas 95), pesa no momento inexistir notícia de providência ou medida a ser adotada para assegurar habitação a eles.

A bem ver, ainda, ao menos nesta oportunidade, não se desconsidera terem sido esses agravantes ouvidos por assistente social dos quadros da Defensoria Pública, a qual, no respectivo relatório, apontou o seguinte (folhas 100 e 101):

"Conforme relatos da usuária, a família dela já vivia em situação de vulnerabilidade social, considerando sua fala em relação ao histórico da fragilização dos vínculos familiares entre ela e sua genitora, o trabalho informal de seu esposo, a renda abaixo de 1 (um) salário mínimo nacional e os aluguéis em atraso na moradia anterior, em virtude dos reflexos negativos da Pandemia da COVID-19 na situação econômica da família (sic). E é evidente que se houver uma reintegração de posse, isso poderá trazer grandes impactos para a família que hoje não possui alternativa habitacional, havendo o risco eminente de uma possível situação de rua, além da exposição da família ao que se diz respeito a questão de saúde, devido a Pandemia do COVID-19. (...)

Não se pode desconsiderar o fato de haver 3 (três) crianças na composição desta família, sendo duas na faixa etária da primeira infância. (...)"

Isso não bastasse, mutatis mutandis, considera-se recente decisão da lavra do eminente ministro Luís Roberto Barroso do colendo Supremo Tribunal Federal, da qual se transcreve o seguinte:

"(...) deixo de suspender as medidas de remoção de ocupações coletivas recentes, essas consideradas as posteriores a 20 de março de 2020, desde que seja possível ao Poder Público assegurar que as pessoas removidas possam ser

Acesso ao Sumário

1 *"Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.*
Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais."

levadas para abrigos, ou de alguma outra forma possa garantir-lhes moradia adequada. Trata-se de evitar a consolidação de novas ocupações irregulares.

60. Por mais que nesses casos também exista o risco de contaminação, outros fatores também devem ser considerados. Existe um interesse público legítimo em evitar que se criem novas situações de fato que posteriormente serão de difícil solução. Aqui, a atuação possui viés eminentemente preventivo, que se mostra particularmente relevante para a manutenção da ordem urbana. Mas, evidentemente, a atuação do Poder Público não pode deixar pessoas vulneráveis em situação ainda pior do que já se encontravam. Tratando-se de ocupação recente, a remoção deve ser acompanhada por órgãos de assistência social que garantam o encaminhamento das pessoas em situação de vulnerabilidade para abrigos públicos ou locais com condições dignas.

(...)

61. Ante o quadro, defiro parcialmente a medida cautelar para:

(...)

ii) com relação a ocupações posteriores à pandemia: com relação às ocupações ocorridas após o marco temporal de 20 de março de 2020, referido acima, que sirvam de moradia para populações vulneráveis, o Poder Público poderá atuar a fim de evitar a sua consolidação, desde que as pessoas sejam levadas para abrigos públicos ou que de outra forma se assegure a elas moradia adequada; (...)"[2]

Presentes as supraditas realidades, notadamente, a ausência de informação sobre medidas ou providências a serem adotadas para assegurar aos agravantes outro local para habitarem, desarrazoada a submissão dessas pessoas – com três filhos menores – a maior risco de exposição a essa doença.

Daí ser de rigor suspender-se, durante a pandemia e enquanto não apresentada alternativa pela qual assegurada moradia adequada, a determinação a esses réus para desocupação do imóvel pertencente à municipalidade.

Nesse sentido, ainda, *mutatis mutandis*, são de relevo arestos desta Corte de Justiça (TJSP) assim ementados:

"Agravo de Instrumento – Insurgência contra decisão que, em ação de reintegração de posse movida pelo Município de Santana de Parnaíba, indeferiu medida liminar que objetiva a desocupação de imóvel e demolição da construção irregular – Inadmissibilidade – A Organização Mundial de Saúde declarou, no dia 11 de março de 2020, a pandemia de COVID-19 – A efetivação da reintegração de posse nesse momento coloca em risco a saúde de diversos profissionais envolvidos no cumprimento da ordem, e inclusive dos próprios ocupantes, indo na contramão dos objetivos traçados pelo próprio Agravante

2 Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 828/DF, decisão proferida em 3 de junho de 2021.

para proteger a sua população – Decisão mantida. Recurso não provido."[3]

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Nos termos do sistema legal vigente, não há exigência da prova de pobreza, bastando simples declaração. Benefício concedido REINTEGRAÇÃO DE POSSE. BEM PÚBLICO. Presentes os requisitos autorizadores da medida para determinar a reintegração de posse; todavia a situação atual da pandemia da COVID-19 impossibilita a reintegração imediata. Necessidade de normalização da situação e realocação das famílias por parte do Poder Público. Recurso parcialmente provido."[4]

*"Agravo de Instrumento – Reintegração de posse – Recurso manejado pela ré contra decisão liminar que determinou a desocupação do imóvel no prazo de 15 dias – Parcial provimento de rigor – Na hipótese dos autos, considerando-se as circunstâncias fático-jurídicas, e em se tratando de família hipossuficiente, não se justifica a concessão da liminar na forma como pleiteada pelo Estado – **A ordem de desocupação imediata do imóvel em pleno estado de calamidade pública decorrente da Pandemia (COVID-19) não é razoável, adequada e conveniente – Razões de natureza humanitária, relativas à dignidade da pessoa humana e à função social da propriedade, que devem se sobrepor às questões de natureza meramente patrimonial – Precedentes – R. Decisão parcialmente reformada, determinando a suspensão da ordem de desocupação do imóvel enquanto perdurarem os efeitos da calamidade pública**. Recurso parcialmente provido."*[5]

Portanto, ora se desacolhe o alegado por esse recorrido, por um lado, e, de outro, se dá parcial guarida ao sustentado pelos agravantes (motivo de descrição resumida no supradito relatório).

Para fins de prequestionamento tem- se por inocorrente violação a preceito constitucional ou infraconstitucional referente à matéria examinada mediante este decisório.

À vista do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2121430-50.2021.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que

3 Agravo de instrumento 2065508-58.2020.8.26.0000, relator o desembargador Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, julgamento em 28 de abril de 2020.

4 Agravo de instrumento 2172124-57.2020.8.26.0000, relator o desembargador Moacir Peres, 7ª Câmara de Direito Público, julgamento em 9 de fevereiro de 2021.

5 Agravo de instrumento 2170766-57.2020.8.26.0000, relator o desembargador Sidney Romano dos Reis, 6ª Câmara de Direito Público, julgamento em 4 de setembro de 2020. Sem esses grifos e destaques no texto copiado.

são agravantes ETTORE FENOCCHI, REGINA HELENA DAMACENO FENOCCHI, MARIA MATILDE FENOCCHI GUEDES, ABEL MARCOS GUEDES e MARIA DA GRACA PINTO FENOCCHI, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

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 18.982)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Desapropriação – A imissão provisória deve ser concedida após a elaboração de laudo de avaliação judicial prévia – Fixada tal premissa, tem-se por incompatível qualquer tipo de impugnação ao laudo provisório, não estando o Juízo obrigado a determinar que a perícia apresente esclarecimentos formulados por perito particular ou assistente técnico, porquanto a avaliação prévia se presta apenas a fornecer elementos para o julgador decidir acerca do pedido de imissão provisória, devendo eventual questionamento ser apreciado por ocasião da elaboração do laudo definitivo – Precedentes – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão copiada a fls. 203 que, em sede de ação de desapropriação, deferiu a imissão provisória na posse do imóvel de propriedade dos expropriandos, ora agravantes, mediante depósito do valor indicado em laudo prévio elaborado por perito de confiança do Juízo.

Alegam os agravantes que há necessidade de determinar ao perito judicial se manifestar sobre a impugnação ofertada pelo seu assistente técnico, procedendo-se ao recálculo da avaliação provisória com as correções apontadas.

Denegado o efeito suspensivo pleiteado (fls. 208/209), sobreveio pedido de reconsideração (fls. 212/213), restando mantida a r. decisão anterior por seus próprios e jurídicos fundamentos, eis que inalterada a situação fática posta nos

Acesso ao Sumário

autos (fls. 215).

Veio contraminuta (fls. 218/223).

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão que, em sede de ação de desapropriação, relegou para após a juntada do laudo definitivo apreciar divergências apontadas pelo assistente técnico dos expropriados, ora agravantes, formuladas em relação ao laudo provisório para fins de imissão provisória na posse do imóvel.

De início, consoante decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n.º 181407/SP, DJ 25.07.2005, figurando como Relator o Eminente Min. João Otávio de Noronha:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. AVALIAÇÃO PRÉVIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 15 DO DECRETO-LEI N. 3.365/41. PRECEDENTES. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a imissão provisória em imóvel expropriando somente é possível mediante prévio depósito do valor apurado em avaliação judicial provisória, não havendo de ser substituída por mera avaliação efetuada por entidade particular. Ausência de violação do art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/41.*
>
> 2. Recurso especial conhecido e não-provido.

E este E. Sodalício, em entendimento sumulado sob o verbete de n.º 30, sedimentou que é "*cabível sempre **avaliação judicial prévia** para imissão na posse nas desapropriações*". Com isso, tem-se que, em ação expropriatória, somente se procede à imissão provisória na posse do imóvel mediante **avaliação judicial prévia**, a fim de dar cumprimento ao disposto no art. 15 do Decreto- lei n.º 3.365/41, como de fato ocorreu nos autos de origem.

Fixada tal premissa, tem-se por **incompatível qualquer tipo de impugnação ao laudo provisório**, não estando o Juízo obrigado a determinar que a perícia apresente esclarecimentos formulados por perito particular ou assistente técnico, porquanto a avaliação prévia se presta apenas a fornecer elementos para o julgador decidir acerca do pedido de imissão provisória, devendo eventual questionamento ser apreciado por ocasião da elaboração do laudo definitivo, consoante já se decidiu:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – DESAPROPRIAÇÃO – IMISSÃO NA POSSE – AVALIAÇÃO PRÉVIA – LAUDO PROVISÓRIO – IMPUGNAÇÃO – INADMISSIBILIDADE. 1. A avaliação prévia não se confunde com a prova pericial prestando-se apenas a fornecer elementos para que o Juízo decida com segurança acerca do pedido de imissão provisória na posse.

Acesso ao Sumário

2. A antecipação do contraditório, com impugnação ao laudo provisório de avaliação, tumultua o processo e atrasa o desfecho do incidente. A discussão do valor da justa indenização tem momento adequado na instrução processual. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 0166559-30.2012.8.26.0000; Relator: **Décio Notarangeli**; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/09/2012; Data de Registro: 13/09/2012).

Sem reparos, portanto, a serem feitos na r. decisão.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão tenha sido analisada.

Ante tais ponderações, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2118473-76.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante CAMILA DAMACENO DIAS, é agravado MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

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 ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.972)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), ALVES BRAGA JUNIOR e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 9 de agosto de 2021.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer – Município de Guarulhos – Autora que pretende a obtenção do benefício de locação social previsto na Lei Municipal nº 6.623/09, até que lhe seja fornecida moradia definitiva – Tutela de urgência parcialmente deferida para determinar que o Município conceda o pagamento do benefício, pelo prazo previsto em lei, porém com a determinação de que a autora comprove, em 30 (trinta) dias, ter firmado contrato de aluguel e comprove mensalmente o paga-

Acesso ao Sumário

mento do aluguel – Irresignação da autora – Acolhimento – Exigências que não constam expressamente da legislação municipal – Hipótese em que se mostra desarrazoado estabelecer providências mais restritivas do que aquelas previstas pelo próprio legislador – Precedente – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de *agravo de instrumento* interposto por ***Camila Damaceno Dias*** contra r. decisão proferida nos autos de *ação de obrigação de fazer* ajuizada em face do ***Município de Guarulhos***, por meio da qual foi parcialmente deferida a tutela de urgência para determinar que o Município lhe conceda o pagamento do benefício de locação social, nos termos do art. 1º, III e 9º, inciso I, "b", da Lei Municipal nº 6.623/09, pelo prazo previsto em lei, com a determinação de que a autora comprove em 30 (trinta) dias ter firmado contrato de aluguel e que comprove mensalmente o pagamento do aluguel.

Sustenta a agravante, em síntese, que na Lei Municipal nº 6.623/2009 não consta o dever de celebrar contrato de locação e de apresentar comprovante de pagamento de aluguel. Alega que não tem outro local para moradia e que não consegue arcar com aluguel na cidade de Guarulhos, uma vez que tal despesa compromete toda a renda familiar. Pugna, assim, pela concessão da tutela de urgência para que o Município efetue o pagamento do benefício até que lhe seja fornecida moradia definitiva, por meio de programa habitacional ao qual seja possível aderir, sem que lhe sejam exigidos contrato de locação e comprovante de pagamento do aluguel.

O recurso foi processado com parcial outorga de efeito ativo, para o fim de suspender a eficácia da decisão no que se refere à determinação de comprovação de celebração de contrato de locação (fls. 62/63).

Houve resposta (fls. 73/86).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É importante registrar que o presente agravo de instrumento comporta limites, pois é inviável a análise do mérito da ação proposta, de modo que sua apreciação fica limitada à presença dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela pretendida.

No caso, consta da r. decisão agravada que "*O filho da autora tem síndrome de down, assim, está presente a hipótese prevista no art. 1º, III e 9º, I, b, da Lei municipal nº. 6.623/2009 para a concessão do benefício da locação social. No entanto, não há razão para que se estenda esse benefício além do prazo pre-*

visto em lei, pois é tempo suficiente para que a parte autora possa se estruturar financeiramente".

E, de fato, o benefício de locação social previsto da Lei Municipal nº 6.623/2009 deve atender a uma série de requisitos, a fim de se atingir a justiça social e não se preterir situações mais graves, sendo necessária, ainda, observância do prazo legalmente previsto para sua concessão (art. 3º).

Cabe anotar que não compete ao Poder Judiciário atuar como Administrador ou estender o prazo previsto em lei, sob pena de interferir na discricionariedade das políticas públicas de moradia adotadas pela Municipalidade. Assim, ao contrário do que pretende a agravante, não se mostra possível a concessão do benefício até que lhe seja providenciada moradia definitiva.

Aliás, sequer há prova de que a agravante tenha se inscrito em programa habitacional para obtenção de moradia definitiva. É importante ressaltar que Administração deve seguir as políticas públicas relacionadas à efetivação do direito à moradia, com a organização de lista para atender aos interessados, com a fixação de critérios objetivos que devem ser atendidos, de modo que é inviável a disponibilização de imóvel em desrespeito aos já inscritos em programas habitacionais.

Por outro lado, com razão a agravante no que tange à inexistência de previsão legal de comprovação de celebração de contrato de locação e apresentação mensal do comprovante de aluguel dele decorrente.

Nos termos do artigo 19 da Lei Municipal nº 6.623/2009:

"Art. 19. O pagamento do benefício de locação social, a partir do segundo mês de sua concessão, fica condicionado ao seguinte:

I - comparecimento do beneficiário em reunião mensal de acompanhamento e sempre que convocado pelo órgão operador do programa;

II - comprovação de endereço indicado pelo beneficiário para moradia; e

III - comprovação do pagamento do aluguel do mês imediatamente anterior.

§ 1º Nas hipóteses de ***não-comprovação do pagamento do aluguel ou não comparecimento às reuniões de acompanhamento no prazo de até 60 (sessenta) dias, o beneficiário deverá ser excluído do Programa de Locação Social.***

§ ***2º Será realizada semestralmente avaliação sócio- econômica do beneficiário, com o objetivo de atualizar dados e verificar se permanecem atendidos os critérios de limite de renda familiar e demais requisitos que justifiquem a manutenção do benefício"*** – grifei.

Como se vê, não há expressa previsão acerca da necessidade de se firmar contrato de locação no prazo de 30 (trinta) dias, seja para a concessão do benefí-

cio ou para a sua continuidade. Daí porque não há justificativa para se determinar a apresentação de comprovante de pagamento do respectivo aluguel mensal.

Nesse sentido, aliás, já julgou este E. Tribunal de Justiça:

"BENEFÍCIO DE LOCAÇÃO SOCIAL – GUARULHOS – LEI MUNICIPAL 6.623/09 – ANTIGOS MORADORES DA COMUNIDADE DOS PALLETS QUE COMPROVAREM NA VIA ADMINISTRATIVA O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO DIPLOMA ALUDIDO – NECESSIDADE, SEM LIMITAÇÃO AOS QUE ESTEJAM EM ABRIGO PROVISÓRIO E SEM A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DE ALUGUEL, PORÉM PELO PRAZO PREVISTO NA LEI – AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DEFENSORIA PÚBLICA PARCIALMENTE PROVIDO" (Agravo de Instrumento 2241043-69.2018.8.26.0000; Relator: Ricardo Feitosa; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/08/2019; Data de Registro: 29/08/2019).

Na verdade, o que se depreende da redação do dispositivo supra, analisando-o de forma sistemática, é apenas a exigência de que, a partir do segundo mês de concessão do benefício, o seu recebimento fica condicionado à demonstração do pagamento de despesa relativa a aluguel para fins de moradia do mês anterior.

Desse modo, uma vez que não se mostra razoável estabelecer providências mais restritivas do que aquelas previstas pelo próprio legislador, de rigor o acolhimento do presente recurso para que sejam afastadas tais exigências, eis que não constam expressamente da legislação municipal.

Ante o exposto, pelo meu voto e para os fins acima, ***dou provimento ao recurso***.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036258-43.2021.8.26.0000, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é agravante FRANCIS CESAR MAINARDI, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.365)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE

CARVALHO.

São Paulo, 10 de agosto de 2021.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – CONDENAÇÃO – PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA – SERVIDOR APOSENTADO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA –CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA – ADMISSIBILIDADE. Cumprimento de sentença. Perda da função pública em razão da prática de ato de improbidade administrativa. Agente público que se aposentou antes do trânsito em julgado da condenação na mesma função em que praticados os atos de improbidade. Perda da função pública que constitui pressuposto lógico para obtenção e manutenção do benefício de aposentadoria pelo Regime Próprio de Previdência Social (art. 40, § 1º, CF). Admissibilidade de cassação da aposentadoria para assegurar o resultado da penalidade aplicada. Precedentes do STF. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

É agravo de instrumento tirado de ação civil pública, ora em fase de cumprimento de sentença, e de decisão que determinou a expedição de ofício ao Município de Santa Fé do Sul comunicando a perda da função pública do agravante e, em consequência, a cassação de sua aposentadoria, derivada do cargo efetivo de Arquiteto, Padrão 19-F, matrícula nº 6.181, determinando sejam encaminhadas ao Juízo, no prazo de trinta dias, cópia da portaria de exoneração e cassação da aposentadoria.

Inconformado recorre o agravante suscitando a nulidade da decisão atacada sustentando, em síntese, que a pena de perda da função pública foi transformada em cassação de aposentadoria sem que lhe tenha sido dada oportunidade de prévia manifestação, com ofensa ao contraditório e ao art. 10 do CPC. Quando não, pretende a reforma do decisório, pois o comando do título executivo judicial é no sentido de perda da função pública e não cassação de aposentadoria, havendo ofensa à coisa julgada.

Recurso bem processado, com contraminuta pelo não conhecimento ou

Acesso ao Sumário

desprovimento (fls. 117/125), ausente oposição das partes ao julgamento virtual. A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento ou desprovimento do recurso (fls. 129/133).

É o relatório.

Inicialmente afasta-se a preliminar arguida nas contrarrazões e se conhece do recurso por se voltar contra decisão interlocutória proferida na fase de cumprimento de sentença que julgou procedente ação civil por improbidade administrativa (art. 1.015, parágrafo único, CPC).

De igual modo não há falar em nulidade da decisão agravada ou ofensa ao art. 10 CPC, pois conforme adiante se verá a cassação de aposentadoria é mera consequência da pena de perda da função pública, que constitui pressuposto lógico para obtenção e manutenção do benefício pelo Regime Próprio de Previdência Social (art. 40, § 1º, CF).

Na questão de fundo, em que pese ser polêmica a matéria, e ressalvados os respeitáveis entendimentos contrários, merece confirmação a r. decisão atacada.

Segundo estabelece a Constituição Federal, os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, § 4º).

Firme na esteira do texto constitucional, a Lei de Improbidade Administrativa, dispõe que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20, *caput*, da Lei nº 8.429/92).

No caso vertente o agravante foi condenado, em 05 de outubro de 2011, por infração ao art. 10, *caput*, VIII e XII, e 11, *caput*, I, da Lei nº 8.429/92, às penas de perda da função pública e pagamento de multa civil fixada em metade do valor do dano causado ao erário (fls. 55/74).

O venerando acórdão prolatado por esta Egrégia Câmara foi mantido, tendo transitado em julgado em 29 de novembro de 2018, consoante se verifica da consulta dos autos no SAJ.

Acesso ao Sumário

Consta do Decreto nº 4.106/2017 que a aposentadoria por idade e tempo de contribuição do agravante foi concedida a partir de 01 de julho de 2017 (fls. 22).

Nesse cenário, como a perda da função pública somente se efetiva com trânsito em julgado da sentença condenatória, tem-se que apenas em novembro de 2018 teve início o cumprimento da pena imposta ao agravado, momento em que ele já se encontrava aposentado e recebendo seus proventos pela SANTAFEPREV - Instituto Municipal de Previdência Social (fls. 23).

Com efeito, a perda da função pública é sanção que acarreta a ruptura do vínculo com a Administração e a vacância do cargo efetivo, cuja titularidade é pressuposto lógico e requisito essencial para ingresso e permanência do servidor no Regime Próprio de Previdência Social do art. 40, § 1º, CF. Além disso, conforme já decidiu o Colendo STF, "a impossibilidade de aplicação de sanção administrativa a servidor aposentado, a quem a penalidade de cassação de aposentadoria se mostra como única sanção à disposição da Administração, resultaria em tratamento diverso entre servidores ativos e inativos, para o sancionamento dos mesmos ilícitos, em prejuízo do princípio isonômico e da moralidade administrativa, e representaria indevida restrição ao poder disciplinar da Administração em relação a servidores aposentados que cometeram faltas graves enquanto em atividade, favorecendo a impunidade" (ADPF nº 418, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 30/4/2020).

A doutrina reconhece a possibilidade de cassação da aposentadoria, conforme diz José Roberto Pimenta Oliveira: "A perda da função pública não é obstada pela aposentação do agente, após a prática da improbidade. Neste caso, o ordenamento autoriza a cassação da aposentadoria como efeito sancionatório constitucional. Inexiste sustentação na Lei Maior para considerar a aposentadoria, prevista em dispositivos constitucionais próprios (art. 40 e art. 201), como expediente a fraudar a plena efetividade do artigo 37, § 4º" (Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional, 1ª ed., p. 300).

E ainda Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves reforçam: "Tratando-se de agente público que, por ocasião da prolação da sentença condenatória, esteja na inatividade, haverá de ser cancelado o vínculo de ordem previdenciária existente com o Poder Público, o qual nada mais é do que a continuidade do vínculo existente por ocasião da prática dos atos de improbidade, tendo ocorrido unicamente a modificação da situação jurídica de ativo para inativo" (Improbidade Administrativa, 3ª ed. p. 466).

Essa a lição de Mario Pazzaglini Filho: "Registre-se que essa sanção não incide apenas sobre a função pública exercida pelo agente público condenado à época em que praticou o ato de improbidade administrativa reconhecido na sentença judicial, mas sobre a função pública que ele esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível. Além disso, se, nessa ocasião, já ocorrera a aposentadoria do agente público condenado (inativo), é facultado ao magistrado anular a aposentadoria e decretar a perda da função pública" (Lei de Improbidade Administrativa Comentada, Atlas, 3ª edição, pág. 150).

Como anotado pelo agravante, não se desconhece que o Colendo STJ assentou o entendimento da impossibilidade de imposição pelo Poder Judiciário da sanção de cassação de aposentadoria pela prática de ato de improbidade administrativa, em face do princípio da legalidade estrita em matéria de direito sancionador e da independência das esferas civil, criminal e administrativa

Acesso ao Sumário

(EResp nº 1.496.347-ES, 1ª Seção, j. 24/02/2021, DJe 24/02/2021).

Todavia, há que se ressaltar que a questão suscitada é de natureza constitucional e que esse respeitável entendimento não está de acordo com decisão do Colendo STF, intérprete maior da Constituição Federal, conforme se infere da ementa do seguinte venerando aresto:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 26.05.2020. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO LICENCIADO. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. PERÍODO EM QUE ESTEVE REINTEGRADO NOS QUADROS DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI FEDERAL Nº 8.429/92. ALEGADO JULGAMENTO EXTRA PETITA. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. TEMA 660. PENA DE CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não cabe recurso extraordinário quando a verificação da alegada ofensa à Constituição Federal depende da análise prévia da legislação infraconstitucional pertinente à matéria (Lei Federal 8.429/1992) e do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, por se tratar de ofensa reflexa à Constituição Federal e incidir, na hipótese, o óbice da Súmula 279 do STF. 2. A alegada afronta ao devido processo legal e ao contraditório, com apoio no argumento de que a sentença aplicou penalidade diversa do pedido inicial do Ministério Público Federal, demanda a análise de dispositivo do Código de Processo Civil aplicável à espécie, o que impede o trânsito do apelo extremo. 3. O Plenário desta Corte assentou, ao apreciar o ARE -RG 748.371, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1º.08.2013 (Tema 660), que não há repercussão geral quando a alegada ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada é debatida sob a ótica infraconstitucional, uma vez que configura ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que torna inadmissível o recurso extraordinário, como no caso dos autos. 4. O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido de que, não obstante o caráter contributivo do benefício previdenciário, é constitucional e plenamente possível a pena de cassação da aposentadoria nos casos de configuração de ato de improbidade administrativa. 5. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa do art. 1.021, § 4º, do CPC. Sem honorários, por se tratar de ação civil pública (art. 18 da Lei

Acesso ao Sumário

7.347/1985)" (ARE nº 1.257.379 AgR, 2ª Turma, Relator Min. Edson Fachin, j. 30/11/2020, DJe 11/12/2020).

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso confirmando-se a r. decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2142310-63.2021.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é agravante MUNICÍPIO DE ATIBAIA, é agravado LOJAS PERNAMBUCANAS FINANCIADORA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.165)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 10 de agosto de 2021.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Presentes os requisitos autorizadores da medida, surge correto o deferimento da tutela antecipada para suspender a exigibilidade da multa. Recurso improvido.

VOTO

A Fazenda Pública Municipal deduziu agravo de instrumento em face de r. ato decisório que concedeu a liminar (fls. 217 dos autos digitais em primeiro grau).

Faz uma breve síntese dos fatos. Argui ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal. Cita julgado favorável. Alega ausência de fundamentação. Sustenta que a decisão administrativa é amplamente fundamentada e segue critérios legais para fixação do quantum de pena de acordo com a ilegalidade praticada pelo fornecedor. Daí, pretender a reforma do r. ato decisório (fls. 1/7).

A agravada apresentou contraminuta (fls. 12/17).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Objetiva o demandante, por meio de ação anulatória, a "anulação do processo administrativo 7295/2019 - PD 3.684/2019, desconstituindo-se, assim, a multa aplicada, nos termos da fundamentação supra, o que afasta qualquer alegação de prática abusiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, confirmando-se, outrossim, a tutela de urgência concedida, com a condenação do réu ao pagamento das custas processuais, honorários de advogado e demais cominações legais. E) Caso esse juízo entenda ao final, o que se admite apenas por amor ao argumento, que não houve vícios que justifiquem a decretação de nulidade do processo administrativo, requer-se a readequação da quantia cominada a valor condizente com a gravidade das infrações e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, reduzindo-a ao patamar mínimo da sanção prevista na legislação municipal e nos termos do parágrafo único, do artigo 57, do Código de Defesa do Consumidor" (fls. 12 dos autos digitais em primeiro grau). Pediu, a "tutela de urgência, nos termos do artigo 300 e seguintes do Código de Processo Civil, para o fim de se determinar a suspensão da exigibilidade da multa arbitrada no processo administrativo 7295/2019 - PD 3.684/2019, e vencida, e que o réu se abstenha de inscrever a referida multa discutida nestes autos na Certidão da Dívida Ativa, pelas razões já antes apontadas" (fls. 11 dos autos digitais em primeiro grau).

O MM. Juiz de primeiro grau concedeu a liminar, "para PROIBIR o MUNICÍPIO DE ATIBAIA de inscrever na dívida ativa e ou cobrar, por qualquer meio e a qualquer título a multa imposta no Auto de Infração e Multa AIM nº 722, originado do Processo Administrativo nº 7295/2019, em nome da autora PREFISA S. A. CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO até oportuna decisão judicial a respeito" (fls. 217 dos autos digitais em primeiro grau).

Afasta-se a arguição de ausência de fundamentação e motivação. Claros se apresentam os fundamentos da r. decisão, que entendeu presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória. Inocorrência, pois, de afronta ao artigo 93, inciso IX, da Constituição da República ou artigo 489 do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

A discussão, neste passo, restringe-se ao cabimento ou não da antecipação da tutela de urgência, para suspensão da exigibilidade da multa aplicada. As questões concernentes ao mérito não podem ser apreciadas sob pena de suprimir grau de jurisdição.

Prevê a norma processual que "a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (art. 300, *caput*, do novo Cód. de Proc. Civil).

Assim, para a concessão da tutela provisória de urgência, na forma prevista no Código de Processo Civil, exige-se a demonstração do fundado receio

do dano ou o comprometimento da utilidade do resultado final do processo, bem como a plausibilidade do direito invocado.

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, descrito na norma, passível de ser assegurado pela antecipação da tutela, é o risco concreto e atual, capaz de impossibilitar a utilidade prática da futura sentença, comprometendo ou prejudicando, de forma potencial, o próprio direito invocado pela parte, o que se verifica no caso, pois pode haver a execução do débito a qualquer tempo.

De outra parte, os documentos trazidos aos autos permitem um juízo cognitivo mais profundo da questão, a ponto de convencer o MM. Juiz de Primeiro Grau da verossimilhança do direito alegado, surgindo correto o deferimento da antecipação da tutela.

Releva notar que "a afirmação verossímil versa fato com aparência de verdadeiro. Resulta do exame da matéria fática, cuja veracidade mostra-se provável ao julgador. O juízo de verossimilhança sobre a existência do direito do autor tem como parâmetro legal a prova inequívoca dos fatos que o fundamentam. (...) Seria necessário, aqui, não apenas versão verossímil dos fatos, mas também a existência de prova apta a revelar o elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor" (José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência – tentativa de sistematização, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 316).

Assim, em juízo de cognição sumária, verificam-se presentes os requisitos autorizadores da medida, pois o autor está sob o risco de ter seu nome inscrito no CADIN e ser protestado, o que lhe trará prejuízos de difícil reparação, apresentando-se correta a suspensão da exigibilidade da multa.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2158587-57.2021.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é agravado JOVANIL JORGE DOS SANTOS.

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 ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.729)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO NEGRINI

Acesso ao Sumário

FILHO (Presidente sem voto), ANTONIO TADEU OTTONI e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 11 de agosto de 2021.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Ementa: Acidente do trabalho – Execução – Diferenças de precatório – Atualização monetária – Depósito efetuado em maio de 2013 – Conta de diferenças elaborada com base na aplicação do IPCA-E – Inadmissibilidade conforme modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da utilização do índice de remuneração oficial da caderneta de poupança realizada pelo C. STF, nos autos da ADIN nº 4.357.

Dou parcial provimento ao recurso.

VOTO

RELATÓRIO.

Agravo de instrumento contra r. decisão que, em lide acidentária em fase de execução, homologou cálculo de diferenças do setor contábil oficial, elaborado com base em Manual de cálculos próprio da Justiça Federal, assim, procedendo à atualização monetária por meio do IPCA-E, até o depósito do débito, em maio de 2013 (decisão copiada à fl. 95).

Inconformado, o INSS aduz que a conta homologada e, por consequência, a decisão agravada estariam em descompasso ao quanto decidido por esta e. Corte, em análise de anterior agravo de instrumento interposto pelo segurado, no qual determinada a incidência de juros de mora entre conta original e inscrição do precatório, porém, sem alteração dos demais parâmetros de liquidação, sustentando, então, haver coisa julgada quanto à utilização da TR como índice de correção monetária. Assinala, assim, que a conta oficial não apura os juros em continuação deferidos, mas diferenças provenientes da aplicação de índice de atualização diverso da TR. Nesse passo, sustenta equívoco do juízo ao acolher tal montante e aponta que o total ainda devido, nos termos do julgado, perfaz o valor de R$3.235,68 para a data do depósito, trazendo planilha de cálculos. Requer a reforma da decisão atacada com reconhecimento do excesso de execução apontado (fls. 01/07).

Recurso tempestivo (fl. 96), processado com efeito ativo (fls. 106/109). Contraminuta às fls. 116/117.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Conforme narrado pelo agravante e se confirma dos documentos que for-

Acesso ao Sumário

mam o presente instrumento, trata- se de ação acidentária em fase de execução na qual, já havendo pagamento do débito principal inscrito em precatório, discutem as partes eventuais diferenças relativas ao valor pago.

O precatório foi inscrito em 1º de julho de 2012, com depósito em maio de 2013 (fl. 52 destes autos).

Alegando insuficiência do pagamento efetuado, o segurado apresentou cálculo de diferenças no qual fez incidir juros moratórios para todo o período entre conta principal e data do depósito, apurando um total de R$19.429,60 (cópias às fls. 73/74).

Oportuno notar que, embora citado cálculo não esclareça o índice de atualização adotado, em contraposição à planilha trazida nestes autos pelo INSS (fl. 89), revela-se a utilização da TR pelo autor.

Os autos foram remetidos à Contadoria oficial para conferência do valor cobrado (cópia à fl. 75), sendo que, em resposta, **sem qualquer determinação nesse sentido**, o setor contábil alterou o índice de correção utilizado pelo próprio exequente, adotando tabela de atualização própria da Justiça Federal, com indexação pelo IPCA-E. Apurou, assim, a título exclusivamente de atualização, um crédito remanescente de R$15.238,92 (conforme cópias de fls. 90/93).

Houve expressa discordância do INSS quanto aos montantes indicados tanto pelo autor quanto pela perita contábil oficial (fls. 78/80, destes autos).

Acolhendo a impugnação autárquica, o juízo de origem indeferiu o pedido de diferenças, entendendo pela impossibilidade de incidência de juros moratórios posteriores à conta original quando realizado o pagamento no prazo constitucional, hipótese dos autos (fl. 81).

Por sua vez, o credor interpôs agravo de instrumento (processo nº 2077205-18.2016.8.26.0000), o qual, parcialmente acolhido, resultou no afastamento da decisão para assegurar cabimento do cômputo dos juros moratórios apenas no período entre a data da conta original e inscrição do precatório, observado o percentual previsto na Lei nº 11.960/09 (v. acórdão trazido às fls. 83/87).

Nota-se, então, que, sendo denegado seguimento a Recurso Extraordinário autoral questionando a incidência de juros de mora até a data do depósito (fl. 88), o exequente requereu, nos autos da execução, a homologação do cálculo já elaborado pela Contadoria judicial, afirmando que este estaria de acordo com o v. acórdão supracitado (fl. 94).

Diante o requerimento formulado, o magistrado de primeiro grau homologou o cálculo oficial, decisão contra a qual se insurge a autarquia tendo em vista que a conta em questão não apura juros em continuação, mas sim supostas diferenças decorrentes da atualização do débito por critério diverso daquele devido.

E, com razão.

Acesso ao Sumário

De fato, é nítido que o cálculo oficial homologado procede **apenas e tão somente** à atualização do débito original por meio de Tabela de cálculos própria da Justiça Federal, a qual consigna expressamente a utilização do IPCA-E (fls. 90 e 93), não havendo, mesmo, conformidade de tal apuração aos termos do v. acórdão proferido por ocasião do agravo de instrumento anterior, no qual discutido e definido período e percentual de juros moratórios em continuação.

Não obstante, impõe-se registrar que, diversamente do que alega o INSS neste recurso, **não** consta do v. aresto anterior qualquer menção de que, no caso, a atualização do precatório inscrito deveria ocorrer pela adoção da TR.

Ainda assim, sobre o tema, primeiro vale repisar que, no caso, a Taxa Referencial foi adotada pelo próprio credor ao elaborar seus cálculos de diferenças (fls. 74 deste instrumento), já daí não se justificando o uso de índice diverso pelo setor contábil oficial, em prejuízo do ente devedor.

No mais e de toda maneira, cumpre lembrar que, na modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade do índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, o C. STF decidiu estender a eficácia do comando contido na Emenda Constitucional nº 62/09, para validar a utilização deste índice nos precatórios expedidos ou pagos até 25.03.2015, excepcionando apenas as hipóteses em que o depósito foi efetivado na vigência das Leis nº 12.919/13 e 13.080/15 (diretrizes orçamentárias), as quais estabelecem o IPCA-E como critério de correção monetária.

Na espécie, o depósito do precatório ocorreu em maio de 2013 (conforme fl. 52), portanto, anterior à vigência de supracitados diplomas e, como tal, não se enquadrando às situações excepcionais supracitadas.

Em suma, também por tal fundamento, mostra-se devida a utilização do índice oficial de remuneração da caderneta de poupança na atualização das diferenças pretendidas.

Anoto, porém, descaber homologação da conta do agravante (fl. 89), visto que, ao apurar as diferenças ainda devidas, não exclui do valor já pago a parcela relativa às verbas honorárias de sucumbência, resultando em saldo a menor.

Em conclusão, de rigor o provimento do recurso para determinar que nova conta seja elaborada, com observação às diferenças **efetivamente** devidas ao credor, quais sejam, os valores decorrentes dos juros moratórios no período entre conta original e inscrição do precatório, com atualização monetária conforme **TR**, índice espontaneamente adotado pelo exequente e, nos termos da modulação realizada pelo e. STF, legalmente cabível na hipótese.

POSTO ISTO, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2122103-43.2021.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante ROBSON ALUISIO CORTEZ SILVA, é agravado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao agravo de instrumento. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.239)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente), ANTONIO MOLITERNO e RICARDO GRACCHO.

São Paulo, 17 de agosto de 2021.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO.
LEVANTAMENTO DE VALORES. Extinção de incidente de requisição de pequeno valor - RPV pelo pagamento. Mandado de levantamento eletrônico. Expedição antes do trânsito em julgado da decisão que extinguiu o incidente. Possibilidade.
RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ROBSON ALUÍSIO CORTEZ SILVA contra a r. decisão proferida pela MM. Juíza *Dra. Ana Paula Theodosio de Carvalho*, nos autos de ação acidentária, ora em fase de cumprimento de sentença, que julgou extinto o incidente de requisição de pequeno valor RPV, determinando a expedição de mandado de levantamento eletrônico do montante depositado somente após decurso do prazo para eventual recurso (fl. 21 do incidente).

Sustenta o agravante, por meio de seu advogado *Dr. Lucas Valeriani de Toledo Almeida*, ilegalidade na decisão de se aguardar o trânsito em julgado da sentença para expedição do mandado de levantamento eletrônico, haja vista inexistir norma legal a fundamentar tal providência.

Alega, ademais, que diante dos efeitos econômicos da atual pandemia de coronavírus, torna-se ainda mais premente a necessidade de saque dos valores à sua disposição (fls. 1/5).

Foi atribuído efeito suspensivo ao recurso e solicitadas informações à

Acesso ao Sumário

laboriosa juíza de 1º Grau (fl. 7), prestadas a fl. 12.

O agravado não apresentou contraminuta (fl. 14).

RELATADOS, passo a decidir.

A irresignação do autor prospera.

Isto porque não há qualquer controvérsia pendente acerca do montante a ser recebido pelo credor, já depositado pela autarquia (fl. 20), sendo despropositada a determinação de levantamento de valores somente após trânsito em julgado de sentença extintiva do incidente.

Compulsando os autos do referido incidente (1019517-04.2014.8.26.0577/0001), observa-se que, na fase de cumprimento de sentença, foram homologados os cálculos apresentados pela autarquia, que contaram com a concordância do autor, determinando-se cadastramento dos respectivos incidentes de requisição dos valores cabíveis à parte autora e aos honorários advocatícios (fl. 6).

Desse modo, efetuado o pagamento, não há qualquer impedimento ao levantamento dos valores depositados antes do trânsito em julgado da extinção do incidente.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, nos moldes acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2161483-73.2021.8.26.0000, da Comarca de Serrana, em que é agravante JETHAPE SERVICOS MEDICOS LTDA., é agravado MUNICÍPIO DE SERRANA.

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 30.615).**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente), ALIENDE RIBEIRO e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 18 de agosto de 2021.

RUBENS RIHL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – ANTECIPAÇÃO DA

TUTELA – Interdição parcial de estabelecimento – Irregularidades constatadas durante fiscalização – Cancelamento da penalidade buscada em sede mandamental – Indeferimento da antecipação da tutela – Insurgência da empresa impetrante – Não acolhimento – Conduta infratora minuciosamente descrita – Não preenchimento dos requisitos elencados no art. 300, *caput*, do CPC – Decisão mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por JETHAPE SERVIÇOS MÉDICOS LTDA., objetivando a reforma da r. decisão reproduzida às fls. 12/14, na qual, no bojo do Mandado de Segurança nº 1000956-25.2021.8.26.0596, o Juízo *a quo* indeferiu a medida liminar pleiteada pela impetrante, ora agravante.

Inconformada, a agravante narra consistir em uma policlínica e exercer atividades médicas ambulatoriais, laboratoriais e serviços de diagnósticos por imagem. Relata que, em 08/07/2021, a Vigilância Sanitária do Município de Serrana lavrou auto de infração e auto de imposição de penalidade em seu desfavor, determinando a interdição parcial de seu estabelecimento. A agravante rechaça a prática de quaisquer irregularidades. Alega que os autos de infração e de imposição de penalidade são genéricos, sendo-lhe foi informado que o relatório completo correlato somente seria fornecido no prazo de 30 dias. Destaca prestar atividade essencial, fornecendo serviços na área da saúde tanto no âmbito particular, quanto no público, não se limitando ao território municipal. Frisa que a impugnada interdição parcial de seu estabelecimento também afeta negativamente o exercício de sua atividade profissional. Sustenta ter encartado os documentos necessários para o cancelamento da interdição parcial, quais sejam, a carteira funcional do responsável técnico e biomédico de seu laboratório; o Controle de Qualidade dos Laboratórios (Controlab); o Fluxo Geral do Laboratório; o Cadastro de Exames; os procedimentos técnicos da bioquímica, citologia, urinálise e paracitologia; o Plano de Gerenciamento de Resíduos; o documento da Abras; o Controle de Entrega de Exames; o quadro de funcionários e a respectiva escala de trabalho; as plantas aprovadas pela Vigilância Sanitária.

A agravante ainda observa ter sido erroneamente enquadrada como "Laboratórios de Análises e Pesquisas Clínicas, Patologia Clínica e Congêneres Autônomos". Nesse ponto, afirma ser qualificada como policlínica, e não laboratório clínico autônomo, pois presta serviços médicos e ambulatoriais, não restringindo sua atuação à realização de exames de diagnósticos por imagem.

Acesso ao Sumário

Salienta que a assinatura constante dos autos de infração e de imposição de penalidade foram assinados por fiscal já desligada de suas funções no momento da autuação. Nega a existência de comunicação física do laboratório "*que funciona em 3 salas com o local de diagnóstico de imagem onde estão o Raio X, Mamografia e Ultrassom. Além disso, todas as paredes são pintadas em cores claras e os pisos são apropriados*" (fl. 08). Frisa que o Departamento de Obra da Vigilância Sanitária possui ciência da estruturação de seu estabelecimento desde 2010. Salienta somente ser possível a lavratura de auto de infração quando houver perigo à saúde pública, nos termos do art. 127 da Lei nº 10.083/98. Argumenta o preenchimento dos requisitos para concessão do efeito ativo. Nesse contexto, requer a antecipação da tutela recursal, "*a fim de reformar, liminarmente, a Decisão proferida em primeiro grau e DEFERIR o pedido principal de cassação do AIP 012 e 013 para cancelamento da interdição*" (fl. 11). Ao final, requer o provimento de seu recurso, confirmando-se o pedido liminar.

Deferida a antecipação da tutela recursal (fls. 367/371), com resposta da parte contrária às fls. 385/390.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É, em síntese, o relatório.

Após os esclarecimentos prestados pelo Município de Serrana, vê-se que a irresignação recursal não comporta acolhimento.

Como é cediço, o mandado de segurança é ação constitucional destinada a amparar direito líquido e certo do impetrante, violado em razão de abuso de poder do impetrado, e está inteiramente disciplinado pela Lei n° 12.016/2009.

A concessão de liminar em ações mandamentais tem como pressupostos a aparência do bom direito, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, num primeiro juízo de mera verossimilhança, bem como o fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação.

No caso em tela, analisada a documentação encartada pela Municipalidade de Serrana, imperativo o indeferimento da tutela provisória de urgência, porquanto não evidenciados os requisitos legais para tanto, notadamente a probabilidade do direito, nos termos do art. 300, caput, do Código de Processo Civil.

In casu, a Divisão de Vigilância Sanitária da Secretaria Municipal da Saúde do Município de Serrana aplicou a penalidade consistente na interdição parcial do estabelecimento da agravante, no tocante ao Laboratório de Análises Clínicas e Patológicas.

De fato, consoante asseverado na decisão de fls. 367/371, o Auto de Imposição de Penalidade - AIP nº 012, colacionado à fl. 40 dos autos originários, não relata com a minúcia necessária a infração considerada de risco à saúde, mas tão somente aponta a legislação supostamente violada pela agravante, bem

Acesso ao Sumário

como os tópicos correlatos. Contudo, a conduta qualificada como infratora – e, portanto, autuada – está descrita pormenorizadamente no documento acostado às fls. 395/423 (Ficha de Procedimentos nº 24.000471/21).

Não é possível assegurar, ao que tudo indica, que a empresa agravante tinha ciência de tal documento. De outro giro, uma vez apresentadas as razões pelas quais foi aplicada a penalidade e não constatada, em juízo de cognição próprio da análise do pedido liminar em sede de mandado de segurança, patente violação aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e ampla defesa, de rigor a ratificação da presunção de veracidade da autuação.

Outrossim, o Município de Serrana logrou sucesso em infirmar os demais tópicos da insurgência recursal da empresa agravante, como a legitimidade da fiscal Flávia Guimarães dos Santos para proceder à indigitada autuação, a competência do Poder Público local para imposição da penalidade debatida e o afastamento do apontado *periculum in mora*. Aliás, nesse aspecto, evidenciado o *periculum in mora* reverso, diante da constatação de que as irregularidades verificadas no estabelecimento da agravante, durante a fiscalização, poderiam ocasionar risco iminente à saúde (fl. 397).

Logo, desnecessário acréscimo para se concluir pela manutenção da r. decisão agravada nos termos em que proferida pelo nobre Juízo monocrático.

Ademais, não são convenientes maiores digressões a respeito das demais matérias lançadas nas razões do agravo, ainda que se trate de questões de ordem pública, as quais podem ser interpretadas como antecipação do julgamento e supressão de um grau de jurisdição, observando-se que seu exame pode exigir dilação probatória.

Ressalta-se, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao desate do recurso. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, 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 (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixa-se 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.

Acesso ao Sumário

Daí porque, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2173762-91.2021.8.26.0000, da Comarca de Votuporanga, em que é agravante BONO ENERGIAS RENOVÁVEIS LTDA., é agravado FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE VOTUPORANGA.

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.550)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 20 de agosto de 2021.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. Licitação. Decisão agravada que reconheceu nulidades de itens do edital e os atos subsequentes. Alegação de acúmulo de exigências de qualificação econômico-financeira. Súmula 275 do TCU. Viável a suspensão da licitação, até que se decida sobre a validade das exigências do edital. Decisão reformada parcialmente. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de liminar interposto por Bono Energias Renováveis Ltda. contra a r. decisão de fls. 166/167 que indeferiu liminar em mandado de segurança para reconhecer a nulidade de itens do edital e os atos subsequentes, invocando a Súmula nº 27 do TCE.

Recorre o agravante alegando que foi violado o art. 31, § 2º da Lei nº 8.666/93, pois a agravada cumulou exigências de qualificação econômico-financeira, ao exigir capital social mínimo, além de caução de 5% do valor do contrato (art. 56). Invoca a Súmula nº 275 do TCU.

O pedido de liminar foi deferido em parte para determinar a suspensão da licitação (fls. 174/175).

A Fundação ofertou contrarrazões às fls. 190/184.

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato ilegal de autoridade administrativa vinculada à Fundação Educacional de Votuporanga - FEV, consubstanciado na publicação de Edital de Licitação que não cumpre as exigências da Lei nº 8.666/93.

A decisão recorrida de fls. 166/167 indeferiu liminar para reconhecer a nulidade de itens do edital e os atos subsequentes, invocando a Súmula nº 27 do TCE.

Foi deferida liminar em parte as fls.174/175 para determinar a suspensão da licitação.

Insurge-se a agravante.

2. Razão assiste em parte a agravante.

Note-se que inviável seria que, em sede de agravo de instrumento se reconhecesse a nulidade dos itens do edital e dos atos subsequentes, sem sequer o estabelecimento do contraditório.

Além disso, inviável, ainda, seja determinada a retomada do certame, pois eventualmente poderá a autoridade administrativa até anular a licitação de ofício e até decidir não a realizar mais.

Contudo, viável a suspensão da licitação, até que se decida sobre a validade das exigências do edital.

3. Quanto a concessão da liminar, a urgência é evidente, pois o prosseguimento da licitação poderá prejudicar a demanda e a pretensão da agravante.

O relevante fundamento está presente, pois ao que parece, num exame sumário, adequado para esta fase processual, a agravada teria cumulado a exigência de capital social mínimo, com a garantia de caução de 5%, contrariando a letra do art. 31, § 2º da Lei nº 8.666/93, que faculta alguma das exigências (usando sempre a expressão ***"ou"***).

Neste sentido a Súmula nº 275 do TCU:

SÚMULA Nº 275 Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, **de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado**, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

Note-se que a Súmula nº 27 do TCE, alegada na decisão agravada, se refere a situação diversa, pois envolve a caução para participar da licitação e não

Acesso ao Sumário

para a contratação.

Já a Súmula 275 do TCU e o caso em exame, tratariam de caução para a contratação.

Em casos análogos, esta Corte já decidiu:

1009809-32.2017.8.26.0606

Classe/Assunto: Apelação Cível/Dano ao Erário

Relator: Luís Francisco Aguilar Cortez

Comarca: Suzano

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 14/07/2020

Data de publicação: 14/07/2020

Ementa: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Irregularidades em licitação para a contratação de "agência de publicidade para serviços de divulgação e publicação de atos oficiais" – Israel Sampaio de Lacerda Filho, Presidente da Câmara Municipal de Suzano **que ampliou indevidamente o objeto da licitação de forma a reduzir a competitividade do certame – Competitividade reduzida também por conta da exigência de qualificação técnica, de apresentação de certidões negativas de tributos estaduais e municipais e pela cumulação de exigência de garantia e de capital social mínimo – Precedentes e Enunciado** nº 275 da Súmula do TCU **– Ausência de pesquisa prévia de preços** – Vício que, aliado à ausência de determinação precisa no edital e à emissão de notas fiscais que não descreviam os serviços prestados, permite o pagamento além do previsto contratualmente Realização de despesa sem empenho – Violação ao art. 60, *caput*, da Lei nº 4.320/64 – Prejuízo ao Erário – Valor minorado – Dano *in re ipsa* – Precedentes – Culpa caracterizadas em relação aos corréus – Precedentes – Desnecessidade de produção das provas requeridas em 1º Grau – Sanções reduzidas – Recursos parcialmente providos.

Deste modo, de rigor o provimento parcial, para suspensão do certame.

Isto posto, o **recurso é conhecido e parcialmente provido para suspender o certame**, ficando, no mais, mantida a r. decisão agravada.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº

2118496-22.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é agravante VERA LÚCIA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado DIRETOR(A) DA ESCOLA ESTADUAL SENADOR AFONSO ARINOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.014)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 1º de julho de 2021.

AFONSO FARO JR., Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – TUTELA DE URGÊNCIA – Indeferimento – Probabilidade do direito e do perigo de dano – Não caracterização – Matéria afeta a dilação probatória – Decisão mantida.
AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão monocrática de fls. 355/356 dos autos do agravo de instrumento, que rejeitou o pedido de tutela de urgência.

Sustenta, em síntese, os mesmos argumentos lançados em inicial para justificar a modificação da decisão, com o fim de assegurar que a parte agravante (professora da rede pública) continue trabalhando remotamente até que seja vacinada com as 2 doses da vacina contra o vírus da COVID-19 e para que não seja apontada nenhuma ausência para a parte agravante, que apesar de já estar vacinada, trabalhou remotamente alguns dias quando ainda não estava vacinada.

Contraminuta do agravado, no sentido do desprovimento do recurso (fls. 16/17).

É uma síntese do necessário.

Retorna a agravante à sede recursal, sem trazer fatos ou fundamentos novos que possam motivar a desconstituição da decisão atacada que justificou o indeferimento do pedido de tutela de urgência.

As alegações da agravante não são suficientes a alterar a convicção deste Julgador quanto à inexistência de elementos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela recursal no caso concreto, eis que se mantém a ausência de urgência no pedido a justificar a antecipação antes da dilação probatória neces-

Acesso ao Sumário

sária.

No mesmo sentido:

"AGRAVO INTERNO. Tutela Recursal. Subsistente a decisão que negou a antecipação de seus efeitos, eis que os argumentos trazidos nesta sede constituem repetição daqueles expostos no agravo de instrumento, além de insuficientes para alterar a convicção quanto à inexistência de elementos que a autorizem. RECURSO NÃO PROVIDO." (Agravo Regimental nº 2250186-53.2016.8.26.0000/50000, 11ª Câmara de Direito Público, Relator Jarbas Gomes, j. 14.02.17).

"AGRAVO INTERNO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO COM AS PEÇAS NECESSÁRIAS – TEMA 810 E. STF – CORREÇÃO MONETÁRIA. Pretensão da agravante para reconsideração da decisão monocrática, que não conheceu do recurso de Agravo de Instrumento interposto, tendo em vista ausência de peças necessárias ao deslinde recursal. Agravante devidamente intimada a colacionar aos autos a cópias necessárias para viabilizar o exame do quanto impugnado – Inteligência dos artigos 1.017, § 3º c.c. 932, par. único, ambos do atual Diploma Processual Civil – Agravante que desatendeu a determinação expressa de juntar as cópias. Não conhecimento do recurso de agravo de instrumento monocraticamente, nos termos do artigo 932, III do CPC. AGRAVO INTERNO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – Agravante que deixa de trazer argumentos novos, capazes de atacar a decisão monocrática, a qual fica mantida. Agravo interno não provido" (Agravo Interno nº 3001467-02.2019.8.26.0000/50000, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Leonel Costa, j. 22.04.20).

Ausentes, portanto, os requisitos necessários, a hipótese em questão comportava mesmo o indeferimento do pedido antecipatório, motivo pelo qual se nega provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000437-11.2021.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante CELINA APARE-

CIDA MACARENCO, é apelado MUNICIPIO DE LEME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 32.264)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 15 de junho de 2021.

Jeferson MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "MANDADO DE SEGURANÇA – Professora de educação básica, lotada na secretaria da saúde – Pretensão de garantir o direito ao afastamento ou teletrabalho enquanto durar a pandemia – Decretos Municipais n 7365/2020 e 7.583/2021 que não garantem tal direito genericamente – Necessidade de observância, no caso concreto, de outros fatores, tais como, níveis de transmissão, adoção de medidas protetivas no local de trabalho e vacinação aos detentores de comorbidades – Inocorrência de ilegalidade na decisão administrativa que indeferiu o pedido – Ausência do direito líquido e certo – Sentença que denegou a segurança mantida – Recurso desprovido."

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **CELINA APARECIDA MACARENCO** contra ato do **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LEME E DA SECRETÁRIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO.** Alega, em síntese, ser servidora pública municipal, Professora de Educação Básica, lotada na Secretaria de Educação. No entanto, mesmo pertencendo ao grupo de risco, teve indeferido seu pedido administrativo para se manter afastada de suas atividades profissionais presencialmente, em afronta à orientação da OMS e do Decreto Municipal nº 7.365 de 20 de março de 2020. Postula a concessão da segurança para determinar que as autoridades coatoras afastem compulsoriamente a impetrante de suas atividades presenciais, mantendo-a em regime de teletrabalho, sem prejuízo de sua remuneração.

A r. sentença de fls. 103/108 denegou a segurança, sem condenação em custas e honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

Apela a impetrante (fls. 118/136). Sustenta possuir comorbidades, estando no grupo de risco para o Covid-19 e que sua atividade não é essencial, motivo pelo qual, postula o direito de seu afastamento das atividades presenciais, nos termos da inicial e em razão do atual agravamento da crise sanitária no país.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 160/166).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls.189/190).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

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.

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 n° 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. 2°:

> *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 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.

No âmbito municipal, foi editado o Decreto n° 7.365 de 16 de março de 2020, que assim estabeleceu:

> *Art. 1º – Fica vigente o ESTADO DE EMERGÊNCIA, e os Secretários de Saúde, Educação, Assistência e Desenvolvimento Social, Adminis-*

Acesso ao Sumário

tração, e todas as demais Secretarias Municipais, o Procurador Geral do Munícipio, e os dirigentes máximos de entidades autárquicas e que recebam recurso público, adotarão as providências necessárias em seus respectivos âmbitos visando à suspensão:

(...)

II – de aulas no âmbito da Secretaria Municipal de Educação, estabelecendo-se, no período de 16 a 20 de março de 2020, a adoção gradual dessa medida e suspensão total a partir do dia 23 de março;

(...)

Art. 2º - O cumprimento do disposto no artigo 1º não prejudica nem supre:

(...)

II – análise da condição específica de servidores públicos do grupo de riscos: idosos, gestantes ou que apresentem comorbidades (Cardiopatia, diabéticos, Pneumopatias, pacientes imunossuprimidos, neoplasias em tratamento etc).

Posteriormente, foi editada a Lei Municipal nº 821 de 31 de março de 2020:

Art. 1° – Esta lei disciplina a adoção das medidas excepcionais estipuladas na vigência do estado de emergência ou calamidade pública pelo Chefe do Poder Executivo ou o Secretário Municipal, Procurador ou Presidente de Autarquia de cada pasta, que, no âmbito da prestação de serviços públicos essenciais ou não, poderão instituir regime de compensação de horas, e antecipação de férias dos servidores públicos.

(...)

§2º Os titulares dos órgãos da Administração Direta, Autarquias e Fundações, continentes de *unidades de atendimento ao público, resguardada a manutenção integral dos serviços essenciais,* ***deverão avaliar a possibilidade de suspensão, redução ou alteração dos serviços, implementação de novas condições e restrições temporárias na prestação e acesso****, bem como outras medidas, considerando a natureza do serviço e no intuito de reduzir, no período de emergência ou calamidade pública, o fluxo e aglomeração de pessoas nos locais de atendimento,* ***em especial das pessoas inseridas, segundo as autoridades de saúde e sanitária, no grupo de risco*** *de maior probabilidade de desenvolvimento dos sintomas mais graves decorrentes da infecção pelo coronavírus.*

(...)

Art. 5° – Os servidores públicos municipais integrantes de grupos de riscos à COVID-19 ***deverão receber tratamento especial durante o período que perdurar o combate à pandemia do coronavírus no Município de Leme****, assim considerado o período de vigência de estado de emergência ou outro que vier a substituí- lo, dispensando-os da avaliação pericial de que trata este dispositivo mediante despacho fundamen-*

Acesso ao Sumário

tado do superior mediato e imediato após apresentação de documentos médicos hábeis. (g.n.).

Sobreveio o Decreto Municipal n° 7.583 de 26 de janeiro de 2021, dispondo sobre o retorno às aulas e atividades presenciais nas unidades das redes pública e privada de ensino no Município de Leme e, estabelecendo em seu art. 4º:

Art. 4º - O retorno às aulas e atividades presenciais nas Unidades Escolares do Ensino Público Municipal, a partir de 08 de fevereiro de 2021, de acordo com o calendário escolar, deverá contar com medidas sanitárias e protocolos específicos para o combate ao coronavírus, contribuindo com a retomada segura, gradual e essencial de tais atividades conforme Decreto Estadual nº 65.384 de 17 de Dezembro de 2020.

§1º: Os servidores que se comprovadamente possuírem 60 (sessenta) anos ou mais, bem como as servidoras gestantes serão afastadas de plano das atividades de retomada.

§2º: ***Os demais casos serão analisados individualmente a partir da perspectividade da essencialidade das atividades educacionais e protocolos sanitários.***

§3º A Secretaria Municipal de Educação poderá mediante ato próprio, convocar servidores para a prestação de atividades presencias em seus respectivos locais de trabalho. (g.n.).

Da leitura dos dispositivos acima citados, pode-se aferir que a decisão administrativa que indeferiu o pedido da apelante, no sentido de ser mantida afastada das atividades presenciais enquanto durar a pandemia do COVID-19, não se mostra ilegal ou desarrazoada.

Em observância ao disposto no §2° do Decreto Municipal 7.583/2021, o caso da apelante foi analisado individualmente e o fato de a mesma encontrar-se lotada na Secretaria e não em sala de aula, provavelmente diminui o risco de contágio e não lhe retira o caráter essencial de sua função na rede de ensino.

Vale ressaltar que as normas municipais, especialmente a Lei Municipal nº 821/2020, garantiram "tratamento especial" aos servidores integrantes do grupo de risco para a COVID-19, o que não significa direito líquido e certo ao seu afastamento durante toda a pandemia.

Isso porque, o reconhecimento do direito aqui postulado, de afastamento ou teletrabalho enquanto durar a pandemia, é deveras genérico, existindo outros fatores a ser analisados em conjunto, como por exemplo, fases e níveis de transmissão, adoção de plano de retomadas com medidas protetivas e sanitárias e especialmente a possibilidade de a apelante já ter sido vacinada, em razão de suas comorbidades (asma, hipertensão arterial e obesidade) ou a sua iminência, em razão da idade (59 anos).

Por todo o exposto, entendo que a r. sentença que denegou a segurança

deve ser mantida.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027720-95.2019.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado S.F.C.

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 38.112)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente) e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 4 de julho de 2021.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação civil pública – Dano moral coletivo – Pleito de indenização advindo de infração de trânsito decorrente do uso indevido de vaga de estacionamento, ora destinada para uso exclusivo de idosos e pessoas com deficiência – Descabimento – Dano Moral coletivo afastado, posto que exige razoável significância – Não basta a mera infringência à lei que, embora a conduta seja reprovável, não houve, na hipótese em apreço, repercussão social suficiente para configurar o dano moral coletivo, sendo necessário gravame suficiente para refletir alteração social. Precedentes deste E. Tribunal. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública contra S.F.C., perante o Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Ribeirão Preto, argumentando que apurou-se no âmbito do inquérito civil que

Acesso ao Sumário

instrui a inicial, que o réu, ou terceira pessoa por ele autorizada, estacionou seu veículo de maneira indevida em vaga devidamente sinalizada como de uso exclusivo de pessoa portadora de deficiência ou de pessoa idosa. Acrescenta que a mera punição administrativa não tem se mostrado eficaz para coibir o uso indevido de vagas reservadas, o que gera uma série de dificuldades aos reais beneficiários das vagas. Salientou que o uso indevido das vagas reservadas configura uma postura discriminatória e desrespeita direitos assegurados pela Constituição Federal e normas infraconstitucionais, caracterizando dano moral coletivo. Em decorrência disso, pleiteou a condenação da requerida ao pagamento de indenização no valor de R$ 4.000,00, destinada ao Fundo Municipal do Idoso. Assim, postulou pela procedência da ação.

A r. sentença de fls. 104/107, julgou improcedente a ação, nos moldes do art. 487, inciso I, do CPC, concedendo a gratuidade processual ao requerido.

O Ministério Público do Estado de São Paulo apelou a partir de fls. 112, reiterando os termos da exordial, pedindo reforma e o acolhimento do recurso.

As contrarrazões vieram a partir de fls. 121.

Opina a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 136/140).

O recurso foi recebido no duplo efeito, nos moldes do art. 1.012, *caput*, do NCPC.

É o relatório.

Pelo depreendido dos autos, a questão é exclusivamente de direito, sendo certo que o contexto de ordem fática está adstrito aos documentos e provas já existentes nos autos, propiciando o conhecimento de plano da matéria.

No mérito, trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do requerido S.F.C., alegando que estacionara o seu veículo, ou permitira que terceira pessoa por ele autorizada o fizesse, de maneira indevida em vaga devidamente sinalizada como de uso exclusivo de pessoa portadora de deficiência ou de pessoa idosa.

Acresce-se, relatando que a mera punição administrativa não tem se mostrado eficaz para coibir o uso indevido de vagas reservadas, o que gera uma série de dificuldades aos reais beneficiários das vagas. Ainda, salientou que o uso indevido das vagas reservadas configura uma postura discriminatória e desrespeita direitos assegurados pela Constituição Federal e normas infraconstitucionais, caracterizando dano moral coletivo. Assim, em decorrência disso, pleiteou a condenação do requerido ao pagamento de indenização no valor de R$ 4.000,00, destinada ao Fundo Municipal do Idoso.

Com efeito, a Constituição Federal ao dispor ser função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses

difusos e coletivos, não estabeleceu qualquer forma de contenção de suas atribuições (art. 127, 129, inciso III).

Nesta conformidade, plausível o entendimento pela legitimidade ativa, pois o contexto constitucional, especificamente, do art. 5º, da Lei n. 7347/85 não consta contrariedade legal para tal reconhecimento de sua legitimidade *ad causam* por parte do Ministério Público do Estado de São Paulo.

No entanto, no presente caso, ainda que louvável o Ministério Público do Estado de São Paulo buscar maior proteção dos direitos coletivos dos idosos e deficientes, a condenação pelo dano moral coletivo não se justifica, considerando que o requerido fora autuado na esfera administrativa.

Nestes termos, tem-se que não é qualquer atentado capaz de ensejar dano moral coletivo e difuso, sendo que o fato transgressor exige razoável significância e desborde dos limites da tolerabilidade.

Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi se, por um lado, o dano moral coletivo não está relacionado a atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico) e se configura em razão do próprio ilícito, dispensando a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral, de outro, somente ficará caracterizado se ocorrer uma lesão a valores fundamentais da sociedade e se essa vulneração ocorrer de forma injusta e intolerável (REsp nº 1.502.967/RS, Terceira Turma, j. em 07/08/2018).

Por consequência, denota-se que a indenização no âmbito civil, ainda que se insinue justa e na melhor das intenções, ora com intuito em desestimular o comportamento ilícito dos condutores, não basta a mera infringência à lei, sendo necessário gravame suficiente para refletir alteração social para configuração dos danos morais coletivos, o que não verificado no caso dos autos.

Neste sentido, cabe neste caso reproduzir entendimento exposto por esta relatoria que vai de encontro ao posicionamento desta Câmara, por amoldável à espécie, cita-se julgados, sobre o tema ora versado:

"RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Ministério Público do Estado de São Paulo que pretende a condenação da ré no pagamento de indenização por supostos danos morais coletivos, ocasionados pela conduta de estacionar veículo indevidamente em vaga destinada às pessoas portadoras de deficiência – Inexistência de dano moral coletivo na espécie – Ausência de comprovação clara e inconteste de que a conduta praticada provocou profunda comoção ou abalo social nos munícipes – Conduta que, ademais, já é punida no âmbito administrativo – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Recurso não provido." (Apelação Cível nº 1008020-02.2020.8.26.0506; Des. **Marcos Pimentel Tamassia**, j. em 28 de maio de 2021)

"APELAÇÃO – Ação Civil Pública – Pedido de danos morais difusos,

Acesso ao Sumário

a serem fixados em caráter pedagógico, em função do uso indevido de vaga reservada para pessoas portadoras de deficiências ou idosas – Ausência de demonstração de que a conduta atribuída ao réu tenha ultrapassado o limite entre a reprovabilidade e o efetivo prejuízo à comunidade – Existência de mecanismos administrativos que, caso correta e rigorosamente aplicados pelo Poder Público, já se mostrariam suficientes à punição e ao desestímulo de condutas similares à *aqui combatida – Requerido que foi autuado e apenado com as sanções previstas no artigo 181, XX, do Código de Trânsito Brasileiro – Recurso não provido."* (Apelação Cível nº 1027732-12.2019.8.26.0506; Des. **Aliende Ribeiro**; j. em 15 de abril de 2021)

"APELAÇÃO – Ação Civil Pública – Indenização por dano moral difuso – Uso indevido de vaga de estacionamento destinada à deficiente físico ou idoso – Legitimidade ativa do Ministério Público – Interesse de agir presente apenas em parte, considerada a adequação da via eleita e a tutela, em tese, de interesses de idosos e de portadores de deficiência – Conduta isolada e individual, contudo, sem repercussões na ordem coletiva, verificada, de plano, pelo teor da demanda – Ausência, nesse ponto, de requisito específico e necessário da ação de indenização por dano difuso – Quadro próprio de ampliação exagerada do instituto em foco, a desaguar na vala residual de falta de interesse processual, por inutilidade, constatada aprioristicamente (ante a demanda posta em juízo), da prestação jurisdicional – Sentença reformada para a improcedência da demanda. RECURSO PROVIDO." (Apelação Cível nº 1007962-96.2020.8.26.0506; Des. **Vicente de Abreu Amadei**; j. em 18 de fevereiro de 2021).

Salienta-se que a jurisprudência é maciça ao analisar a presente questão, não reconhecendo, também, tal pretensão na forma imposta. Nesse sentido, por inteiramente amoldável à espécie, cita-se alguns julgados das demais Câmaras deste Tribunal:

"Apelação – Ação Civil Pública – Indenização por dano moral coletivo – Estacionar veículo indevidamente em vaga destinada exclusivamente a pessoa portadora de deficiência ou idosa – Ausente abalo intolerável, potencialmente grave, a causar lesão a valores morais ou a interesse coletivo, que comporte tutela jurídica indenizatória – Sanções administrativas suficientes e eficazes para coibir tal prática – Precedentes – Preliminar rejeitada – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido." (Apelação Cível nº 1037115-14.2019.8.26.0506; **2ª Câmara** de Direito Público; Des. Renato Delbianco; j. em 21 de maio de 2021).

"Apelação Cível – Ação Civil Pública – Pretensão à imposição de dever de indenizar, por ofensa à moral difusa, decorrente do uso indevido de vaga exclusiva para idosos – Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo para ratificação da bem fundamentada sentença em

Acesso ao Sumário

Primeiro Grau – Em que pese a independência entre as esferas de responsabilização administrativa e civil, e a relevância da proteção específica aos direitos dos idosos, a conduta pontual e já penalizada, em esfera administrativa, não é bastante a gerar a pretensão debatida – Ato ilícito que, por sua magnitude singular, não possui potencial lesivo em relação à moral difusa indicada – Precedentes – Sentença mantida – Recurso não provido." (Apelação Cível nº 1037148-04.2019.8.26.0506; **3ª Câmara** de Direito Público; Des. Marrey Uint; j. em 27 de maio de 2021).

"RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE VAGA DE ESTACIONAMENTO RESERVADA A IDOSOS OU PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS – PRETENSÃO À CONDENAÇÃO DA PARTE RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS – IMPOSSIBILIDADE. 1. Preliminarmente, interesse processual da parte autora, reconhecido. 2. No mérito da lide, a conduta praticada pela parte ré, relacionada à utilização indevida de vaga de estacionamento reservada a idosos e portadores de necessidades especiais, embora reprovável, não autoriza o reconhecimento da existência de dano moral coletivo indenizável. 3. A caracterização do dano moral difuso exige a ocorrência de grave violação dos valores fundamentais da coletividade, acarretando intranquilidade social, além do tolerável. 4. Danos morais coletivos, passíveis de reconhecimento e reparação, não caracterizados. 5. Precedentes da jurisprudência do C. STJ e, inclusive, deste E. Tribunal de Justiça. 6. Ação civil pública, julgada procedente, em Primeiro Grau de Jurisdição. 7. Sentença recorrida, reformada. 8. Ação, julgada improcedente, invertido o resultado inicial da lide, sem a condenação da parte vencida ao pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência. 9. Recurso de apelação, apresentado pela parte ré, Fernanda do Nascimento, provido." (Apelação Cível nº 1007815-70.2020.8.26.0506; **5ª Câmara** de Direito Público; Des. Francisco Bianco; j. em 28 de maio de 2021).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INDENIZATÓRIA – Pretensão ao recebimento de indenização por dano moral difuso, em razão de ter o réu estacionado em vaga exclusiva de pessoa com deficiência física ou idosa – Impossibilidade – Ausência de conduta ilícita com efetivo potencial de transcendência de danos individuais – Precedentes – Sentença de procedência. Preliminares rejeitadas e recurso provido." (Apelação Cível nº 1041124-19.2019.8.26.0506; **6ª Câmara** de Direito Público; Des. Reinaldo Miluzzi; j. em 26 de maio de 2021).

"Apelação Cível – Ação Civil Pública – Indenização por danos morais coletivos – *Uso indevido de vaga de estacionamento destinada para uso exclusivo de idosos e pessoas com deficiência – Não configurado dano moral coletivo – Sentença de improcedência mantida – Suficiência da penalidade administrativa – Precedentes. Recurso improvido."* (Apelação Cível nº

Acesso ao Sumário

1007998-41.2020.8.26.0506; **7ª Câmara** de Direito Público; Des. Eduardo Gouvêa; j. em 21 de maio de 2021).

"APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. DANO MORAL DIFUSO. Não configuração. Pretensão indenizatória direcionada à condutora pelo estacionamento irregular de veículo em vaga especial destinada a pessoas idosas e portadoras de deficiência. Sem embargo da reprovabilidade da conduta, a violação, isolada, da norma de trânsito não tem o condão de irradiar efeitos para fulminar o bem social protegido. A conduta ensejadora do dano moral coletivo deve ostentar alto grau de reprovabilidade e provocar desordem social. Indispensável coibir o desvirtuamento e a banalização do instituto. Não é possível interpretar que o fato caracteriza ilícito com aptidão para determinar o dano moral. A utilização indevida de vaga reservada consubstancia conduta associada à falta de educação no trânsito não reúne potencial para determinar a vulneração do direito coletivo tutelado, ainda mais por se tratar de condutora idosa, que também goza de condição especial. Inegável o dever de respeitar o direito exclusivo do deficiente, a despeito da condição pessoal da Apelada, porém este fator contribui com o entendimento adotado. Transgressão punida a contento com imposição de multa pecuniária e pontuação na CNH da condutora. A conduta ensejadora do dano social deve ser dotada de alto grau de reprovabilidade, sob pena de desvirtuamento e banalização do instituto. Ausência de repercussão moralmente danosa. Sentença mantida NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO." (Apelação Cível nº 1027452-41.2019.8.26.0506; **8ª Câmara** de Direito Público; Des. José Maria Câmara Junior; j. em 20 de maio de 2021).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Danos morais difusos – Estacionamento de veículos em vagas reservadas aos idosos e deficientes – Ato reprovável que constitui infração à Lei de Trânsito, sujeita à imputação de penalidades – Conduta que não transborda os limites da tolerabilidade, tampouco provoca desordem social – Dano moral difuso não configurado – R. Sentença mantida. Recurso improvido." (Apelação Cível nº 1027689-75.2019.8.26.0506; **9ª Câmara** de Direito Público; Des. Carlos Eduardo Pachi; j. em 05 de maio de 2021).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão à condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral difuso por estacionar em vaga reservada a pessoa com deficiência – Única infração *de trânsito cometida pela ré – Ausência de repercussão social – Dano moral difuso não caracterizado – Sentença de improcedência – Recurso não provido"* (Apelação Cível nº 1027733-94.2019.8.26.0506; **10ª Câmara** de Direito Público; Des. Antônio Carlos Villen; j. em 14 de junho de 2020).

Destarte, denota-se, em arremate, que não basta a mera infringência à lei que, embora a conduta seja reprovável, não houve, na hipótese em apreço, repercussão social suficiente para configurar o dano moral coletivo, sendo ne-

cessário gravame suficiente para refletir alteração social.

Pelo exposto, conforme a fundamentação acima colacionada, nada há para alterar na r. sentença recorrida, a qual deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002740-51.2020.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MUNICÍPIO DE MARÍLIA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.613)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 30 de junho de 2021.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. PRETENSÃO DE RECOMPOSIÇÃO AMBIENTAL DE ÁREA DE DESCARTE IRREGULAR DE RESÍDUOS SÓLIDOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DO RÉU. ATO ILÍCITO DEMONSTRADO PELA PROVA DOCUMENTAL. LOCAL INTERDITADO PELA CETESB DEVIDO À EXISTÊNCIA DE INÚMERAS IRREGULARIDADES. OMISSÃO DA MUNICIPALIDADE NO DEVER DE ENCERRAMENTO E RECUPERAÇÃO DO ATERRO. OBRIGAÇÕES DE FAZER CORRETAMENTE IMPOSTAS NA R. SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

PREFEITURA MUNICIPAL DE MARÍLIA interpõe recurso de apelação contra a r. sentença (fls. 81/87), que, em ação civil pública ambiental proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, julgou procedente os pedidos, para condenar o réu apelante a "a) apresentar o projeto de recuperação ambiental da área referida na inicial, conforme as diretrizes estabelecidas pela CETESB; b) executar o projeto de encerramento e recuperação ambiental, conforme as diretrizes estabelecidas pela CETESB" (fl. 86).

Sustenta, preliminarmente, falta de interesse de agir, pois considera desnecessária a tutela jurisdicional. Alega, ademais, que a tutela de urgência foi concedida em sentença mesmo sem pedido da parte contrária. No mérito, avalia haver indevida intromissão do Judiciário em atos discricionários do Executivo. Cita jurisprudência sobre a matéria. Aguarda o provimento do apelo e a improcedência da ação; subsidiariamente, postula a redução e a limitação das *astreintes* (fls. 95/107).

Recurso processado e contrariado.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento recursal.

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo com o objetivo de impor ao Município de Marília/SP o dever de recomposição ambiental de área objeto de aterro irregular.

Inicialmente, afasto as preliminares.

Há interesse na obtenção da tutela jurisdicional, pois as irregularidades apuradas ainda não foram sanadas.

A concessão da tutela de urgência "ex officio" está abrangida pelo poder geral de cautela do juiz, instituto especialmente aplicável no caso, diante da relevância do bem jurídico em debate (meio ambiente).

No mérito, o recurso não comporta provimento.

O descumprimento do dever relacionado à correta destinação dos resíduos sólidos restou comprovada pela prova documental (fls. 34/44).

Acesso ao Sumário

As irregularidades do aterro redundaram, inclusive, em sua interdição pela CETESB, devido ao risco ambiental e à saúde pública.

As medidas reparatórias impostas na r. sentença, ademais, têm respaldo na prova técnica produzida.

Nem se alegue que a pretensão ministerial configuraria indevida intromissão do Poder Judiciário junto ao Executivo, pois não há discricionariedade em se tratando de ato ilícito contra o meio ambiente.

No mais, como bem observou a Procuradoria Geral de Justiça, "*Trata-se, portanto, de caso de política pública sobre direito fundamental que não escapa*

ao controle judicial" (fl. 129).

Nesse cenário, inafastável a responsabilidade do município réu pela reparação dos danos elencados na petição inicial.

Nesse sentido, já decidi:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. DESPEJO IRREGULAR DE RESÍDUOS SÓLIDOS PRATICADOS PELOS CORRÉUS, PROVOCANDO DANOS AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA MUNICIPALIDADE DE FRANCO DA ROCHA, POR OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO. DEVER DE REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS APURADOS. INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS IRRECUPERÁVEIS. MANTIDA A MULTA DIÁRIA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES. RECURSO DESPROVIDO" (Ap. nº 0009441-13.2011.8.26.0198).

Por fim, nenhum reparo a fazer quanto a multa fixada para a hipótese de descumprimento das obrigações.

As "astreintes", como se sabe, só incidirão em caso de relutância dolosa do recorrente. Além disso, caso atinja montante exorbitante, poderão revistas em execução de sentença, nos termos do artigo 537, §1º, do NCPC.

Por tais razões, mantém-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022699-76.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RICARDO ANTONIO GASQUE CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DETRAN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram, com determinação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.090)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 2 de julho de 2021.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CAUSA DE PEDIR E PEDIDOS DIRECIONADOS AO DESBLOQUEIO DE PRONTUÁRIO (CNH) DO AUTOR COM FUNDAMENTO EM VIOLAÇÃO AOS ARTS. 265 E 290 CTB E RESOLUÇÃO CONTRAN 182/2005, ART. 24 – **COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – LEI Nº 12.153/09 – AÇÃO PROPOSTA EM 07/05/2018 – VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS – MATÉRIA QUE NÃO SE ENQUADRA NAS EXCEÇÕES DO ART. 2º, §1º, DA LEI 12.153/09 OU NOS PROVIMENTOS DO CSM NºS 1.768/10, 1.769/10 E 2.203/14, NEM EXIGE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL COMPLEXA – COMPETÊNCIA PLENA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA (LEI Nº 12.153/2009, ART. 2º, *CAPUT* E §4º E PROVIMENTO CSM 2.321/16) – DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DA R. SENTENÇA – DECLINA-SE DA COMPETÊNCIA, DETERMINANDO-SE A REMESSA DOS AUTOS AO COL**ÉGIO RECURSAL DA CAPITAL – **RECURSO NÃO CONHECIDO, COM DETERMINAÇÃO.**

VOTO

Cuida-se de ação de obrigação de fazer proposta por Ricardo Antonio Gasque Cardoso contra o DETRAN - Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo objetivando o desbloqueio da respectiva CNH, bem como o apensamento dos processos administrativos de cassação do direito de dirigir em seu detrimento instaurados - Processos nºs 29 e 31/2017- para fins de julgamento conjunto na esfera administrativa.

A ação foi julgada improcedente (págs. 199/201).

Consoante a MM. Juíza, em primeiro lugar, não há falar em incompetência absoluta do juízo ante a possibilidade, ainda que em tese, de produção de prova pericial. Quanto ao mérito, verifica-se dos documentos que acompanharam a contestação (págs. 83/166) que todos os recursos administrativos interpostos pelo autor foram julgados; em contrapartida, os documentos que acompanharam a petição inicial evidenciam que somente a autuação B062532-4 transmudou-se objeto de insurgência recursal, quedando-se silente o autor quanto a comprovação de idêntica situação relativamente ao AIT 3B840349-9 (pág. 40). No que tange aos processos administrativos de cassação do direito de dirigir, também o

Acesso ao Sumário

suporte probatório permite entrever que a ausência de interposição de recurso ao CETRAN no Processo nº 29/2017 (pág. 26). Logo, a Administração poderá bloquear o prontuário do condutor, eis que regularmente observados os princípios do contraditório regular e da ampla defesa e, em especial, o disposto no art. 19 da Resolução nº 182/2005, do CONTRAN.

Inconformado, apela o autor (págs. 210/214) sustentando, em síntese, não se cogitar no caso presente de trânsito em julgado nos processos administrativos questionados, reputando-se, pois, inviável o bloqueio da respectiva CNH.

O recurso foi contra-arrazoado (págs. 219/221).

Subiram os autos a esta Corte de Justiça.

Objetivando cumprimento aos termos do art. 10 CPC, determinei às partes que se manifestassem sobre a possibilidade de remessa dos presentes autos ao Colégio Recursal da Capital em razão da competência absoluta determinada pela Lei nº 12.153/09 (art. 2º, "caput" e §4º) e Provimento CSM 2.321/2016 (pág. 227).

Observo oportuna manifestação do autor a respeito do r. despacho supramencionado (pág. 232).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Ricardo Antonio Gasque Cardoso ajuizou ação de obrigação de fazer contra o DETRAN - Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo objetivando o desbloqueio da respectiva CNH, bem como o apensamento dos processos administrativos de cassação do direito de dirigir em seu detrimento instaurados – Processos nºs 29 e 31/2017 – para fins de julgamento conjunto na esfera administrativa.

Atribuiu à causa o valor de R$ 1.000,00 (pág. 14).

Postas estas considerações iniciais, tenho para mim que a competência absoluta para apreciação destes autos merece ser analisada.

Com efeito, uma das finalidades do valor da causa é sua utilização como critério para fixação de competência do juízo. O momento para sua fixação é o da petição inicial, devendo-se, pois, levar em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas da relação entre as partes naquele momento, sendo irrelevantes as modificações posteriores.

Compulsando-se os autos, observa-se que **a presente ação foi proposta em 07/05/2018**, quando já estava vigente a Lei nº 12.153/09 que dispõe sobre o rito especial dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Referida Lei prevê, no art. 2º, "caput", que: "É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis

Acesso ao Sumário

de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ***até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos***" (g.n.).

Além disso, o §4º, do art. 2º da mesma Lei, dispõe que: "*no foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta*".

Entretanto, a referida Lei indica as hipóteses que afastam a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. Veja abaixo, "*in verbis*":

> Art. 2º (...)
>
> § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:
>
> I - as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;
>
> II - as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;
>
> III - as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

Vale destacar que o artigo 23 da Lei nº 12.153/09 possibilitou aos Tribunais de Justiça que limitassem a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública por até 05 anos. Confira-se:

> Art. 23. Os Tribunais de Justiça poderão limitar, por até 5 (cinco) anos, a partir da entrada em vigor desta Lei, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, atendendo à necessidade da organização dos serviços judiciários e administrativos.

Assim, foram editados pelo Conselho Superior da Magistratura (CSM) os Provimentos nºs 1.768/2010 e 1.769/2010, posteriormente revogados pelo Provimento CSM nº 2.030/2012, este último também revogado pelo **Provimento nº 2.203/2014**, que veio assim estabelecendo:

> Art. 9º - Para os fins do art. 23 da Lei nº 12.153/2009, exceto quanto às Varas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca da Capital, ficam excluídas da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública as ações que tenham como fundamento qualquer penalidade decorrente de infrações de trânsito (multas, pontuação, apreensão de veículo, etc.), qualquer demanda envolvendo créditos de natureza fiscal, inclusive as que tramitam no anexo *fiscal, e as ações previdenciárias (art. 109, §3º, da CF/88)*.

Por fim, foi editado o Provimento CSM 2.321/2016 (DJE **28.01.2016**), que, alterando o art. 9º do Provimento CSM nº 2.203/14 acima mencionado, **reconheceu a competência plena dos Juizados Especiais da Fazenda**, nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

Art. 9º - Em razão do decurso do prazo previsto pelo artigo 23 da Lei 12.153/2009, a competência dos Juizados da Vara da Fazenda é plena, nos termos do artigo 2º, §4º, do referido diploma legal.

Parágrafo único: A União e suas autarquias, inclusive o INSS, não poderão ser partes nos Juizados Especiais Estaduais ou nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em razão do que dispõem os artigos 8º, da Lei 9.099/95, e 5º, da Lei 12.153/2009, devendo as ações derivadas do §3º do artigo 109 da Constituição Federal, assim como as ações acidentárias comuns, ser processadas e julgadas pelas Varas da Justiça Comum.

Por sua vez, o art. 8º, do Provimento CSM nº 2.203/2014, prevê que:

Art. 8º. Nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública ficam designados para processamento das ações de competência do JEFAZ:

I - as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas;

II - as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada; III - os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento.

(g.n.)

Assim, caso não instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, de rigor o processamento do feito perante as Varas da Fazenda Pública na Comarca.

Na hipótese, foi proposta a ação em **07/05/2018 e proferida sentença em 02/04/2019**, quando já reconhecida a competência plena dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, nos termos do Provimento CSM 2.321/2016, que por se tratar de matéria processual é aplicável de imediato aos feitos em curso.

Assim, como o valor atribuído à causa é inferior a 60 salários mínimos[1] e a matéria da lide não se inclui dentre as exceções previstas do art. 2º, §1º, I, II e III da Lei nº 12.153/09, tampouco dentre as exceções trazidas nos Provimentos do CSM acima mencionados e prescinde de produção de prova pericial complexa, é de se reconhecer que o processamento/julgamento desta demanda deve ser realizado perante o Sistema do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Pouco importa, neste diapasão, a precedente interposição e julgamento de recurso de agravo de instrumento – AI nº 211511863-2018.8.26.0000 – por esta Corte de Justiça, eis que, à evidência, está-se diante de competência absoluta daquele Juizado.

Ressalvo, contudo, que não é caso de se anular a r. sentença, em respeito ao princípio da economia e celeridade processual e também à modulação de efeitos fomentada por esta Corte de Justiça no julgamento do **IRDR nº 0037860-45-2017.8.26.0000 (Tema 17)**, cujo v. acórdão foi publicado aos 24/06/2019 pp.,

1 Valor do salário mínimo vigente em 2018 – R$ 954,00, totalizando o limite máximo de 60 salários mínimos correspondentes a R$ 57.240,00.

Acesso ao Sumário

no sentido de que "***Os feitos que se encontrem em fase recursal e que ainda não tenham sido julgados até a data do trânsito em julgado do v. acórdão relativo ao presente IRDR, serão decididos pelos Juízos Recursais competentes (Tribunal de Justiça ou Colégios Recursais), observando o aqui decidido***".

Com efeito, como bem ponderou o Exmo. Des. Ricardo Anafe na Apelação nº 1031984-03.2015.8.26.0602: *"(...) tendo em vista que a tramitação pelo procedimento comum assegurou amplitude de defesa e contraditório, não se vislumbrando, nem por arremedo, maltrato ao 'due process of law', nada obsta o aproveitamento dos atos praticados, inclusive a sentença, mormente porque na hipótese de eventual anulação outra seria proferida, muito provavelmente, pelo mesmíssimo Magistrado*." (j. 08/03/2017; Data de registro: 09/03/2017).

De rigor, assim, que se proceda à remessa dos presentes autos ao **Colégio Recursal da Capital,** competente para o processamento e julgamento deste recurso.

Nesse sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

> DIREITO PÚBLICO – APELAÇÕES DAS RÉS – DIREITO À SAÚDE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PROCEDÊNCIA – RECURSO DA MUNICIPALIDADE – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA – ACOLHIMENTO – Competência do Sistema do Juizado Especial da Fazenda Pública – Valor da causa inferior a 60 salários mínimos – Matéria não excluída da competência do JEFAZ (art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.153/09) – Desnecessidade de prova pericial complexa – Competência recursal da Turma Recursal Cível ou Mista – Entendimento consolidado nesta C. Câmara – Preliminar acolhida, determinando-se a remessa dos autos à Turma Recursal Cível ou Mista correspondente – Recurso da Municipalidade provido, prejudicado o apelo da Fazenda Estadual. (Apelação 1040051-83.2017.8.26.0602; Relator: Antonio Tadeu Ottoni; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/04/2018; Data de Registro: 19/04/2018).

Isto posto, não conheço do recurso e determino a remessa dos autos ao Colégio Recursal da Capital, com as homenagens de estilo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0041980-79.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANGELINO DUARTE DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE

SÃO PAULO - HC USP/SP.

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 24.050)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente) e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

ANA LIARTE, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação de indenização por dano moral – Hemorragia Gastrointestinal em decorrência de suposto erro médico – Laudo do IMESC demonstra que o paciente recebeu o atendimento adequado – Ausência de nexo de causalidade entre a conduta médica e o dano – Responsabilidade civil afastada – Sentença de improcedência mantida – Apelação desprovida.

VOTO

Trata-se de Apelação interposta por ANGELINO DUARTE DOS SANTOS em face HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - HC USP/SP, impugnando a r. sentença de fls. 380/386, a qual julgou improcedente a ação.

O ora Apelante ANGELINO DUARTE DOS SANTOS ajuizou ação em face do HOSPITAL DAS CLÍNICAS, na qual alega que, por sentir fortes dores na perna esquerda, em 02/03/2011 dirigiu-se ao Hospital Réu. Afirma que não recebeu o devido cuidado médico, sendo-lhe aplicada medicação errônea, em especial a medicação ”Profenid”, cujo princípio ativo é vedado a pacientes com histórico de Varizes Esofágica. Em razão disso, o Autor sofreu crise de Varizes Esofágicas, com Hemorragia Gastrointestinal, sendo internado em Hospital diverso em 07/03/2011. Acrescenta que, devido ao período de afastamento para tratamento da saúde, foi injustamente dispensado de um de seus empregos. Ao fim, requer a condenação do Requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 32.000,00 (fls. 01/08).

O Requerido ofereceu contestação (fls. 103/121), a que se seguiu réplica do Autor (fls. 118/127).

Foi produzida prova pericial (fls. 207/213).

Após, sobreveio a r. sentença, a qual julgou improcedente a ação (fls.

Acesso ao Sumário

380/286).

Insatisfeito, o Autor interpôs Apelação, na qual pugna pela reforma da r. sentença repisando os argumentos trazidos na inicial (fls. 392/399).

O recurso foi devidamente respondido pelo Recorrido (fls. 416/421).

É o relatório.

A Apelação deve ser recebida, porquanto tempestivamente interposta e sem necessidade de preparo, porém não merece provimento.

É dos autos que o Autor pretende a condenação do Requerido ao pagamento de indenização por danos morais em razão de erro médico.

Julgou-se improcedente a ação.

A r. sentença deve ser mantida.

O artigo 186 do Código Civil estabelece ser ato ilícito a violação de direito alheio, causando danos materiais ou morais, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. Por sua vez, verificado o ato ilícito, há o dever de indenização, nos termos do artigo 927, *caput*, do mesmo Diploma.

Por sua vez, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Deste modo, ocorrendo ato ilícito ou ato que cause dano anormal e específico, afirma-se o dever de indenizar se constatados a conduta do ofensor, o dano do ofendido e o nexo de causalidade existente a conduta e o dano, sem questionamentos acerca da culpa ou do dolo.

Por outro lado, há excepcionalmente responsabilidade subjetiva do Estado nas hipóteses de não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento atrasado do serviço público (*faute du service*).

Acerca do tema, ensina Hely Lopes Meirelles que "*a teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado." E continua, "nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou*

Acesso ao Sumário

detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal." (Direito Administrativo Brasileiro, 41ª edição, p. 764 e 769/770).

No caso dos autos, não se verifica a responsabilidade civil do Estado.

Com efeito, extrai-se do laudo pericial que o "periciado em 02/03/2011 era portador de Hipertensão Portal (CID-10: K76.6) e trombose de veia porta (I81) e esplenomegalia não classificada em outra parte (R16.1)" (fl. 210), concluindo o perito judicial que "não há nexo causal entre o desenvolvimento do quadro de hipertensão portal e o uso do anti-inflamatório Profenid" (fl. 211).

Portanto, ainda que o laudo pericial não vincule o julgador, os elementos dos autos estão em consonância com a prova pericial, ressaltando-se que o laudo foi produzido com base nos documentos apresentados pelos próprios Autores.

Deste modo, em que pese o lamentável evento, fato é que inexiste nos autos suficiente prova que demonstre que o dano tenha ocorrido em razão de atos ou de omissões dos agentes do Apelado. Diante da ausência de nexo causal entre o atendimento prestado e o dano sofrido pelo Autor, não há se falar em dever de indenização.

Nesse sentido também é a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO – Alegação de erro médico – **Aplicação de medicamento que alegadamente teria causado desmaio, queda e danos – Perícia que afastou nexo causal entre a aplicação do medicamento e o desmaio – Responsabilidade civil afastada** – Recurso da ré provido, recurso adesivo da autora prejudicado. (TJSP; Apelação Cível 4024613-14.2013.8.26.0114; Relator: Osvaldo Magalhães; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/08/2020; Data de Registro: 26/08/2020).

APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ERRO MÉDICO – SUPOSTA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – Pretensão inicial voltada à reparação do requerente decorrente de suposta falha na prestação de serviço médico por prepostos do requerida, considerando que a omissão em determinar exames específicos e a **prescrição de medicação inadequada teriam contribuído para que o autor amputasse parte da perna esquerda e o 5º dedo do pé direito** – Responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) – Acervo fático-probatório coligido aos autos que não se mostra suficiente para evidenciar os elementos constitutivos da responsabilidade de civil do Estado – **Ausência de comprovação do nexo de causalidade entre a falha de registro de prontuário no primeiro atendimento médico e as lesões sofridas pelo autor** em razão da gravidade de sua doença – Sentença de improcedência mantida – Re-

Acesso ao Sumário

curso não provido. (TJSP; Apelação Cível 0038116-98.2012.8.26.0602; Relator: Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/03/2019; Data de Registro: 22/03/2019);

Processual Civil – Ação de indenização por danos morais – **Erro médico não configurado** – Não ocorrência de imprudência, imperícia ou negligência no tratamento ofertado à autora – **Ausência de nexo causal – Reparação indevida** – Precedentes deste E. Tribunal Sentença de improcedência mantida. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA. (TJSP; Apelação Cível 1026914-32.2017.8.26.0053; Relator: Afonso Faro Jr.; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/02/2020; Data de Registro: 06/02/2020);

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ERRO MÉDICO – Alegação de ter ocorrido erro médico em procedimento de colocação de sonda vesical, bem como, na **ministração de medicamento, o que culminou em debilidade física – Perícia conclusiva no sentido de que não houve erro na colocação de sonda, bem como, quaisquer danos advindos de tal procedimento** e que a limitação nas mãos se deu em razão de doença de Dupuytren – **Ausência de nexo causal entre o acometimento por tal moléstia, que causou a debilidade física, e o tratamento ministrado no interior da Unidade Pública de Saúde** – Não cumprimento do ônus probatório – Inteligência do artigo 373, I, do CPC – Sentença de improcedência mantida. Apelo não provido. (TJSP; Apelação Cível 1012300-79.2014.8.26.0068; Relator: Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/12/2019; Data de Registro: 12/12/2019).

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

Por força do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais para 11% sobre o valor corrigido da causa, observando-se a concessão de gratuidade de justiça.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** à Apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001290-86.2019.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante/apelado MUNICÍPIO DE CUBATÃO, são apelados/apelantes E.A.S.S. e M.A.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De-

ram provimento ao recurso voluntário interposto pela autora e deram provimento parcial aos recursos oficial e voluntário interposto pela Municipalidade ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.256)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

CARLOS VON ADAMEK, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – TRATAMENTO PSICOLÓGICO – DANO MORAL – 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – A autora, então com 13 anos de idade, foi vítima de importunação sexual perpetrada no interior de unidade escolar municipal por pessoa revestida de autoridade estatal, visto que o agente se valeu da função de educador para a prática do ato ilícito – A questão decidida definitivamente no âmbito criminal vincula o Juízo cível – Inteligência do art. 935 do CC – Considerando que a autora imputa à Municipalidade ré e à empresa para a qual o agressor trabalhava conduta omissiva quanto à vigilância dos serviços prestados, forçoso concluir que o caso em comento trata de responsabilidade civil subjetiva – Preenchidos os requisitos legais, as corrés respondem solidariamente pelos danos sofridos – Inteligência do art. 37, § 6º, da CF, artigos 43, 927, § único e 942, 'caput', parte final, todos do CC – Precedentes desta C. Corte – Embora demonstrada a necessidade do tratamento psicológico, não há óbice à sua prestação pela rede pública de saúde, mormente porque a Municipalidade ré conta com serviço especializado nessa área e não há notícia de recusa na prestação desse serviço à autora – Afastada a condenação ao custeio de tratamento psicológico à autora na rede particular, inclusive a fim de evitar oneração excessiva dos cofres públicos – Precedentes desta C. Câmara – Redução do 'quantum' indenizatório relativo ao dano moral

Acesso ao Sumário

sofrido para R$ 15.000,00 (quinze mil reais), visto que o arbitramento inicial não considerou a posterior desclassificação da conduta criminosa do art. 217-A do CP (estupro de vulnerável) para o art. 215-A do CP (importunação sexual) – Precedentes desta C. Corte – Os índices de juros de mora e correção monetária deverão ser fixados nos termos do entendimento firmado pelo E. STF no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 810, sendo os primeiros devidos a partir do evento danoso (art. 398 do CC e Súmula nº 54 do STJ) e a última a partir do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ) – Precedentes desta C. Corte – Sentença reformada – Redistribuição dos ônus sucumbenciais – Recurso voluntário interposto pela autora provido e recursos oficial e voluntário interposto pela Municipalidade ré parcialmente providos.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de fls. 215/222, cujo relatório adoto, que julgou procedentes os pedidos desta ação indenizatória, condenando a corré (...) a pagar à autora R$ 50.000,00 a título de indenização por danos morais decorrentes de abuso sexual praticado por funcionário da referida corré no interior de escola pública municipal em Cubatão, "*corrigido monetariamente de acordo com a tabela prática do TJSP a partir do arbitramento (súmula nº 362/STJ) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso (art. 398, CC/02; súmula nº 54/STJ)", bem como o "custeio de tratamento psicológico para a parte autora, por tempo indeterminado, enquanto perdurar a necessidade do tratamento, atestada por laudo médico a cada três meses, com início a partir da intimação da presente, devendo a mesma arcar com os custos de tratamento psicológico particular* [...] *com médico de preferência da parte autora*", complementada pela r. decisão de fls. 241/242, que acolheu os embargos de declaração opostos pela autora às fls. 224/225 para sanar omissão da r. sentença recorrida relativa ao pedido de tratamento psicológico. Sucumbente, impôs à corré (...) as custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação. Assinalou que a responsabilidade da Municipalidade ré relativa a todos os pleitos autorais e aos ônus sucumbenciais é subsidiária, isto é, assegurou ao ente municipal o benefício de ordem, de modo que somente poderá ser acionado se insuficiente o patrimônio da corré (...).

Acesso ao Sumário

Apelou a Municipalidade ré, objetivando a reforma do julgado, alegando, em síntese, que: a) deve ser retificado o dispositivo da r. sentença recorrida, visto

que a procedência dos pleitos autorais foi parcial (e não integral), pois o valor da indenização por danos morais fixado pelo r. Juízo *a quo* (R$ 50.000,00) foi inferior ao valor pleiteado pela autora (cem salários mínimos); b) deve ser afastada a condenação relativa ao tratamento psicológico, visto que não foi produzida prova pericial atestando a sua necessidade e tampouco há prova de omissão estatal no seu fornecimento por meio da rede pública de saúde, frisando que "*no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde, existe atendimento especializado para a necessidade da autora, qual seja, o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS2, localizado à Rua R. Dom Pedro II, 563 – Vila Nova, Cubatão – SP, 11520-040, não se revelado cabível onerar ainda mais o Erário Público sem qualquer meio probatório de sua ineficiência no caso concreto*"; e c) subsidiariamente, deve ser aplicado o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, aos índices de juros moratórios e correção monetária (fls. 245/250).

Recurso respondido pela autora, com preliminar de recebimento do apelo somente no efeito devolutivo quanto ao tratamento psicológico em rede particular a ser custeado pelas corrés (fls. 260/266).

Apelou, por sua vez, a autora, objetivando a reforma do julgado, alegando, em síntese, que a responsabilidade civil da Municipalidade ré é solidária (e não subsidiária), nos termos do art. 37, § 6º, da CF (fls. 255/259).

Recurso respondido pela Municipalidade ré, sem preliminares (fls. 270/275).

O órgão ministerial com atribuição em 1º grau reiterou o memorial oral apresentado em audiência à fl. 180 e, assim como a douta Procuradoria de Justiça, opinou pelo: a) provimento do apelo da autora, a fim de reconhecer o caráter solidário da responsabilidade civil da Municipalidade ré; e b) parcial provimento do apelo da Municipalidade ré, a fim de aplicar o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, aos índices de juros moratórios e correção monetária (fls. 279 e 291/298).

Peticionou a autora requerendo a habilitação das suas procuradoras em 2º grau, por estar impossibilitada de acessar os autos (fl. 288), o que foi deferido às fls. 299/301.

É o relatório.

Presente o pressuposto de admissibilidade recursal da tempestividade (fls. 243/245 e 255) – dispensado o preparo recursal por se tratar de recursos interpostos por beneficiária da gratuidade de justiça (fl. 29) e pela Fazenda Municipal (artigos 98, § 1º, VIII e 1.007, § 1º, ambos do CPC/15) –, os recursos são recebidos e conhecidos, admitindo-se o seu processamento em seus regulares efeitos.

Admito o processamento da remessa necessária decorrente de lei (art. 496, I, §§ 1º, *in fine*, e 2º, do CPC/15), tendo em vista a iliquidez da condenação, conforme entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Jus-

Acesso ao Sumário

tiça em julgamento pelo rito de Recursos Repetitivos, Tema nº 17 (REsp nº 1.101.727/PR, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Corte Especial, julgado em 04.11.2009) e já sumulado pelo referido Tribunal Superior[1].

A preliminar será apreciada com o mérito, pois com ele se confunde.

No mérito, o recurso voluntário interposto pela autora prospera e os recursos oficial e voluntário interposto pela Municipalidade ré comportam parcial provimento.

Trata-se de ação por meio da qual a autora, com 13 anos à época dos fatos (já que nascida em (...) – fls. 12/13), alega haver sofrido abuso sexual, em 16.08.2018, no interior da (...), na qual cursava o 6º ano (fl. 20), localizada no Município de Cubatão (fls. 14/19), pugnando pela condenação das corrés ao pagamento de indenização por danos morais no importe de cem salários mínimos e o custeio do tratamento psicológico com profissional particular, requerendo a concessão da liminar quanto ao segundo pedido (fls. 7/8), a qual, todavia, foi indeferida (fl. 29), sem notícia de interposição de agravo de instrumento.

Consta dos autos que a corré (...) celebrou contrato com a Associação de Pais e Mestres da (...) para a realização de evento intitulado (...) no recinto escolar (fls. 73/79), sendo certo que a cúpula inflável denominada (...) foi montada na quadra de esportes, enquanto o (...)" ocorria na Sala de Leitura (fl. 85).

Ocorre que um dos prepostos da corré (...) e responsável pelo (...)" realizado na Sala de Leitura, (...), no intervalo entre as atividades, se aproveitou das vítimas – seis alunas do 6º ano (entre elas, a autora), todas menores de 14 anos –, passando a mão pelos cabelos, braço, ombro e nádegas, enquanto as envolvia por trás, friccionando o seu corpo aos corpos delas, razão pela qual foi preso em flagrante, processado e condenado criminalmente nos autos da ação penal nº (...) pelo crime do art. 217-A do CP (estupro de vulnerável), nos termos da r. sentença criminal reproduzida às fls. 106/117.

Em consulta ao Sistema de Automação da Justiça – SAJ, notei que a referida sentença criminal foi reformada em sede recursal ante o provimento parcial da apelação interposta por C.F.A., nos termos do V. Acórdão proferido às fls. 419/428 daqueles autos, *in verbis*:

> *"O réu, na fase policial, admitiu ter se aproveitado da situação para tocar as meninas. Todavia, alegou que não as apalpou, somente deslizou suas mãos sobre elas e não soube explicar porque fez isso, que foi uma coisa de momento, que não pensou nas consequências que seu ato poderia ter e disse estar arrependido. Indagado se tocou nos cabelos, ombros e nádegas das vítimas, disse que sim (fls. 27). Em juízo, o acusado confirmou ter realizado uma palestra na escola (...) e porque não havia tempo para os alunos verem todos os experimentos, alguns retor-*

Acesso ao Sumário

1 Súmula nº 490 do STJ: "*A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas*".

naram à sala após o final da palestra e pediram para que ele lhes mostrasse os objetos. As meninas pediram para mostrar o giroscópio, que no caso era uma roda de bicicleta com pé de apoio, onde a pessoa coloca roda à frente, apoia, segura e faz a roda girar. Ele se colocava atrás das meninas para apoiar os braços delas, em grande parte do experimento. Admitiu ter se aproveitado da situação com a vítima da foto de fls. 46. Disse que acabou se aproximando demais e colocou mãos na cintura dela. Disse que não teve vontade de encostar, foi distração, e que tal fato não aconteceu com todas as meninas. Disse que se aproximava e tocava nos ombros. Com o restante delas não se aproveitou. Admitiu ter agido de forma antiética. Disse, também, que apagou a luz da sala porque os experimentos produziam 'raios' que poderiam ser vistos melhor com a luz apagada. A testemunha A., orientadora educacional, contou que as meninas lhe procuraram para relatar o acontecido. A primeira foi a menor K., momento em que pediu a ela que chamasse todas as meninas que tinham sido vítimas. Conversou com elas e, posteriormente, foi conversar com o réu. Elas falaram que foram ver a experiência, foram pegar os aparelhos e ele passou a mão por trás, encostou nelas, passou a mão no corpo delas. Conversou com o acusado e ele admitiu ter 'se aproveitado da situação'. Disse que pediria desculpas para as vítimas. Chamou a polícia e os pais das meninas. Os policiais chegaram e conversaram com as menores e depois com o réu, que admitiu novamente ter se aproveitado da situação. Nenhuma professora comentou nada sobre qualquer circunstância suspeita durante a exposição. Os policiais militares, Carlos e Douglas informaram que na data dos fatos foram acionados pelo COPOM, para atender uma ocorrência de abuso sexual na escola mencionada na denúncia. Chegando ao local, as vítimas contaram o ocorrido e o réu admitiu ter se aproveitado delas, bem como que se encontrava arrependido. As vítimas tinham tirado fotos. O policial Douglas asseverou que as menores disseram que o acusado tinha passado a mão nas nádegas de algumas delas. As vítimas relataram basicamente a mesma situação, com pequenas divergências. Ou seja, o réu, para fazer a demonstração do 'giroscópio', se aproximava delas por trás, segurava seus braços, para apoiá-los, de forma que envolvia o corpo das menores, encostando o seu órgão genital nelas. Relataram, algumas, que ele chegou a passar a mão nas costas até encostar nas nádegas. Em razão do que estava acontecendo, as adolescentes combinaram entre si de tirar uma fotografia para mostrar na diretoria da escola, o que ocorreu, tendo a menor L. tirado a foto de fls. 46, em que estão o acusado e a menor K.. *As meninas disseram que o réu apagou a luz da sala para demonstrar o experimento, bem como impediu que meninos entrassem e dificultou a saída de algumas das vítimas, dizendo, para esperar um pouco, não sair naquela hora, se posicionando na porta. Muito embora ninguém tenha presenciado o ato, o relato das vítimas e a foto de fls. 46, além da própria confissão do réu de que se aproveitou da situação nos convence de*

Acesso ao Sumário

que os fatos decorreram como descritos. O réu acabou condenado por estupro de vulnerável, em continuidade delitiva a uma pena de 10 anos e 04 meses de reclusão em regime fechado. Todavia, entendemos que os atos praticados com as vítimas não se revestem gravidade de modo a ser enquadrado na conduta típica prevista no art. 217-A, estupro de vulnerável, crime gravíssimo, de natureza hedionda, de intensa reprovabilidade, e pena muito alta para o caso em tela. Segundo consta, não houve tentativa de atos que envolvessem sequer o toque físico por baixo das roupas das vítimas. O réu não exibiu seu órgão sexual para as vítimas e, nem as tocou ou obrigou-as a tocá-lo. Tampouco tocou, diretamente, o corpo das meninas. Assim, sua conduta distanciou-se dos comportamentos corriqueiramente analisados por esta Corte de Justiça, caracterizadores do repugnante crime de estupro de vulnerável. Cumpre ressaltar que não se desconhece a orientação jurisprudencial que segue prevalecendo em nossos Tribunais Tribunal Superiores, segundo a qual a presunção de violência que incide nas hipóteses de atos libidinosos perpetrados contra vítimas menores de catorze anos de idade impede a desclassificação do crime capitulado no artigo 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável), para o delito previsto pelo artigo 215-A do mesmo Diploma Legal (importunação sexual), uma vez que esse último delito é sempre praticado sem o emprego de violência ou grave ameaça (STJ, AgRg na RvCr n 4969/DF, julgado em 26/06/2019; STF, HC n 134.591-SP, julgado em 01.10.2019). Contudo, para que esse entendimento tenha aplicação, é necessário que o crime e vulnerável esteja devidamente caracterizado. E essa configuração não dispensa que o réu, efetivamente, constranja a vítima, menor de catorze anos, a com ele praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, como toques e carícias sexuais. No caso concreto em análise, ainda que se presuma o emprego de violência em função da idade das vítimas, não se pode dizer que o acusado tenha constrangido as ofendidas a praticarem com ele atos libidinosos. Os relatos das vítimas revelam que o acusado, para explicar o experimento, se aproximava delas, como se estivesse dando um abraço por trás. Algumas vítimas disseram ter sentido o órgão genital do acusado encostar em seus corpos, mas no geral os relatos foram de que ele se aproximou muito e deslizou as mãos sobre cabelos, ombros, seios, costas e nádegas. Não há dúvidas, portanto, de que o réu tocou os corpos das vítimas, porém, pelo que se depreende, além de terem sido realizados em local acessível a outras pessoas, ou seja, em uma sala da escola (não tendo ficado claro se o réu teria ou não trancado a porta), os toques foram breves e por sobre as roupas das ofendidas. Assim, embora tais atos, de evidente conotação sexual, e notoriamente destinados a satisfazer a lascívia, indiquem que o recorrente investiu libidinosamente contra as vítimas, é evidente que não existiu interações efetivas e intensas com elas, aptas a ensejar o reconhecimento do crime de estupro de vulnerável. [...] Assim, acolhe-se em parte o apelo para dar o réu como incurso nas sanções do artigo 215-A,

Acesso ao Sumário

do Código Penal. A dosimetria penal, assim, deve ser readequada. Mantido o critério adotado na sentença, que observou a primariedade do réu, a pena-base deve partir do mínimo legal, ou seja, 02 anos de reclusão. Na segunda fase, ainda que presente a confissão espontânea, a pena não pode ser reduzida (Súmula 231 do ESTJ). Após, reconhecida a continuidade delitiva (mediante mais de uma ação, praticou seis (06) delitos, contra seis vítimas, todas adolescentes), a pena sofreu o acréscimo de ¼, o que se mantém, resultando a pena final em 02 anos e 06 meses de reclusão. Preso desde o flagrante (16/08/2018), autorizo, em face do tempo em que permaneceu preso, que o réu cumpra o restante da pena, agora aplicada, em regime aberto. Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao apelo para dar C.F.A. como incurso no artigo 215-A, na forma do artigo 71 do Código Penal, à pena de 02 anos e 6 meses de reclusão, agora em regime aberto, nos termos do acórdão. Expeça-se alvará de soltura clausulado" (g.n.).

Considerando que o mencionado Acórdão transitou em julgado para a defesa em 09.11.2020 e para o Ministério Público em 18.11.2020 (fl. 452 daqueles autos), forçoso reconhecer que as conclusões do r. Juízo criminal referentes à existência do fato e sua autoria fazem coisa julgada no âmbito cível, nos termos do art. 935 do CC[2].

Bem assentados os fatos, passo à análise do direito.

Como é cediço, em linhas gerais, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, e está prevista no § 6º do art. 37 da CF, que dispõe que "*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*", sendo certo que o art. 43 do CC adota os mesmos critérios constitucionais ao prescrever que "*as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo*".

Corroborando a responsabilidade objetiva estatal, o § único do art. 927 do CC estabelece que "*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*", havendo "*obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*", frente à adoção pelo direito pátrio da teoria do risco administrativo:

"A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta

2 "*Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal*".

teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado"[3] (g.n.).

Assim, para que a Administração Pública tenha o dever de indenizar, deve se demonstrar: a) a existência de dano patrimonial (lucro cessante e/ou dano emergente) e/ou extrapatrimonial (*e.g.* moral ou estético) sofrido pelo administrado; b) a conduta do agente ou do servidor público (fato administrativo); e c) o nexo de causalidade entre o dano e a conduta.

Em havendo conduta concorrente do agente ou servidor público e da vítima, somados aos demais requisitos, há o dever de a administração indenizar proporcionalmente em razão dos danos, assim como ocorre nos casos em que se verifica a concorrência de culpas na responsabilidade subjetiva, vez que afastada a chamada teoria do risco integral no direito brasileiro. Se houver apenas a conduta exclusiva da vítima na causação do dano, ou mesmo fato de terceiro, a administração pública não responde pela indenização:

"Convém registrar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando, mesmo, a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. O risco administrativo, o risco integral e o acidente administrativo seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais. A realidade, entretanto, é que a distinção se faz necessária para que o estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra diretamente ou indiretamente da atividade administrativa.

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos à sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexiste relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o

Acesso ao Sumário

3 SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Atlas, 13 ed., 2019, item '72.6', p. 333.

Poder Público não poderá ser responsabilizado"[4] (g.n.).

Assim, no que tange à responsabilidade civil estatal por ato comissivo de agente ou de servidor público, basta apenas que se proceda à demonstração do fato administrativo e da eclosão do dano suportado pelo administrado, estabelecendo-se o nexo causal entre ambos.

Por outro lado, como ainda entende a maior parte da doutrina e da jurisprudência, no tocante à responsabilidade civil estatal por ato omissivo, há também a necessidade de se demonstrar a presença de culpa, como na responsabilidade subjetiva, em qualquer uma de suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), ou dolo do agente ou servidor público, a fim de que se configure, então, o dever de indenizar.

Ora, como no presente caso a autora imputa às corrés conduta omissiva consistente na ausência ou deficiência de vigilância de pessoas revestidas de autoridade estatal (a exemplo do preposto da corré (...) que cometeu os abusos no recinto escolar valendo-se do seu papel de educador naquele contexto fático), conclui-se que o caso envolve responsabilidade civil por omissão, sendo necessário, portanto, avaliar a culpa dos corréus para a eclosão do evento danoso.

Assevere-se, ainda, que mesmo que se pudesse cogitar de ato comissivo praticado por agente investido das funções públicas, cuja condenação criminal transitou em julgado, a impedir em relação a sua pessoa, qualquer discussão a respeito de sua culpabilidade pela eclosão do evento danoso, permitindo que os efeitos dessa decisão sejam projetados para o juízo civil (CC/02, art. 935), tal circunstância não autoriza o entendimento no sentido de que a sentença penal teria a força de título executivo contra a ora apelante, cingindo-se a discussão apenas em torno do montante. Não é isso o que dispõe o artigo 935 do CC/2002.

Primeiramente há que se observar a correta exegese de mencionado preceito.

Como já advertia o ilustre Desembargador **MARIO GUIMARÃES**, analisando a parte final do artigo 1.525 do Código Civil/16 (que é reproduzido em sua essência pelo art. 935 do CC/02), "*as exceções, como se vê, são apenas duas: a existência do fato e a autoria. Exceções interpretam-se estritamente. Não podemos criar outras que o legislador não cogitou*" (*Estudos de Direito Civil*, Livraria Martins Ferreira, São Paulo, 1947, pp. 224-227).

Portanto contra os responsáveis civis que não foram parte do processo penal, a sentença penal condenatória não se reveste de força de coisa julgada; e esta ação não pode ser resumida a uma simples liquidação.

Nesse sentido o preciso escólio de **ARAKEN DE ASSIS**: "*Legitimado passivo na demanda executória é apenas o devedor reconhecido como tal no título executivo (art. 568, I, do Código de Processo Civil). Conseguintemente, todas as pessoas que respondem, civilmente, pelo delito penal, de modo obje-*

4 SERGIO CAVALIERI FILHO, *Op. cit*., item '72.6', p. 333.

tivo ou com base na culpa, não se submetem à eficácia anexa. Contra elas, o lesado precisará obter título executivo civil (art. 584, I, do Código de Processo Civil). E, efetivamente, as influências da sentença penal somente são transportáveis 'in utilibus' para esferas diversas. Fazê-las recair sobre quem não se defendeu infringe as regalias constitucionais do processo (art. 5º, LIV, CF/88)" (Eficácia Civil da Sentença Penal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pp. 98- 99).

No mesmo sentido o magistério dos eminentes processualistas **NELSON NERY JÚNIOR** e **ROSA MARIA ANDRADE NERY:** "*A sentença penal condenatória não é título executivo contra aquele que não participou do processo criminal. Assim sendo, o preponente de quem se pode cobrar indenização civil com base em fato criminal apurado por sentença criminal lançada contra preposto seu (CC, 1525), não pode sofrer execução direta em decorrência desse mesmo título, que se formou sem a sua participação. Em suma: o credor pode executar, no cível, a sentença penal condenatória apenas contra o autor do delito; se quiser obter do patrão (CC, 1521, III), por exemplo, a indenização decorrente do delito praticado por empregado, terá de ajuizar ação de conhecimento para que se forme título executivo contra o patrão" (Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor,* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, nota 5 ao artigo 584).

AGUIAR DIAS, em sua obra clássica, também é do mesmo sentir: "*A decisão criminal condenatória não só tranca a discussão no cível, como, já agora, nos termos do artigo 65 do Código de Processo Penal, tem força executória, reduzindo a simples operação de liquidação as atribuições do juízo civil. Bem entendido: a execução só pode ser dirigida contra quem figurou na ação penal ou seu sucessor. Quando o responsável civil, isto é, a pessoa que deve reparar o dano, é outro que não o infrator, o autor material do delito, a sentença de condenação não tem, rigorosamente, o mesmo efeito. Continua a impedir a discussão no cível. Mas o responsável há de ser demandado diretamente, o que acontece, por exemplo, no caso do preposto condenado no juízo criminal. Sendo o patrão solidariamente responsável com ele e convindo ao prejudicado obter daquele a reparação, por oferecer melhor garantia de solvência, a vítima do dano não se dirigirá contra o criminoso. Mas terá de propor contra aquele a ação de reparação que, se oferece a vantagem de ter já decidida a questão da responsabilidade do preposto, o que é, na generalidade dos casos, estabelecer a responsabilidade do preponente, todavia não pode ser reduzida a uma simples liquidação. É aqui que se verifica a utilidade do esclarecimento de que é impróprio falar em coisa julgada a respeito*" (*Da Responsabilidade Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1954, 3a. edição, vol. II, nº 257, p. 831. Consulte-se, ainda, J.M. de Carvalho Santos, Código Civil Interpretado, volume XX - Direito das Obrigações, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1946, 3a. edição, pp. 293-314).

Acesso ao Sumário

Não se quer dizer com isso, porém, que a sentença penal condenatória estaria despida de qualquer eficácia perante o juízo cível.

Apenas não terá o efeito de coisa julgada, de sorte a limitar o presente

procedimento a uma mera liquidação de sentença.

Na verdade, o que se observa aqui não é efeito da coisa julgada da esfera criminal sobre o cível, mas, isto sim, eficácia preclusiva pan-processual da coisa julgada; vale dizer, o efeito preclusivo – que se manifesta no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de incluir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial – projeta-se ad extra, fazendo-se sentir, portanto, em processos subsequentes (cf. **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**, *A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro, Temas de Direito Processual (Primeira Série)*, Saraiva, São Paulo, 2ª. edição, 1988, pp. 97-109).

Do contrário, como argutamente pondera **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO**, instalar-se-ia a insegurança jurídica: "*Repugna conceber que o Estado, em sua unidade, na repressão de um fato reputado como ofensivo da ordem social, decida soberanamente, por um de seus órgãos jurisdicionais, que esse fato constitui crime, que seu autor é passível de pena e o condene a sofrer o castigo legal; e que esse mesmo Estado, prosseguindo na repressão do fato antijurídico, venha a declarar, por outro ramo do Poder Judiciário, que ele não é delituoso, que é perfeitamente lícito, que não acarreta responsabilidade alguma para seu autor, que não está assim adstrito ao dever de compor os danos a que deu causa. Chocante, ofensiva do prestígio da justiça, seria essa contradição, pela qual o mesmo ato seria, a um tempo, justo e injusto, lícito e criminoso, irrepreensível e condenável, legítimo e punível*" (*Curso de Direito Civil*, Direito das Obrigações, 2ª parte, Saraiva, São Paulo, 1985, 20ª edição, terceira parte, pp. 403-404).

Faz-se mister, então, a análise de eventual culpa atribuída aos réus, cuja responsabilidade solidária decorre de sua condição de contratante e contratada para execução por terceiro dos serviços prestados, pessoa que se mostrou irresponsável, derivando sua responsabilidade da denominada *culpa in elegendo*:

> *"Art. 932 do CC/02 - São também responsáveis pela reparação civil:* [...] *III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele"*

Com relação à responsabilidade da contratante de serviços, cito julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"Responsabilidade civil e processual civil. Recurso especial. Indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito. Legitimidade passiva. Empresa tomadora de serviços. Funcionário terceirizado. Atuação como preposto. Precedentes. Responsabilidade objetiva. - O fato do suposto causador do ato ilícito ser funcionário terceirizado não exime a tomadora do serviço de sua eventual responsabilidade; - A jurisprudência do STJ entende como preposto aquele que possui relação de dependência ou presta serviço sob o interesse de outrem. Precedentes; - O acórdão recorrido fixou a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, por ter o acusado agido na qualidade de agente da*

Acesso ao Sumário

recorrente. Recurso especial não conhecido" **(REsp 902.127/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. 18.09.2008);**

RESPONSABILIDADE CIVIL. USINA. TRANSPORTE DE TRABALHADORES RURAIS. MOTORISTA PRESTADOR DE SERVIÇO TERCEIRIZADO. VÍNCULO DE PREPOSIÇÃO. RECONHECIMENTO. - Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviço sob o interesse e o comando de outrem. Precedentes. Recurso especial não conhecido **(REsp 304.673/SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, 4ª T., j. 25.09.2001).**

E bem analisados os autos se revela evidente a responsabilidade civil das corrés, visto que presente o dano moral resultante de ofensa à dignidade sexual da autora, a culpa das corrés por conta da sua conduta omissiva relativa à prestação dos serviços pelo abusador e o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a omissão das corrés.

Por outro lado, respeitado o entendimento do r. Juízo *a quo*, entendo que a r. sentença comporta reparos.

O primeiro deles se refere ao caráter solidário da responsabilidade da Municipalidade ré, visto que se ela, com sua omissão, concorreu para a eclosão do resultado danoso **dentro do recinto escolar**, exsurge a sua responsabilidade civil solidária, a teor do disposto no art. 942, *caput*, parte final, do CC, segundo o qual "se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação".

Nesse sentido o entendimento desta Colenda Corte:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Danos Morais. Assédio sexual de menor perpetrada por servidor municipal. Autoria, materialidade e tipicidade da conduta definidas no juízo criminal. Reparação devida ***solidariamente*** *pelo Município e pelo ofensor. Inteligência dos artigos 63 e 64, 'caput', do Código de Processo Penal, 93, inciso I, do Código Penal, 935 do Código Civil e 37, § 6º, da Constituição Federal. Exame da jurisprudência. Ação parcialmente procedente. RECURSO PROVIDO EM PARTE"* **(Apelação nº 1000689-62.2019.8.26.0648; rel. Des. JARBAS GOMES; 11ª Câmara de Direito Público; j. em 04.05.2020 – g.n.).**

O segundo reparo se refere ao tratamento psicológico, o qual, embora evidentemente necessário – sendo despicienda a produção de prova pericial para se chegar a essa conclusão, até porque a autora já o vem recebendo (fls. 118 e 200) –, não deve necessariamente ser realizado na rede particular, visto que a rede pública de saúde do Município de Cubatão conta com atendimento especializado nessa área e não há notícia de recusa na prestação desse serviço à autora.

Nessa linha de raciocínio, não se mostra razoável onerar os cofres públicos em medida maior do que a necessária para assegurar à autora o tratamento

psicológico necessário para lidar com o evento traumático de que foi vítima.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, o entendimento desta Colenda Câmara:

"Fornecimento de tratamento psicológico – Ação de Obrigação de Fazer – Paciente que já faz acompanhamento psiquiátrico junto à rede municipal de saúde – Dever de assistência à saúde – Inteligência do artigo 196 da Constituição Federal – Diante do pronto cumprimento da ordem judicial, de rigor o afastamento da multa diária fixada – Manutenção da condenação em honorários advocatícios – Recurso parcialmente provido" **(Apelação nº 1001260-40.2018.8.26.0366; rel. Des. LUCIANA BRESCIANI; 2ª Câmara de Direito Público; j. em 24.06.2020 – g.n.).**

Rejeito, pois, o pedido da autora de recebimento do apelo somente no efeito devolutivo quanto a este pedido.

O terceiro reparo diz respeito ao *quantum* indenizatório relativo ao dano moral sofrido, visto que a desclassificação da conduta criminosa de C.F.A. do art. 215-A do CP (importunação sexual) para o art. 217-A do CP (estupro de vulnerável) implica na redução da quantia arbitrada para R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Nesse sentido o entendimento desta Colenda Corte:

"APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Pleito da parte autora em ver indenizados danos moral – Evento danoso consistente em assédio perpetrado por médico pediatra, servidor do Município de Santo André, em face da genitora do menor paciente – Fato comunicado à autoridade policial que, à época, o capitulou como importunação ofensiva ao pudor. Sentença de procedência. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – A Constituição Federal, através do artigo 37, § 6º, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. O Estado pode responder pelo dano causado aos administrados, em virtude da responsabilidade objetiva, ainda que a atividade da qual decorra o gravame seja lícita – Existência de dano, nexo causal e conduta da Administração que são suficientes, por si só, para caracterizar a responsabilidade da Administração. DANO MORAL – Caracterizado – Ofensa moral caracterizada – Dano efetivo, embora não patrimonial, posto que atinge valores internos e anímicos da pessoa – Realização de perícia psicológica, o qual permitiu inferir o abalo psicológico sofrido pela autora – NEXO CAUSAL DEMONSTRADO – A relação entre o dano sofrido pelo autor e a conduta comissiva do agente da Administração foi comprovada via fase instrutória. 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO – A reparação por danos morais tem caráter pedagógico, devendo-se observar a proporcionalidade e a razoabilidade na fixação dos valores, atendidas

as condições do ofensor, ofendido e do bem jurídico lesado – Montante corretamente arbitrado – 'Quantum' indenitário fixado em ***R$ 15.000,00****, adequado às circunstâncias do caso. CRITÉRIOS PARA INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – Tese 810 da repercussão geral decidida pelo E. STF no RE 870947 – Correção monetária a partir do arbitramento – Súmula 362, do C. STJ – Juros de mora a partir do evento danoso – Inteligência da Súmula 54, também do C. STJ. Sentença de procedência mantida. Recursos não providos"* **(Apelação nº 1018460-49.2016.8.26.0554; rel. Des. LEONEL COSTA; 8ª Câmara de Direito Público; j. em 30.09.2019 – g.n.);**

"Responsabilidade civil do Estado – Indenização por danos morais e materiais em função de assédio sexual cometido pelo então Secretário de Administração do Município de Avaré – Pleito lastreado em condenação na esfera criminal, com aplicação do art. 935 do Código Civil; Prescrição – Inocorrência – Inteligência do art. 200 do Código Civil – Prazo prescricional que somente se iniciou com o trânsito em julgado da sentença criminal; Ilegitimidade passiva do agente público autor do delito – Ação derivada de condenação penal – Possibilidade excepcional de demandar diretamente o causador do dano – Inteligência dos artigos 91, I, do Código Penal e 63 e 64 do Código de Processo penal – Inclusão do autor do crime no polo passivo que, ademais, não acrescenta complexidade ao feito, dada a natureza incontroversa dos fatos; Mérito – Danos morais 'in re ipsa' – Valor de ***R$ 15.000,00*** *para cada autora condizente com o contexto fático apresentado e com a jurisprudência desta C. Corte em casos similares – Improcedência do pedido de indenização por danos materiais decorrentes das exonerações supostamente motivadas pelos episódios de assédio sexual – Ausência de comprovação do nexo causal entre o delito cometido e a saída do serviço público municipal –*

Alteração do julgado em relação aos juros da mora, com adoção do termo inicial previsto na Súmula 54 do STJ. Recursos dos réus desprovidos e recursos das autoras parcialmente providos" **(Apelação Cível nº 1006323-86.2017.8.26.0073; rel. Des. LUCIANA BRESCIANI; 2ª Câmara de Direito Público; j. em 30.07.2019 – g.n.).**

Acesso ao Sumário

O quarto e último reparo trata do pedido subsidiário deduzido pela Municipalidade ré, de modo que em se tratando de responsabilidade civil do Estado, os índices de juros de mora e correção monetária deverão ser fixados nos termos do entendimento firmado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 810, mantidos os seus termos iniciais, isto é, os juros de mora serão devidos a partir do evento danoso por força do art. 398 do CC[5] e da Súmula nº 54 do STJ[6], enquanto a correção monetária incidirá a

5 "*Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou*".

6 "*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*".

partir do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do STJ[7].

Nesse sentido o entendimento desta Colenda Corte:

"APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Pleito da parte autora em ver indenizados danos moral – Evento danoso consistente em assédio perpetrado por médico pediatra, servidor do Município de Santo André, em face da genitora do menor paciente – Fato comunicado à autoridade policial que, à época, o capitulou como importunação ofensiva ao pudor. Sentença de procedência. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – A Constituição Federal, através do artigo 37, § 6º, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. O Estado pode responder pelo dano causado aos administrados, em virtude da responsabilidade objetiva, ainda que a atividade da qual decorra o gravame seja lícita – Existência de dano, nexo causal e conduta da Administração que são suficientes, por si só, para caracterizar a responsabilidade da Administração. DANO MORAL – Caracterizado – Ofensa moral caracterizada – Dano efetivo, embora não patrimonial, posto que atinge valores internos e anímicos da pessoa – Realização de perícia psicológica, o qual permitiu inferir o abalo psicológico sofrido pela autora – NEXO CAUSAL DEMONSTRADO – A relação entre o dano sofrido pelo autor e a conduta comissiva do agente da Administração foi comprovada via fase instrutória. 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO – A reparação por danos morais tem caráter pedagógico, devendo-se observar a proporcionalidade e a razoabilidade na fixação dos valores, atendidas as condições do ofensor, ofendido e do bem jurídico lesado – Montante corretamente arbitrado – 'Quantum' indenitário fixado em R$ 15.000,00, adequado às circunstâncias do caso. CRITÉRIOS PARA INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – Tese 810 da repercussão geral decidida pelo E. STF no RE 870947 – Correção monetária a partir do arbitramento – Súmula 362, do C. STJ – Juros de mora a partir do evento danoso – Inteligência da Súmula 54, também do C. STJ. Sentença de procedência mantida. Recursos não providos" **(Apelação nº 1018460-49.2016.8.26.0554; rel. Des. LEONEL COSTA; ª Câmara de Direito Público; j. em 30.09.2019 – g.n.);**

No mais, de rigor reconhecer que os pleitos autorais foram julgados parcialmente (e não integralmente) procedentes, sobretudo após este julgamento em sede recursal, não obstante a condenação em montante inferior ao postulado em sede de danos morais não implique, per si, em sucumbência recíproca (Súmula n. 326 do STJ). Porém a sucumbência, no caso, é mínima, a resultar na imposição dos ônus de sucumbência exclusivamente às corrés (CPC/15, art. 86).

Nessa conformidade, em observância ao art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/15,

7 "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*".

as corrés arcarão integralmente com os ônus de sucumbência, ressarcindo à autora eventuais custas e despesas processuais por ela desembolsados, sendo devidos honorários advocatícios aos procuradores da autora no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, já considerado o trabalho havido nas duas instâncias.

Por derradeiro, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que "é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida". Além disso, esclareço também que eventuais recursos de *"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*" **(STJ, EDcl no RMS nº 18205/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 18.04.2006).**

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso voluntário interposto pela autora e **dou parcial provimento** aos recursos oficial e voluntário interposto pela Municipalidade ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1058640-19.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelada PATRÍCIA FALCÃO BAUER LOURENÇO GASPARIAN.

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 34.554)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de segurança – ITBI – Sentença de procedência – Partilha de bens entre cônjuges. Excesso de meação. Ausência de compensação pecuniária – Hipótese de transmissão não onerosa – Inexistência do fato gerador do ITBI – Inteligência do art. 156, II, da Constituição Federal. Pre-

Acesso ao Sumário

cedentes desta Câmara. Recurso não provido.

VOTO

Apelação em face de sentença[1] (fls. 206/209) que concedeu segurança para afastar exigência de recolhimento de ITBI para averbação da alteração da titularidade do bem imóvel, em razão da partilha pactuada em ação para alteração do regime de casamento (fls. 125).

Preliminarmente, sustenta inadequação da via eleita em razão da necessidade de prova pericial para aferição da equivalência da partilha.

No mérito, defende incidência do imposto sobre o excesso de meação, sob fundamento de que não houve distribuição igualitária dos bens constantes do patrimônio comum, resultando transmissão imobiliária onerosa.

Pede reforma.

Contrarrazões às fls. 224/234.

A sentença está sujeita a remessa necessária.

É o relatório.

De início, cumpre afastar a alegação de inadequação da via eleita, uma vez que é desnecessária dilação probatória e as provas constantes nos autos são suficientes para o desate da lide.

Quanto ao mérito, o recurso também não merece acolhida.

Dispõe a Constituição Federal:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e **doação**, de quaisquer bens ou direitos;

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

II - **transmissão "inter vivos",** a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;" (grifo nosso).

Nesse quadro, tem-se que o recebimento por um dos cônjuges de valor superior à meação, no caso de partilha de bens, sem que haja indício de contraprestação correspondente, caracteriza doação, passível de tributação pelo Estado ou Distrito Federal, não havendo transmissão onerosa, o que afasta a tributação municipal.

Eis entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO POR DOAÇÃO – SEPARAÇÃO JUDICIAL – MEAÇÃO. 1. Na separação judicial, a legalização dos bens da meação não está sujeita a tributação. 2. **Em**

1 Valor da causa em 19.11.2020: R$ 44.624,25.

Acesso ao Sumário

havendo a entrega a um dos cônjuges de bens de valores superiores à meação, sem indícios de compensação pecuniária, entende-se que ocorreu doação, passando a incidir, sobre o que ultrapassar a meação, o Imposto de Transmissão por Doação, de competência dos Estados (art. 155, I, da CF). 3. Recurso especial conhecido e provido."[2] (grifo nosso)

No mesmo sentido, precedentes desta Câmara:

"Apelação. Mandado de segurança. Imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis. Alegação de não incidência. Procedência. Partilha de bens entre cônjuges. Excedência da meação. Ausência de compensação pecuniária. Equiparação a transferência não onerosa. Incidência de imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens e direitos. Sentença mantida. Recurso denegado." [3]

"APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – ITBI – Partilha de bens em frações equivalentes entre os consortes derivada de separação judicial – Mera divisão do patrimônio que não configura hipótese de incidência do tributo – Excesso de meação não caracterizado – Imposto indevido – Sentença mantida – Recurso voluntário e reexame necessário – NÃO PROVIDOS."[4]

Ressalte-se que conquanto a partilha de bens não seja igualitária, e a tenha impetrante recebido bens pouco acima da meação, dando outros em troca, **inexistiu qualquer torna, reposição ou compensação em espécie por parte da impetrante a seu cônjuge**, conforme se depreende da exordial da ação de alteração de regime matrimonial (item 3 – fls. 25), homologada por sentença (fls. 125/130).

Bem por isso, indevida a exigência de ITBI, impondo-se, portanto, manutenção da sentença.

Posto isso, **nega-se provimento** ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005428-49.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados J.J.L., I.A.S. e K.C.A.L., é apelado/apelante ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito

2 STJ, REsp 723.587/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 05/05/2005, DJ 06/06/2005.

3 Apelação/Remessa Necessária nº 1028541-66.2020.8.26.0053; Rel. Geraldo Xavier; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; j. 11/05/2021.

4 Apelação/Remessa Necessária n. 0002679-91.2015.8.26.0116; Rel. Henrique Harris Júnior; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; j. 27/04/2017.

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.528)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente) e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 16 de julho de 2021.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL

Hospital público – Maternidade – Troca de bebês – Pretensão indenizatória – Prescrição – Teoria da *actio nata* – Viés subjetivo – Possibilidade:

– Nos casos de troca de bebê na maternidade hospitalar, o prazo prescricional da pretensão indenizatória é deflagrado com a ciência do ato lesivo.

Hospital público – Maternidade – Troca de bebês – Danos morais – Possibilidade:

– Comprovados a conduta, o dano e o nexo causal entre ambos, há o dever estatal de indenizar.

VOTO

RELATÓRIO

Sentença de procedência parcial para condenar a Fazenda a pagar R$ 100 mil para cada autor por danos morais, corrigidos pelo IPCA e acrescidos de juros de mora segundo a Lei 11.960/09 (Tema 810 da repercussão geral), ambos a partir do arbitramento. Custas e honorários pela Fazenda, fixados em R$ 5 mil.

Apelam os autores (fls. 271/280), alegando que a primeira autora K. foi trocada na maternidade, em 1998, somente vindo a descobrir tal fato em 2020, quando, ao dar à luz seu filho, descobriu que seu tipo sanguíneo era incompatível com o dos seus pais. A suspeita foi comprovada mediante exame de DNA. Não foi descoberto o paradeiro dos pais biológicos de K., e nem da filha dos demais autores (I. e J.). Requerida indenização de R$ 500 mil para cada autora, obtiveram apenas R$ 100 mil. Abalado com a notícia, J. afastou-se de casa. I. foi acometida de depressão. A família foi destruída pelo fato. Houve erro grosseiro do Hospital público que teria evitado a troca mediante adoção de precauções básicas. Ainda que a afinidade da filiação decorra da convivência, ela não supre a angústia de um pai e mãe que não sabem o paradeiro da sua verdadeira filha. Foram roubados de afeto e amor, impossível de serem trazidos de volta. Filhos são insubstituíveis. Por isso, a indenização deve ser majorada. O montante pre-

Acesso ao Sumário

tendido equivalente a cerca de R$ 1.800,00 por mês de convívio familiar suprimido, valor ínfimo. A indenização também se presta a penalizar o ofensor. Os honorários também devem ser aumentados para 10% do valor da condenação.

Apela a Fazenda (fls. 289/294), aduzindo, preliminarmente, prescrição da pretensão dos autores, pois já se passaram 23 anos desde o nascimento da primeira autora. No mérito, o valor indenizatório deve ser reduzido, pois desarrazoado. A indenização não pode implicar enriquecimento sem causa.

Houve contrarrazões da Fazenda (fls. 297/303) e dos autores (fls. 306/312).

FUNDAMENTOS

1. Quanto ao dever de indenizar, fica a sentença mantida por seus próprios fundamentos:

"É o relatório.

Fundamento e decido.

Trata-se de ação de indenização por danos morais em razão da troca de bebês em maternidade.

As questões de mérito a serem apreciadas são exclusivamente de direito tornando desnecessária a produção de provas em audiência, nos termos do artigo 355 do Código de Processo Civil de 2015.

A alegada prescrição não deve ser acolhida.

De acordo com o que consta nos autos, a autora K. nasceu em (...)/07/1998, mas os fatos alegados na inicial foram descobertos em (...)/05/2020, quando nasceu seu filho, com sangue O positivo.

O prazo prescricional iniciou-se com o descobrimento do fato.

Nesse sentido, destaco o seguinte julgado do E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

(...)

A pretensão indenizatória prescreve em 05 anos e, como a ação foi ajuizada em 01/02/2021, não há que se falar em prescrição.

No mais, a pretensão deduzida na inicial deve ser parcialmente acolhida.

(...)

De fato, o Estado tem o dever de prestar serviços médicos eficientes.

Restou incontroverso e comprovado pela prova documental que a autora I. deu à luz no estabelecimento da ré (fl. 40/41 e 106).

Por sua vez, os exames de DNA de fls. 65/66 e 67/70 comprovam a inexistência do parentesco entre K., I. e J.

Diversamente do que afirma a ré, K., filha de outros genitores, fora indevidamente entregue pelo hospital a I. e J. (fl. 106) que a registraram como se filha deles fosse (fl. 41).

Acesso ao Sumário

Absolutamente dissociada dos fatos a versão de que a troca da criança poderia ter ocorrido em outro local. Segundo o artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, o réu tem o dever de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito dos autores, ônus do qual não se desincumbiu.

Quanto ao pedido de dano moral, não há necessidade de demonstrar o prejuízo causado pela dolorosa situação narrada na inicial.

O prejuízo deflui ipso facto, do acontecimento danoso. O dano decorrente desse fato é presumido. Assim sendo, cabe a indenização para reparar pecuniariamente o mal originado do ato em questão.

Como é cediço, em casos que tais a indenização pelos danos morais deve corresponder ao valor que satisfaça o sofrimento da parte e iniba o causador a agir da mesma maneira.

Qualquer dano causado a alguém ou ao seu patrimônio deve ser indenizado, estando incluída nessa obrigação a indenização por dano moral, que deve automaticamente ser levada em conta.

Tal indenização deve ser feita em dinheiro, uma vez que possui valor permutativo, podendo-se, de alguma forma, abrandar o sofrimento dos autores, e estimular o aperfeiçoamento do sistema, impingindo alterações, a fim de evitar fatos como este analisado.

Não se tratando de pensão ou alimentos, mas satisfação de um dano moral, a verba deve ser paga de uma só vez, de imediato.

O valor da verba deve compensar a dor sofrida, e arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem inexpressiva".

Embora o art. 189 do CC preveja que a pretensão nasça com a violação ao direito, existem situações nas quais o STJ aplica a teoria da *actio nata* pelo seu viés **subjetivo**, entendendo que não basta a mera violação ao direito para que se deflagre o prazo prescricional (*viés objetivo*), sendo necessária também a ciência, pelo ofendido, dessa violação (*viés subjetivo*).

A demanda indenizatória em razão de troca de bebês na maternidade é uma dessas situações:

*"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. **TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE PÚBLICA**. PRESCRIÇÃO. TEORIA DA ACTIO NATA. REVISÃO. DANO MORAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Compensação por Danos Morais ajuizada pelos agravados buscando o reconhecimento da responsabili-

dade civil do Estado em razão do dano aos direitos da personalidade causados pela troca de bebês em maternidade pública.

*2. **Em relação ao termo inicial da prescrição, deve ser observada a teoria da actio nata, em sua feição subjetiva, pela qual o prazo prescricional deve ter início a partir do conhecimento da violação ou da lesão ao direito subjetivo**.*

(...)". (realce nosso)

(AgInt no REsp 1.682.737/AC, 2ª Turma, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 15.5.2018).

Além disso, demonstrado que a troca ocorreu nas dependências do Hospital Geral Jesus Teixeira da Costa, de responsabilidade do Estado, bem como que a autora K. realmente não é filha biológica dos autores I. e J.: certidão de nascimento (fls. 40/41) e exames de DNA (fls. 65/70).

Por sinal, no que tange ao mérito, a Fazenda apelou tão somente quanto ao valor indenizatório.

Logo, presentes os requisitos para a responsabilidade civil do Estado: **conduta** (troca de bebê), **dano** (prejuízo moral, melhor explicado abaixo) e **nexo de causalidade** (prejuízo moral provocado pela troca de bebê).

2. Em relação aos danos morais, embora a sua estipulação tenha uma carga de subjetividade, a jurisprudência tem traçado parâmetros.

Assim, deve o magistrado, de um lado, considerar as consequências causadas pelo dano à personalidade da vítima, permitindo, quanto possível, a sua reparação (aspecto reparatório), e, de outro, coibir a reiteração da conduta ilícita pelo ofensor (aspecto pedagógico).

No presente caso, deve-se considerar o seguinte.

A troca de bebês na maternidade configura erro na prestação médica dos mais grosseiros, seja pela gravidade das suas consequências, seja pela singeleza dos procedimentos aptos a evitá-lo.

Além disso, apesar de os laços de afinidade serem de expressiva relevância, a ponto de justificarem até mesmo a filiação socioafetiva, inegável a importância biológica da relação de filiação.

Ademais, evidente o choque psicológico ao descobrir-se, depois de mais de vinte anos, a troca do seu filho na maternidade.

Ainda, a descoberta do erro somente depois de tanto tempo torna praticamente impossível qualquer investigação acerca do paradeiro dos parentes biológicos, infligindo relevante angústia sobre os autores, impedidos de conhecer a realidade e a história de tais parentes, ou de ter algum tipo de contato com eles.

Daí que o montante de R$ 100 mil para cada autor não se revela excessivo, configurando, inclusive, patamar tradicionalmente adotado pelo STJ em

Acesso ao Sumário

casos análogos:

*"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. **TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE PÚBLICA**. PRESCRIÇÃO. TEORIA DA ACTIO NATA. REVISÃO. DANO MORAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*

(...)

3. No tocante aos danos morais, somente em hipóteses excepcionais, quando estiver evidente que o quantum indenizatório foi fixado em montante irrisório ou exorbitante, é possível ao STJ rever o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias com esteio nos deslindes fáticos da controvérsia, o que não se verifica in casu.

*4. A Corte a quo, de maneira amplamente fundamentada e atenta às peculiaridades do caso concreto, o qual diz respeito a questão extremamente delicada (bebês trocados na maternidade), entendeu que os elementos evidenciados nos autos 'demonstram a ocorrência de uma enorme violação dos direitos de personalidade dos apelados, a justificar a fixação de indenização no patamar de **R$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada um'.***

5. Aplicar posicionamento distinto do proferido pelo aresto confrontado implica reexame da matéria fático-probatória, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 6. Agravo Interno não provido". (realce nosso)

(AgInt no REsp 1.682.737/AC, **2ª Turma**, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 15.5.2018).

*"EMENTA: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. JUSTIÇA GRATUITA. SÚMULAS N. 7 E 481/STJ. PRESCRIÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. **MATERNIDADE. TROCA DE BEBÊS**. NÃO PROVIMENTO.*

1. A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo integral e adequado, apenas não adotando a tese vertida pelo Agravante. Inexistência de omissão.

(...)

3. Não havendo a devida demonstração de ofensa aos dispositivos legais apontados como violados, incidente o enunciado 284 da Súmula do STF.

4. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia,

Acesso ao Sumário

em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(...)

Acontece que posteriormente se descobriu que nascera nas dependências da agravante outra criança que foi trocada pelo filho do autor, o que motivou novos exames, constatando-se finalmente a troca, daí o pedido indenizatório contra a agravante, que fora condenada ao pagamento de ***R$ 90.000,00 (noventa mil reais).***

(...)

O valor da indenização, por fim, não se distancia demasiadamente de casos similares já julgados por esta Corte". (realce nosso)

(AgInt no AREsp 1.094.355/MG, **4ª Turma**, rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 22.3.2018).

3. Em relação aos honorários, igualmente melhor sorte não socorre os autores. A aplicação da equidade somente nas causas de valor *inestimável*, *irrisório*, ou *muito baixo* viola a isonomia (art. 85, § 8º, do NCPC), pois a sua fixação em patamar *excessivo* pode gerar, como dito, esvaziamento da prestação jurisdicional, especialmente quando desproporcional à complexidade da causa.

Nesse sentido, entendimento desta 10ª Câmara de Direito Público:

"EMENTA: MEDICAMENTOS. Hepatite viral crônica do tipo C. Sofosbuvir 400mg. Simesprevir 150mg. CF, art. 196. LF nº 8.080/90, art. 6º. Multa cominatória. Honorários advocatícios. (...) 3. Honorários advocatícios. Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários advocatícios observará os critérios previstos nos incisos do § 2º do art. 85 do CPC e os percentuais mínimos e máximos estabelecidos no § 3º, incidentes sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido; mas poderá fixa-los por equidade quando o valor for inestimável ou irrisório nos termos do § 8º. Simples regra de isonomia indica que o mesmo arbitramento por equidade deve ser aplicado quando o valor é desproporcional à complexidade da causa e ao trabalho feito, pois a lei quer evitar a remuneração insuficiente e também a remuneração excessiva, ainda mais quando o pagamento onera o erário. Afinal, não se compreende uma justiça de uma só direção. Procedência. Recurso oficial e do Estado providos em parte. Recurso do advogado provido em parte".

(Apelação nº 1000904-13.2016.8.26.0270, rel. Des. TORRES DE CARVALHO, julgada em 3.7.2017).

É também a posição do STJ:

Acesso ao Sumário

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, §8º, DO CPC/2015. VALOR EXCESSIVO. APRECIAÇÃO EQUITATIVA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

(...)

No mister, a Primeira Turma deste STJ já decidiu no sentido de que o novo regramento sobre fixação de honorários a partir da apreciação equitativa dos autos, tal como trazido pelo art. 85, §8º, do CPC/2015 não é absoluto e exaustivo, sendo passível de aplicação em causas em que o proveito econômico não é inestimável ou irrisório ou, ainda, em que o valor da causa não é muito baixo. É que, do contrário, estar-se-ia diante de um excessivo apego à literalidade da lei. "Seria um demasiado amor ao formalismo, desconsiderando a pressão dos fatos processuais, em apreço ao cumprimento da lei em situação que revela a sua acintosa inadequação. 5. O art. 1º do Código Fux orienta que o processo civil observe princípios e valores, bem como a lei, significando isso a chamada justiça no caso concreto, influenciada pelas características e peculiaridades do fato-suporte da demanda, o que deve ser adequadamente ponderado." (REsp 1771147/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 25/9/2019).

Da mesma forma, nota-se recente julgado da Segunda Turma desta Corte Superior (REsp 1.789.913/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 11/3/2019), no qual se firmou entendimento no sentido de que o juízo equitativo do § 8º do art. 85 do CPC/2015 deve ser empregado tanto na hipótese do valor da causa ser irrisório como no caso em se apresente exorbitante, atentando-se aos princípios da boa-fé processual, independência dos poderes e da isonomia entre as partes".

(REsp 1.864.345/SP, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, decisão monocrática prolatada em 17.3.2020).

Ainda no tópico dos honorários, ressalte-se que o art. 85, § 11, do NCPC, ao utilizar o vocábulo "majorar", dá a entender que só se majora o que a sentença já deu ao advogado.

Tanto assim que impõe limite à soma das fixações, conforme parte final do referido dispositivo.

Logo, se houver inversão do decidido, i.e., provimento do recurso da parte que sucumbiu na sentença, como ela não recebeu quaisquer honorários, nada haverá a "majorar", somente serão invertidos os ônus da sucumbência e ela ganhará os honorários sem majoração qualquer.

Esse é o entendimento trilhado pelo STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DI-

Acesso ao Sumário

VERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. PRESCRIÇÃO. REPARAÇÃO. DIREITOS AUTORAIS. ILÍCITO EXTRACONTRATUAL. ACÓRDÃO EMBARGADO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. Os embargos de divergência não podem ser admitidos quando inexistente semelhança fático-processual entre os arestos confrontados.

2. No caso, a TERCEIRA TURMA apreciou controvérsia sobre a prescrição envolvendo violação extracontratual de direitos autorais. O paradigma (REsp n. 1.211.949/MG), no entanto, enfrentou questão relativa ao prazo prescricional para execução de multa cominatória, por descumprimento de decisão judicial que proibia o réu de executar obra musical. Constata-se assim a diferença fático-processual entre os julgados confrontados.

3. A jurisprudência de ambas as turmas que compõem esta SEGUNDA SEÇÃO firmou-se no mesmo sentido do acórdão embargado, segundo o qual é de 3 (três) anos, quando se discute ilícito extracontratual, o prazo de prescrição relativo à pretensão decorrente de afronta a direito autoral. Precedentes.

4. As exigências relativas à demonstração da divergência jurisprudencial não foram modificadas pelo CPC/2015, nos termos do seu art. 1.043, § 4º.

5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso.

6. Não haverá honorários recursais no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração apresentados pela parte que, na decisão que não conheceu integralmente de seu recurso ou negou-lhe provimento, teve imposta contra si a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

7. Com a interposição de embargos de divergência em recurso especial tem início novo grau recursal, sujeitando-se o embargante, ao questionar decisão publicada na vigência do CPC/2015, à majoração dos honorários sucumbenciais, na forma do § 11 do art. 85, quando indeferidos liminarmente pelo relator ou se o colegiado deles não conhecer ou negar-lhes provimento.

8. Quando devida a verba honorária recursal, mas, por omissão, o Re-

Acesso ao Sumário

lator deixar de aplicá-la em decisão monocrática, poderá o colegiado, ao não conhecer ou desprover o respectivo agravo interno, arbitrá-la ex officio, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte, não se verificando reformatio in pejus.

9. Da majoração dos honorários sucumbenciais promovida com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015 não poderá resultar extrapolação dos limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido artigo.

10. É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba.

11. Agravo interno a que se nega provimento. Honorários recursais arbitrados ex officio, sanada omissão na decisão ora agravada".

(AgIn no EREsp 1.539.725, 2ª Seção, rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, julgado em 9.8.2017).

Veja-se que tal posicionamento foi referendado pela Corte Especial do STJ:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO MONOCRÁTICA NÃO ATACADA. INADMISSIBILIDADE. REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO RECURSAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 315/STJ. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO § 11 DO ART. 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não se admite a interposição de Embargos de Divergência na hipótese de não ter sido analisado o mérito do Recurso Especial, conforme a Súmula 315/STJ.

2. A questão que sobeja em divergência é quanto ao cabimento ou não de honorários de advogado nesta fase recursal, novidade instituída pelo Novo Código de Processo Civil.

3. Os critérios de cabimento dos honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do novo CPC, já foram tema de discussão na Terceira Turma, na sessão de 4 de abril de 2017, no julgamento dos EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ, o que levou à uniformização do tema no âmbito daquele órgão julgador.

4. Tais critérios foram reavaliados pela Segunda Seção, no julgamento do AgInt nos Embargos de Divergência em REsp 1.539.725-DF, os quais passam a ser adotados como entendimento desta egrégia Corte Especial.

5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma

Acesso ao Sumário

do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso.

6. Não haverá honorários recursais no julgamento de Agravo Interno e de Embargos de Declaração apresentados pela parte que, na decisão que não conheceu integralmente de seu recurso ou negou-lhe provimento, teve imposta contra si a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

7. Com a interposição de Embargos de Divergência em Recurso Especial tem início novo grau recursal, sujeitando-se o embargante, ao questionar decisão publicada na vigência do CPC/2015, à majoração dos honorários sucumbenciais, na forma do § 11 do art. 85, quando indeferidos liminarmente pelo relator ou se o colegiado deles não conhecer ou negar-lhes provimento.

8. Quando devida a verba honorária recursal, mas, por omissão, o Relator deixar de aplicá-la em decisão monocrática, poderá o colegiado, ao não conhecer do respectivo Agravo Interno ou negar-lhe provimento, arbitrá-la ex officio, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte, não se verificando reformatio in pejus.

9. Da majoração dos honorários sucumbenciais promovida com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015 não poderá resultar extrapolação dos limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido artigo.

10. É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba.

11. In casu, denota-se: a) a majoração da verba, no caso que ora se examina, decorre da inadmissão dos Embargos de Divergência - o que, como visto, trouxe novo grau recursal com sua interposição; b) a lei não exige comprovação do efetivo trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrida para a majoração dos honorários. O trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrida, em grau recursal, deve ser tido como critério de quantificação, e não como condição para majorar os honorários.

12. Quanto à matéria, precedentes do Pretório Excelso: ARE 898.896 AgR -EDv - AgR/RJ - Relator Ministro Dias Toffolli, julgado em 24/02/2017, Tribunal Pleno, DJe de 15/3/2017; ARE 859.077 AgR-ED-EDv-AgR/AC - Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23/03/2017, Tribunal Pleno,

Acesso ao Sumário

DJe de 29/5/2017.

13. Cabível a majoração dos honorários recursais em desfavor da parte insurgente, nos termos da decisão agravada.

14. Agravo Interno não provido". (realce nosso)

(AgInt nos EAREsp 762.075/MT, rel. p/ Acórdão Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 19.12.2018, DJe 7.3.2019).

Dessa forma, razoável a fixação dos honorários pela sucumbência da Fazenda em R$ 5.000,00, majorados nesta oportunidade para R$ 7.500,00, ausentes honorários recursais devidos pelos autores, pois não fixados em Primeiro Grau.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento a ambos os recursos, majorados os honorários devidos pela Fazenda para R$ 7.500,00.

Faculto aos interessados manifestação em dez dias de eventual oposição a julgamento virtual de recurso futuro para sustentação oral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1044756-54.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELCIO FRANCISCO DA SILVA JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.638)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO FARIA e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 20 de julho de 2021.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação ordinária. Concurso público. Polícia Militar. Exclusão por força de exame psicológico. Cerceamento de defesa inocorrente. Prova pericial corretamente indeferida. A previsão de exame psicológico na Lei Estadual n. 10.123/68 e na Lei Complementar Estadual n. 697/92 oferece amparo à disposição relativa à avaliação, expressa pelo De-

creto n. 41.113/96. Laudo apresentado em Juízo pela Administração que se revela hígido. A data ulterior constante do documento decorre da consulta realizada ao prontuário, cujo sigilo do expediente é assegurado conforme as normas regulamentares. A adoção de critérios objetivos e sobretudo técnicos na referida fase do concurso público legitima seu resultado. Entrevista que se configura como apenas um dos instrumentos de que a banca se vale para aferir a aptidão psicológica do candidato. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de Apelação de Elcio Francisco da Silva Junior contra a r. sentença de fls. 201/204, que julgou improcedente a ação ordinária ajuizada em face da *Fazenda do Estado de São Paulo*, em que objetiva a anulação do ato que o reprovou no exame psicológico realizado no concurso público para ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo como Soldado PM 2ª Classe. Pleiteia, ainda, indenização por danos morais.

Ante a sucumbência, o apelante foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, os quais foram fixados em 10% do valor da causa, ressalvada a assistência judiciária gratuita deferida.

Inconformado, o autor pugna pela inversão do julgado. Preliminarmente, alega cerceamento de defesa em razão do indeferimento da perícia judicial postulada. Afirma que a prova seria necessária haja vista a dúvida quanto à legitimidade do laudo encartado pela ré, o qual seria extemporâneo por ter sido elaborado após o próprio ato que gerou a eliminação do certame. Controverte, ainda, o método aplicado na etapa do concurso, vez que, conforme o Decreto Lei nº 9.739/19, os candidatos deveriam ter acesso pleno ao processo de avaliação, sob pena de anulação e reedição do exame. Sustenta que a conclusão obtida pelos psicólogos deveria ser passível de recurso administrativo, tendo em vista a subjetividade da análise realizada (fls. 210/228).

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a fls. 231/243.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso, nos termos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil.

Todavia, o apelo não comporta provimento.

O autor objetiva reverter a inaptidão atestada na avaliação psicológica realizada no concurso público promovido para ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo, nos moldes do Edital DP-2/321/18. Vislumbra, com a

medida, reintegrar-se ao rol de candidatos habilitados e obter indenização do Estado por danos morais decorrentes da exclusão.

Inicialmente, não procede a alegação de cerceamento de defesa e a pretensão de realização de exame pericial, pois claramente o pleito violaria o princípio da isonomia, já que permitiria ao candidato reprovado ser reavaliado por profissional não integrante da banca examinadora, com o uso de critérios diversos aos aplicados aos demais candidatos. Além do mais, o exame psicológico foi realizado com as normas do Conselho Federal de Psicologia (CFP) e do Conselho Regional de Psicologia (CRP), sendo realizados por Banca Examinadora composta exclusivamente por profissionais com registro válido no CRP-SP (cf. fls. 166/167).

E, pelas mesmas razões, não se afigura razoável admitir eventual avaliação em Juízo como substitutivo do exame efetuado na data regulamentar do certame, visto que, na oportunidade em que fora lavrado, as condições de aferição eram distintas e, por estar fora do contexto do concurso, prejudicam sobremaneira a lisura dos resultados obtidos. De acordo com as ponderações da banca, "*em razão da peculiaridade do cargo pleiteado, a exigência de aptidão para desempenhá-lo se torna imprescindível. Assim, a tomada de decisão da banca examinadora se baseia nos dados disponíveis no momento da análise, não se permitindo divagações sobre a potencialidade do ser humano em se superar, haja vista que não há interesse de colocar uma pessoa numa ocupação em que ela se sinta constrangida ou que a precipite ao fracasso*." (fls. 162/163).

A par disso, tampouco se identifica vício que infirme a validade do laudo acostado aos autos: muito embora a elaboração da peça seja de fato ulterior ao ato impugnado, a Fazenda expõe que as considerações subscritas pela comissão examinadora foram efetivamente colhidas do prontuário que respaldou a eliminação do autor no certame expediente que permanece sob os cuidados da Polícia Militar (cf. fls. 197/198).

Vale dizer, em função do sigilo que se comete a tal documento, nos termos do artigo 4º da Resolução nº 01/2009 editada pelo Conselho Federal de Psicologia, infere-se que a elaboração do laudo em apreço somente ocorreu na data assinalada por ocasião da consulta realizada pela Polícia Militar aos registros, para fins de instrução da lide; e, nesse aspecto, cumpre adotar o relatório formulado, sobretudo no que toca à análise conclusiva, em que se expuseram minuciosamente as razões que conduziram à inaptidão (cf. fls. 159/161).

Impende ressaltar que a avaliação psicológica seguiu critérios objetivos, condizentes com o princípio da legalidade aplicável aos concursos públicos: o edital delineou as modalidades de testes aplicados, assim como os resultados esperados; assim, se o exame se revela subjetivo à medida que demanda participação responsiva do candidato, por outro lado, as conclusões clínicas alcançadas

Acesso ao Sumário

são produto de preceitos científicos objetivamente traçados.

Bem por isso, não cabe ao apelante insurgir-se contra a sistemática empregada pela Administração na apuração de tal quesito, questionando-se os procedimentos adotados. Consoante restou elucidado pelo corpo de avaliação responsável pelos exames, estes não se cingiram à entrevista ao candidato, sendo esta apenas um dos instrumentos de que se dispunha a tanto, cabendo salientar que a conclusão final decorre do confronto dos resultados obtidos pela aplicação dos métodos adotados, em conformidade com a técnica reconhecida pela entidade da classe:

"2.3. Instrumentos utilizados na avaliação:

– O Teste Palográfico na avaliação da personalidade (...)

– Teste Projetivo (...)

– Teste de Inteligência (...)

– EPR (Escala dos Pilares da Resiliência) (...)

– Teste Psicodiagnóstico Miocinético (PMK) (...)

– Entrevista psicológica, utilizada apenas como um instrumento para agregar dados da história de vida do candidato, os quais são considerados importantes na análise e mensuração do material dos testes.

(...)

Há ainda que se ressaltar que o resultado obtido pelo candidato é fruto dos dados que ele próprio produziu nos testes psicológicos que lhe foram aplicados, sendo estes testes, instrumentos técnicos reconhecidos pela comunidade científica da área psicológica, que atendem às normas em vigor, dos Conselhos Federal e Regional de Psicologia.

(...)

A fim de atingir os objetivos, no que concerne ao Exame Psicológico, foram utilizados os procedimentos e instrumentos técnicos reconhecidos pela comunidade científica da área psicológica, que atendem as normas em vigor, dos Conselhos Federal e Regional de Psicologia, sendo a aplicação destes testes, realizada por profissionais capacitados, pertencentes à Divisão de Seleção e Alistamento da Diretoria de Pessoal, os quais possuem seus respectivos registros no Conselho Regional de Psicologia.

A bateria de testes psicológicos utilizados pela Divisão de Seleção e Alistamento está em concordância com o Sistema de Avaliação de Testes Psicológicos – SATEPSI, desenvolvido pelo Conselho Federal de Psicologia." (fls. 155/165).

Assim, havendo o candidato assentido aos parâmetros dispostos em edital que jamais buscou questionar, o resultado que lhe foi desfavorável não pode ser acoimado de ilegal, nem mesmo pela falta de previsão de recurso administra-

Acesso ao Sumário

tivo, visto que a análise clínica não se mostra suscetível a revisão em virtude do caráter peremptório da avaliação técnica; remanesce ao candidato apenas a entrevista devolutiva, cominada como oportunidade de se informar acerca dos motivos da inaptidão atestada – e da qual, na espécie, o autor não se valeu.

Dessa forma, pelos elementos carreados, as razões postas no recurso não possuem o condão de alterar a sorte da demanda. Não demonstrada a ilegalidade do ato administrativo, resta inabalada a presunção de legitimidade e legalidade que o caracteriza e, por conseguinte, não cabe cogitar-se de dano moral suscetível de indenização.

Por fim, nos moldes do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, cumpre elevar os honorários advocatícios fixados em Primeira Instância a 11% do valor da causa, ressalvado o benefício da Justiça Gratuita concedido ao requerente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001614-45.2016.8.26.0363, da Comarca de Mogi-Mirim, em que são apelantes ADENIR NOGUEIRA SOUZA e CLÁUDIO MATOS DE SOUSA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI MIRIM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.108)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), EDUARDO GOUVÊA e MOACIR PERES.

São Paulo, 22 de julho de 2021.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: DIREITO URBANÍSTICO. Ação Demolitória. Desrespeito à ordem Urbanística do Município que possibilita a ordem de demolição, admitida no ordenamento municipal. Construção irregular sobre área pública. Impossibilidade de regularização, não sendo aplicável a teoria do fato consumado. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ao relatório da sentença de f. 290/2, acrescento que ação ajuizada pelo Município de Mogi Mirim contra Cláudio Matos de Souza e outros, objetivando o desfazimento de construção realizada em desacordo com o projeto aprovado pelo Município, resultando em invasão de área pública comum, foi julgada procedente para condenar os réus a realizar a demolição, no prazo de 30 dias, sob pena de, não o fazendo, ser a executada pelo autor, às expensas dos réus com acréscimo de 20% sobre o preço total, sem prejuízo de pagamento de multa diária ora fixada em R$ 1.000,00, por dia de descumprimento do preceito. Em razão da sucumbência, foram os réus condenados ao pagamento as custas e despesas processuais, bem como em honorários fixados em 15% do valor da causa, nos moldes do art. 85, §2º, do CPC.

Apelam os réus (f. 301/3). Arguem nulidade da sentença por omissão quanto à preliminar de ilegitimidade de parte da corré Cecília Maria da Silva. Batem-se, no mérito, pela reforma da sentença ao argumento de que a área em frente ao imóvel ora em questão não possui área verde, mas sim áreas públicas de uso comum distribuídas no interior das quadras (...) subutilizadas. Ademais, que os corréus construíram fora dos padrões das posturas municipais, o que caracteriza a existência de anulação por parte dos corréus adquirentes.

Contrarrazões a f. 308/11.

Pronunciou-se a Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso (f. 328/32).

É o relatório.

1. Não se identifica a alegada nulidade: a legitimidade *ad causam* de Cecília Maria da Silva Berni e Antonio Carlos Berni foi bem afastada, em decisão saneadora de f. 207/8.

Como obtemperou o MM. Juiz *a quo*, se os efeitos da pretensão só têm aptidão para atingir os atuais proprietários do bem, nada parece justificar a inclusão no polo passivo de todos aqueles que, **anteriormente**, foram proprietários do imóvel.

A matéria envolve direito urbanístico, sendo estranha ao objeto da lide qualquer questão que diga respeito a aspectos negociais de interesse exclusivo de particulares, que haverá de ser resolvida nas vias próprias.

2. Insurgem-se os apelantes contra o desate que lhe foi desfavorável. Sustentam que a sentença deixou de seguir as previsões tanto do projeto do loteamento em si, quanto do Estatuto da Cidade Que prevê áreas subutilizadas ou não utilizadas para o atendimento dos habitantes.

Sem razão, no entanto. A prova técnica produzida nos autos identificou que **os requeridos avançaram os limites de seu terreno no sentido dos fundos para a frente, em um distância de cerca de 10 metros, abrangendo**

uma área de 96 metros quadrados sobre um local onde, no projeto do loteamento, estava prevista um a área pública, de uso comum, feita por caminhos e espaços livres (f. 231/47).

Ainda, em complemento ao laudo, consignou o perito (f. 274/8):

(...) o lote dos requeridos avançou sobre uma ÁREA PÚBLICA, ÁREA DE USO COMUM, (...)

Em que pese o respeito às argumentações dos requeridos, não entendeu este perito necessário trazer ao laudo informações cartorárias a respeito da regularização do loteamento, visto que o ponto controvertido da perícia (constatação de invasão em áreas públicas) era possível de ser constatado com base no mapa do loteamento e nas medições feitas no local.

O projeto do loteamento se encontra juntado aos autos, em fls. 94/105, sendo que, em uma das partes do referido projeto, juntada em fls. 102, é possível visualizar a situação originalmente prevista para o lote dos requeridos. Quanto à área efetivamente ocupada, esta foi aferida no local.

Igualmente não se sustenta a defensiva a tese segundo a qual quando adquiriam o referido imóvel, em novembro/2014, já constava uma pequena calçada que ligava a passagem de entrada do imóvel, pois que por razões de segurança pública, seus moradores tiveram que forçosamente levantar muros na frente, para impedir que fossem constantemente assaltados com arrombamentos e usuários de drogas,

Deveras, os apelantes claramente mostram pretender se valer da teoria do fato consumado, apostando que a construção, despida de licença e contrária à legislação, seria mantida. Contudo, a obra, que fora realizada sem a devida e prévia aprovação pela Prefeitura, violou o art. 2º, I, da Lei nº 5.540, de 16 de abril de 2014, que dispõe sobre a regularização de construções clandestinas e irregulares (f. 9/10), o que por si só torna letra morta os argumentos esgrimidos.

Segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles:

O poder municipal de controle das edificações decorre, hoje, da Constituição Federal, que outorga competência expressa ao Município para promover o ordenamento de seu território, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII). Embasa-se, ainda, no art. 1.299 do CC, que autoriza as construções, respeitando-se o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. Tais regulamentos consubstanciam-se no Código de Obras e nas normas edilícias complementares. Na regulamentação municipal deverão ser impostas minuciosamente as condições em que o proprietário pode construir, visando à segurança e à higiene das edificações. Dentre as exigências, são perfeitamente cabíveis as que se relacionem com a solidez da construção, com a aeração, isolação, cubagem, altura máxima e mínima etc. Para bem policiar as edificações as Municipa-

Acesso ao Sumário

lidades subordinam as construções e reformas à prévia aprovação do projeto pela seção competente da Prefeitura e exigem que tais projetos sejam elaborados e subscritos por profissional legalmente habilitado, na forma da legislação federal pertinente. Pelo mesmo motivo, a ocupação dos edifícios deve ser precedida de vistoria e expedição de alvará de utilização, conhecido por "habite- se". **O poder de polícia municipal, em matéria de habitações, como se vê, é amplo, possibilitando o acompanhamento da execução da obra e vistorias posteriores à sua conclusão, desde que o Poder Público suspeite de insegurança ou alteração das condições de higiene e salubridade, sempre exigíveis. Encontrando- as em desconformidade com as exigências legais e regulamentares, pode promover sua interdição e demolição, ou permitir a adaptação às condições oficiais.**[1]

Fato é que a edificação, claramente clandestina avança sobre área pública, em situação que não é passível de regularização. Mais: por constituir extensão do prédio dos apelantes, a resolução da questão não passa pelas políticas de regularização estabelecidas no Estatuto da Cidade.

Nessa perspectiva, não há dúvida alguma quanto à legitimidade do Município, no exercício de seu poder de polícia, em promover a ação demolitória, notadamente considerando, na hipótese, a previsão contida no art. 30, VIII, da CR, que estipula competir ao Município promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. Constatação de construção sem a devida autorização da Municipalidade Violação à legislação municipal de regência. Proprietário que não atendeu aos regramentos de edificações da Municipalidade. Procedência do pedido da Autora. Sentença mantida pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, adotados como razão de decidir, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Recurso não provido.[2]

APELAÇÃO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE FATO. Pretensão à demolição de obras clandestinas. Prescrição. Inocorrência. Poder de polícia que não encontra limites temporais. Instauração de diversos processos administrativos ao longo do tempo. Construções impugnadas que são meros anexos, não interferindo na garantia à moradia digna dos apelantes. Cobrança de IPTU sobre a área clandestina que não convalida as obras irregulares. Sentença mantida. Apelação desprovida.[3]

E ainda de minha relatoria a Apelação nº 1013004-78.2018.8.26.0577,

Acesso ao Sumário

1 Direito Administrativo Brasileiro", 30ª ed., Malheiros Editores, 2005, págs. 145/146).

2 Ap nº 1000482-78.2014.8.26.0053, Des. Camargo Pereira, 3ª Câmara de Direito Público, j. em 3.3.2021.

3 Ap nº 0027747-10.2008.8.26.0562, Des. Marcelo Semer, 10ª Câmara de Direito Público,. j. em 30/03/2015.

dentre outras.

3. Agregados os fundamentos da sentença, nego provimento ao recurso.

Mercê da sucumbência recursal, elevo a honorária em dois pontos percentuais, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC.

Custas pelos vencidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1501665-51.2018.8.26.0323, da Comarca de Lorena, em que é apelante MUNICÍPIO DE LORENA, é apelada MARCOS GUIMARAES SILVA FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o 3º Juiz, Des. Erbetta Filho. Adotou-se a técnica de julgamento do artigo 942, *caput*, e §1º do CPC, sendo chamados a integrar a turma julgadora os Desembargadores Silva Russo e Rodrigues de Aguiar. Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão, vencidos os Desembargadores Erbetta Filho e Silva Russo. **(Voto nº 39.248)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), RAUL DE FELICE, SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução fiscal – ISS dos exercícios de 2014 a 2017 – Exceção de pré-executividade acolhida – Engenheiro – Comprovação de inexistência de prestação de serviços desde 1996 no município de Lorena – Inocorrência de fato gerador – Sucumbência recursal – Majoração dos honorários para R$ 800,00 – Inteligência do § 11 do Art. 85 do CPC – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal proposta pelo MUNICÍPIO DE LORENA em

face de MARCOS GUIMARAES SILVA FILHO, objetivando para a cobrança de ISS dos exercícios de 2014 a 2017, no valor de R$ 4.125,28.

O executado apresentou exceção de pré-executividade às fls. 13/29, alegando a nulidade da CDA e a ausência da ocorrência do fato gerador.

Impugnação da Municipalidade às fls. 126/136 e manifestação do executado às fls. 128/138.

A sentença de fls. 147/148, proferida pela MM. Juíza Vanessa Pereira da Silva, cujo relatório se adota, acolheu a exceção de pré-executividade para declarar a nulidade dos tributos, em face da ausência de fato gerador e determinar o cancelamento das inscrições em dívida ativa, extinguindo a execução fiscal. Condenou a Municipalidade ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados por equidade em R$ 500,00.

Inconformada, apelou a Municipalidade às fls. 153/163, alegando que a discussão referente à ausência de fato gerador não é passível de conhecimento em exceção de pré- executividade, tendo em vista a presunção de legitimidade da CDA. Sustentou que a atividade de engenheiro não consiste unicamente na aprovação de projetos junto à Municipalidade.

Recurso tempestivo e isento de preparo, com contrarrazões às fls. 167/168.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

A sentença deve ser mantida

Isto porque, embora o executado não tenha solicitado o cancelamento de sua inscrição municipal, comprovou que não prestou serviços de engenharia no município de Lorena durante o período tributado.

Com efeito, alega o apelado que se cadastrou junto ao município de Lorena em 1996 para a prestação de um único serviço e após jamais prestou serviços nesse município e que durante o período tributado ocupou emprego público no município de Guaratinguetá.

Compulsando os autos, verifica-se do registro do CREA que, de fato, o executado não emitiu anotações de responsabilidade técnica - ART durante o período tributado no Município de Lorena.

Verifica-se, ainda, da declaração firmada pela Prefeitura de Guaratinguetá que o executado ocupou emprego público em comissão como Secretário Municipal de Obras Públicas entre 02/01/2013 a 30/12/2016 (fl. 30).

Por isso, restando demonstrado nos autos que desde 1996 o executado não exercia suas atividades como engenheiro no município de Lorena, não deve a execução prosseguir, por ausência de fato gerador apto a ensejar a incidência do tributo.

O ISS, como indica o próprio nome, incide sobre a prestação do serviço,

Acesso ao Sumário

sendo este o seu fato gerador, portanto, se o apelado, apesar de registrado perante o cadastro municipal como profissional autônomo, não prestou qualquer serviço de engenharia, não há que se falar em incidência do ISS.

De sorte que, em que pese a presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa, o apelado demonstrou nos autos a ausência de exercício profissional como engenheiro no município de Lorena durante o período tributado.

Cabia, neste caso, à Municipalidade provar documentalmente ou por outros meios que o serviço de engenharia foi prestado pelo executado nos exercícios tributados, pois, neste caso, incumbia ao Fisco a demonstração da ocorrência do fato gerador para fins de legitimar o lançamento do ISS.

E, não tendo o Município se desincumbido de provar que o lançamento fiscal teve origem na efetiva prestação de serviço, mediante apresentação de notas fiscais ou qualquer outra medida administrativa apta a apurar a prestação do serviço e gerar a incidência do tributo, não há como legitimar o lançamento.

Em razão da sucumbência recursal da apelante e tendo em vista o que dispõe o novo Código de Processo Civil, notadamente no § 11 do Art. 85, os honorários advocatícios fixados pelo Juízo a quo em R$ 500,00 são majorados para R$ 800,00.

Por fim, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria suscitada, observando-se o entendimento do STJ no sentido de que "tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida" (EDcl no RMS 18205/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18/04/2006).

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 40.767)

Vistos.

Ouso divergir da douta maioria por entender que a apelação comporta provimento, a fim de se imprimir regular prosseguimento ao executivo fiscal.

Em que pese o respeitável entendimento diverso, a exceção de pré-executividade não podia ter sido acolhida porque os argumentos expendidos pelo excipiente não têm lugar nos estritos limites da *exceptio.*

De fato, o argumento da inexistência do fato gerador da obrigação tributária, por decorrer apenas de cadastro e não da efetiva prestação de serviços devia mesmo ser rechaçado, haja vista que o pretendido reconhecimento inexigibilidade do título executivo não poderia ter sido apreciado na estreita sede da obje-

Acesso ao Sumário

ção de pré-executividade, por se tratar de matéria insuscetível de conhecimento de ofício pelo juiz ou tribunal, como aliás apontado pela Municipalidade-apelante na peça recursal.

Como se sabe, de regra, a via mais adequada para a suscitação das questões levantadas pelo devedor é a dos embargos, nada impedindo, todavia, por economia processual, o conhecimento das mesmas por meio da chamada exceção de pré-executividade, que encontra amparo legal no art. 803, parágrafo único do Novo Código de Processo Civil, hodiernamente admitida pela Doutrina e pela Jurisprudência, porém com fim exclusivo de se arguirem matérias cognoscíveis de ofício e cujo exame, concorrentemente, dispense a produção de provas.

Tal entendimento, a propósito, encontra-se cristalizado nos dizeres da Súmula nº 393 do STJ, *in verbis*: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória*".

À vista dessas considerações, *data venia* do entendimento contrário, a solução mais correta parece ser o improvimento do recurso, a fim de que seja rejeitada a sentença, com o regular prosseguimento da execução.

Essas, em suma, as razões da dissensão.

ERBETTA FILHO, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009876-48.2020.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES, é apelado REICHHOLD DO BRASIL LTDA.

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 34.558)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente sem voto), RODRIGUES DE AGUIAR e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

SILVA RUSSO, Relator

Ementa: Ação Anulatória de Débito Fiscal – ISSQN – Exercício de 2014 – Município de Mogi das Cruzes – Auto de Infração lavrado contra empresa que to-

mou serviços de outras empresas não localizadas em Mogi das Cruzes e não realizaram cadastro no órgão municipal competente – Lei municipal que impõe à empresa tomadora o dever de recolher o ISSQN devido aos cofres municipais – Tema 1020 do STF – É incompatível com a Constituição Federal lei municipal que prevê a obrigatoriedade de cadastro, em órgão municipal, de prestador de serviço não estabelecido no território do Município **– Auto de infração declarado nulo em primeiro grau – Sentença mantida – Apelo desprovido.**

VOTO

Cuida-se de apelação tirada contra a r. sentença de fls. 1543/1547, que julgou procedente o pedido anulação do auto de infração nº 3691/2019 imposto pelo Município de Mogi das Cruzes, buscando a apelante nesta sede, a reforma do julgado, preliminarmente, porque a autora ajuizou esta ação em face da Procuradoria Geral do Município de Mogi das Cruzes, órgão ser personalidade jurídica ou capacidade processual. No mérito, sustenta que o artigo 8º-A da Lei Municipal nº 26/03 instituiu o cadastro das empresas prestadoras de serviços que emitem notas fiscais autorizadas por outros municípios com tomador estabelecido no Município de Mogi das Cruzes é fruto do exercício do poder de fiscalização deferido ao ente tributante, nos termos do artigo 113, §2º do CTN. Nesse sentido, defende a validade do auto de infração nº 3691/2019, uma vez que a autora confessa que tomou serviços de prestadores localizados em outro município, não inscritos no CPOM, e que não reteve o ISS, a despeito de saber que a legislação do Município de Mogi das Cruzes determina a retenção na fonte do ISS, por parte do contribuinte, na qualidade de tomador do serviço, nos casos em que o prestador estabelecido fora do Município de Mogi das Cruzes não promover a sua inscrição no citado Cadastro de Prestadores de Outros Municípios - CPOM. Subsidiariamente, requer a redução dos honorários advocatícios fixados em primeiro grau. (fls. 1550/1579)

Recurso tempestivo, isento de preparado, respondido (fls.1584/1600) e remetido a este E. Tribunal.

É o relatório, adotado, no mais, o da respeitável sentença.

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal ajuizada por Reichhold do Brasil Ltda. em face do Município de Mogi das Cruzes sob a alegação de que o Auto de Infração nº 3691/2019, referente a supostos créditos de ISSQN devidos no exercício de 2014, seria nulo porque o Município não pode exigir da autora o recolhimento de ISSQN em razão de não cumprimento de obrigação acessória

Acesso ao Sumário

prevista em lei municipal em evidente confronto com a distribuição da competência tributária realizada pela LC 116/03.

Em primeiro grau, o pedido foi julgado procedente, uma vez que:

(...) Por isso, de rigor se reconhecer a insubsistência do auto de infração, porquanto o Município de Mogi das Cruzes é incompetente para tributar a atividade descrita, não sendo hipótese de aplicação da Lei municipal 26/03, restrita aos serviços prestados/tomados no âmbito de sua circunscrição territorial". Por fim, a pretensão do Município pela retenção do ISSQN pelo tomador do serviço, diante da falta de inscrição no Cadastro de Empresas não Estabelecidas no Município de Mogi das Cruzes, à época dos serviços, conforme disposto no artigo 8º- A da Lei Municipal nº 26/03, acrescentado pela LC 80/2010 que impôs tal obrigação aos tomadores localizados no município, quando os serviços forem prestados por empresas não cadastradas, não procede, uma vez que na hipótese vertente, as prestadoras de serviço encontram-se fora de sua circunscrição territorial, sendo portanto, inaplicável tal legislação. Não se desconhece que referido cadastro foi instituído pelo Município a fim de evitar a sonegação fiscal e já está pacificada a sua constitucionalidade. Entretanto, a regra municipal não pode suplantar a regra da competência tributária prevista no artigo 3º da LC 116/03. Em outras palavras, inexiste relação tributária entre as partes, não podendo a apelante exigir o tributo, sob pena de incorrer em bitributação.

A sentença deve ser mantida.

Inicialmente, é preciso afastar a alegação de inépcia da petição inicial.

Com efeito, ainda que a Procuradoria Geral do Município seja órgão sem personalidade jurídica própria e, ainda, sem capacidade processual, não se pode afirmar que sua inclusão no polo passivo da demanda tenha gerado qualquer prejuízo à municipalidade que, a despeito disso, foi adequadamente citada e apresentou defesa tempestivamente.

Em outros termos, o equívoco cometido pela autora era plenamente sanável, tendo o Município de Mogi das Cruzes exercido o contraditório e ampla defesa plenamente.

Anote-se, por fim, que o atual Código de Processo Civil, muito embora defenda a autonomia do processo em relação ao direito material, deixa clara a relação instrumental que há entre eles. O processo é um meio de realização do direito material e, desse modo, vícios formais sanáveis e que não causam prejuízo a outra parte, não devem gerar a extinção do processo.

Portanto, afasto a preliminar de inépcia.

No mérito, não tem melhor sorte a apelante.

Sustenta a apelante, em síntese, que o auto de infração nº 3691 deve ser

considerado válido, pois a empresa autora tinha o dever de recolher o ISSQN das empresas que lhe prestaram serviços, uma vez que estas não observaram a obrigação acessória de manter cadastro de prestadoras de serviços no órgão municipal.

Em outros termos, pode-se dizer que a empresa autora foi autuada por ter tomado serviços de empresas com sede em outros municípios e que, no entanto, não se inscreveram no cadastro municipal de Mogi das Cruzes como prestadoras de serviços. Pela legislação municipal, a tomadora de serviços, no caso a autora, teria o dever de recolher o ISSQN devido por estes fatos geradores ocorridos em 2014.

O Município de Mogi das Cruzes previu, por meio de lei municipal, a obrigatoriedade de empresas estabelecidas em outros municípios de realizarem cadastro em seu órgão municipal, com o objetivo de fiscalizar a ocorrência de fatos geradores de ISSQN e, assim, impedir a sonegação fiscal.

Contudo, é preciso, tal como destacado na sentença, observar que este poder de fiscalização do Município não pode alterar ou inovar nas regras de distribuição de competência firmadas pela Constituição Federal e pela LC 116/03.

Nos termos da lei complementar federal, o ISSQN deve ser recolhido, em regra, ao Município onde localizado o estabelecimento prestador (artigo 3º), sendo certo que tal regra será excepcionada nas hipóteses dos incisos I a XXV do mesmo artigo 3º.

No caso em questão, nenhum dos serviços tomados pela autora encontram-se excepcionados pelos incisos do artigo 3º, de modo que deve ser observada a regra geral, isto é, o ISSQN deveria ter sido recolhido no Município em que estabelecido o prestador dos serviços.

Esclareça-se que, os contratos de prestação de serviços apresentados (fls.49/171) dão conta de que os serviços prestados à empresa autora, de fato, não estão relacionados nos incisos I a XXV do artigo 3º da Lei Complementar 116/03, tendo em vista que possuem as seguintes naturezas: (i) Serviços Advocatícios; (ii) Representação Comercial; (iii) Serviços em Comércio Exterior; (iv) Distribuição; (v) Financiamento Bancário; (vi) Manutenção de Extintores de Incêndio; (vii) Serviços de Recrutamento e Seleção; entre outros.

Logo, nota-se que o Município de Mogi das Cruzes está a exigir o recolhimento de ISSQN que não era de sua competência, sob a alegação de que tais estabelecimentos prestadores não cumpriram a obrigação acessória de manterem cadastro no órgão municipal.

Esta distorção da competência tributária estabelecida por lei complementar federal promovida pela legislação municipal não pode ser aceita.

E tanto é assim que recentemente o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Extraordinário 1167509 com repercussão geral (Tema 1020)

Acesso ao Sumário

para estabelecer o entendimento de que:

> *"É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços - ISS quando descumprida a obrigação acessória".*

O caso decidido pelo STF refere-se à legislação do Município de São Paulo que, tal como a Lei nº 26/03 de Mogi das Cruzes, tornou obrigatória a realização de cadastro, na Secretaria Municipal de Finanças, dos prestadores de serviços situados fora do território da capital paulista e submetidos ao ISS de outra municipalidade. No caso de ausência de cadastramento, o tomador dos serviços ficaria compelido a reter o valor do tributo.

Prevaleceu, no julgamento, o voto do relator do recurso, ministro Marco Aurélio, segundo o qual, a pretexto de afastar evasão fiscal, o município estabeleceu obrigação a contribuinte submetido a imposição tributária de outra municipalidade. Para o relator, não se pode potencializar a finalidade fiscalizatória do cadastro a ponto permitir a criação de encargos, à margem da Constituição Federal e da legislação nacional sobre a matéria, por quem não integra a relação jurídica tributária. Nesse sentido, a Lei Complementar federal 116/2003 prevê, como regra geral, que o imposto é devido pelo prestador de serviços no local onde está sediado o estabelecimento. Portanto, se não há competência para instituição do tributo, não é possível o fisco municipal criar obrigação acessória.

Além da usurpação da competência legislativa da União, o julgado entendeu que houve ofensa ao artigo 152 da Constituição Federal, pois a medida resultaria em tratamento diferenciado em razão da procedência do serviço.

Desse modo, não há dúvidas de que o auto de infração deveria ser declarado nulo, razão pela qual fica mantida a sentença.

Mantida, ademais, a fixação dos honorários advocatícios por ter sido observada regra expressa do Código de Processo Civil.

Tendo em vista a manutenção do decidido em primeiro grau, determino, ainda, a majoração dos honorários advocatícios para 11% sobre o valor atualizado da causa, em observância ao disposto no artigo 85, §11º do CPC.

Por tais razões, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011530-94.2018.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante JOSIAS PIRES

DE OLIVEIRA, é apelado ESTADO 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: Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.924)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – INVESTIGADOR DE POLÍCIA – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO – PRETENSÃO À REINTEGRAÇÃO AO RESPECTIVO CARGO PÚBLICO E O RECEBIMENTO DAS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS E PECUNIÁRIAS – IMPOSSIBILIDADE – PRETENSÃO SUBSIDIÁRIA AO RECEBIMENTO DE VERBAS ESTATUTÁRIAS – IMPOSSIBILIDADE. 1. Preliminarmente, inocorrência da prescrição quinquenal. 2. No mérito, propriamente dito, processo administrativo disciplinar, instaurado pela autoridade competente, sobrevindo tramitação regular, assegurada a observância e o exercício dos direitos constitucionais ao contraditório e da ampla defesa. 3. A parte autora, foi regularmente citada para o processo administrativo disciplinar e assistida por Advogado e representante legal. 4. Independência das esferas penal, administrativa e civil. 5. Inocorrência, ainda, da prescrição da pretensão punitiva. 6. Inteligência do artigo 261, § 2º, da Lei Estadual nº 10.261/68. 7. Vícios, irregularidades, nulidades ou ilegalidades, passíveis de reconhecimento e correção, não caracterizadas. 8. Os elementos de convicção produzidos nos autos não comprovam a existência de saldo credor de benefícios funcionais, em favor da parte autora. 9.

Acesso ao Sumário

Ônus da parte autora, quanto à prova do fato constitutivo do respectivo direito, nos termos do disposto no artigo 373, I, do CPC/15, descumprido. 10. Arbitramento dos honorários advocatícios recursais, em favor da parte vencedora, a título de observação, com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/15. 11. Ação de procedimento comum, julgada improcedente, em Primeiro Grau de Jurisdição. 12. Sentença recorrida, ratificada. 13. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 3.501/3.508, que julgou improcedente a ação de procedimento comum, objetivando o seguinte: a) reintegração ao respectivo cargo público; b) recebimento das diferenças remuneratórias e pecuniárias; c) cômputo do período relativo ao afastamento para efeitos de promoção, alteração de classe, Licença-Prêmio, Quinquênios e demais benefícios funcionais; d) subsidiariamente, recebimento de Férias Proporcionais, Licença-Prêmio e demais benefícios. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados no valor correspondente a 10% sobre o montante atribuído à causa.

A parte autora, nas razões recursais, sustentou, em resumo, a inversão do resultado inicial da lide.

O recurso de apelação, tempestivo e dispensado de preparo, foi recebido nos regulares efeitos e respondido.

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte autora, não merece provimento, devendo prevalecer a r. sentença de Primeiro Grau de Jurisdição, deu a melhor solução ao caso concreto, com observação.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação de procedimento comum, objetivando o seguinte: a) reintegração ao respectivo cargo público; b) recebimento das diferenças remuneratórias e pecuniárias; c) cômputo do período relativo ao afastamento para efeitos de promoção, alteração de classe, Licença-Prêmio, Quinquênios e demais benefícios funcionais; d) subsidiariamente, recebimento de Férias Proporcionais, Licença-Prêmio e demais benefícios.

Inicialmente, a matéria preliminar arguida pela parte ré, nas contrarrazões recursais, relacionada à ocorrência da prescrição, deve ser rejeitada.

Com efeito. Prorrogar-se-á o termo final da prescrição quinquenal, para o dia útil subsequente, quando ausente o expediente forense. E, no caso concreto,

não houve expediente forense nos dias 29 e 30 de março de 2018 (*Endoenças e Páscoa*), conforme previsto no Provimento CSM nº 2.457/17.

Desta forma, verificou-se a prorrogação do referido termo final, para o próximo dia útil, 2.4.2018, com o protocolo da petição inicial, razão pela qual não há falar na ocorrência da prescrição quinquenal.

Superada a matéria preliminar e prejudicial, enfrenta-se o mérito da lide.

No mérito, propriamente dito, os elementos de convicção produzidos nos autos não autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial. Isso porque, é impossível vislumbrar a presença e a existência de qualquer irregularidade, ilegalidade ou nulidade no ato administrativo ora impugnado, passíveis e reconhecimento e correção.

Pois bem. O processo administrativo em questão foi instaurado pela autoridade competente e tramitou regularmente, assegurada a observância e o exercício dos direitos constitucionais ao contraditório e da ampla defesa.

Ademais, a parte autora foi regularmente citada para o procedimento administrativo (*fls. 1.213*) e assistida por Advogado e representante legal, desde o interrogatório (*fls. 1.239/1.240*).

De outra parte, a absolvição do réu na esfera criminal com fundamento no artigo 386, VII, do CPP, não vincula o resultado e a conclusão do processo disciplinar, ante a independência das esferas penal, civil e administrativa.

Além disso, o sobrestamento da tramitação do processo administrativo, até o eventual pronunciamento jurisdicional, é meramente facultativa, nos termos do artigo 65, § 3º, da Lei Complementar Estadual nº 207/79.

E, a autoridade competente, na hipótese em exame, no âmbito da respectiva discricionariedade, concluiu pela suficiência do conjunto probatório contido nos autos do procedimento disciplinar, autorizando o respectivo julgamento.

Por outro lado, é inocorrente a reclamada nulidade do procedimento administrativo, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Na verdade, interromper-se-á a prescrição da pretensão punitiva com a edição da Portaria de instauração da Sindicância e do Processo Administrativo, consoante a regra do artigo 261, § 2º, da Lei Estadual nº 10.261/68.

Outrossim, inexiste comprovação da versão apresentada pela parte autora, no sentido da pendência de saldo credor de benefícios funcionais (*Férias Proporcionais e Licença Prêmio*), razão pela qual era mesmo indevido, por via de consequência, o recebimento das referidas verbas remuneratórias e pecuniárias. Aliás, o ônus da prova do fato constitutivo do direito é, induvidosamente, da parte autora, conforme dispõe o artigo 373, I, do CPC/15.

Finalmente, considerando o trabalho do profissional e representante da parte vencedora, é imperioso o arbitramento dos honorários advocatícios re-

Acesso ao Sumário

cursais, a título de observação, no valor correspondente a 1% sobre o montante atribuído à causa, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/15. E, observar-se-á, com relação ao adimplemento, a regra do artigo 98 do CPC/15.

Portanto, a improcedência da ação de procedimento comum era mesmo de absoluto rigor, não comportando nenhuma alteração, mas, com observação, no tocante ao arbitramento dos honorários advocatícios recursais, nos exatos termos da fundamentação.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora, ratificando, na íntegra, a. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1069150-47.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP, é apelado DIEGO FILIPE BRAGA RAMOS DO NASCIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.954)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), SOUZA MEIRELLES e SOUZA NERY.

São Paulo, 26 de julho de 2021.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Danos morais. Indenização. SABESP. Concessionária de água e esgoto. Em manutenção do sistema, funcionários perfuraram tubulação de gás natural, causando explosão e incêndio em um apartamento do edifício, acarretando desocupação imediata pelos moradores, que receberam atendimento insuficiente. Responsabilidade objetiva da concessionária. Risco da atividade. Constituição Federal, artigo 37, § 6º; Código Civil, artigo 927, parágrafo único; e Código de Defesa do Consumidor, artigos 16, 17 e 22. Parecer sobre falha de COMGÁS na informação dos locais de acesso à tubulação que

Acesso ao Sumário

não elide a responsabilidade do causador dos danos perante terceiros. Notícia de internet, de retorno de moradores ao final da tarde, que não especifica se são os habitantes do prédio em que ocorreu a explosão, sendo refutada pela versão do autor e suas testemunhas. Abandono forçado da residência, de madrugada, por risco de explosão, com alojamento improvisado e necessidade de ocupação de hotel, passível de indenização a título de danos morais. Valor de dez salários-mínimos compatível com o consequente abalo moral. Precedentes desta Corte para o mesmo evento. Demanda procedente. Honorários advocatícios, de vinte por cento do valor da indenização, compatíveis com o trabalho profissional realizado, por isso sem motivo de redução. Recurso não provido, sem majoração de honorários advocatícios porque fixados no patamar legal máximo.

VOTO

Sentença, proferida em 26 de abril de 2021, pela eminente juíza, Doutora Carolina de Figueiredo Dorlhiac Nogueira, condenou SABESP a indenização de dez salários-mínimos por danos morais decorrentes da perfuração de tubulação de gás natural, em serviço de manutenção do seu sistema, que obrigou moradores do edifício a abandonar de madrugada os seus apartamentos, em razão dos riscos, com correção monetária a partir da sentença e juros de mora de um por cento ao mês desde a data do evento, tendo fixado honorários advocatícios em vinte por cento do valor da condenação, fls. 138/144.

Apelação da requerida pela inversão do resultado, alegando ausência de responsabilidade objetiva, há parecer de especialista em engenharia indicando a culpa da COMGÁS pelo evento, não há nexo de causalidade porque o dano decorreu de fato de terceiro, a requerida forneceu atendimento médico, psicológico, alimentação e hospedagem aos atingidos, e todos os moradores puderam voltar ao edifício após dezesseis horas, ausência de dano moral na situação, excesso no valor da indenização e na verba honorária, fls. 146/170.

Recurso respondido, fls. 175/178.

É o relatório.

Morador de edifício na Rua Carmelitas, centro de São Paulo, teve que desocupar seu imóvel repentinamente às 03h00 do dia 03-05-2019, após prepostos da requerida terem perfurado tubulação de gás natural, causando explosão e incêndio em um apartamento do prédio, sendo que o autor saiu apenas com

Acesso ao Sumário

a roupa do corpo, ficou perambulando nas imediações, foi alojado em tenda improvisada no Poupatempo da Sé, e só foi encaminhado a hotel próximo às 19h00.

Há responsabilidade objetiva da ré, pessoa jurídica de direito privado prestado de serviço público, Constituição Federal, artigo 37, § 6º.

Também por desenvolver serviço de água e esgoto, com danos decorrentes de suas atividades de reparação, que implicam risco para terceiros, Código Civil, artigo 927, parágrafo único, e por ser fornecedora de serviço púbico, responsabilizada por danos a terceiros, Código de Defesa do Consumidor, artigos 16, 17 e 22.

Presente o nexo causal porque a perfuração do tubo foi feita pelos empregados da requerida em locais impróprios, gerando explosões e incêndio e, posteriormente, houve falha no atendimento aos moradores vitimados.

O parecer trazido, indicando culpa da COMGÁS na informação dos locais de acesso da tubulação, não elide a responsabilidade perante terceiros, apenas é capaz de, em tese, demonstrar falha de informação entre as empresas.

A testemunha do autor disse que acordou às 03h00 com forte cheiro de gás, saiu ao corredor e encontrou outros moradores com a mesma preocupação, retornou ao seu apartamento para buscar seu filho no berço quando ouviu e sentiu a explosão do apartamento no piso superior ao seu, com tremor do prédio e quebras de vidros e portas; chegando ao térreo viu outro bueiro explodir, e não receberam nenhum apoio até as 07h00 quando se dirigiu à casa de sua mãe. Só pode entrar em seu apartamento após quatro dias, apenas para retirar rapidamente medicamentos e objetos importantes, na presença de funcionários, com normalização após mais quinze dias, permanecendo cheiro forte.

Embora a notícia de internet tenha informado retorno dos moradores ao final da tarde, não especifica se são os moradores do prédio em que houve a explosão, e neste ponto a notícia é refutada pela versão do autor e pelas testemunhas, inclusive a segunda testemunha da apelante, que diz que com certeza houve interdição do edifício por ao menos um dia.

Remoção forçada de casa de madrugada, por risco de morte por explosão, com alojamento improvisado e necessidade de ocupação de hotel, não configura mero aborrecimento ou susto, como alegado.

Valor de dez salários-mínimos compatível com o abalo moral consequente, por isso sem motivo para redução.

Precedentes desta Corte acerca do mesmo evento:

Apelação Cível. Ação de reparação por danos morais. Dano causado por perfuração em tubulação de gás natural. Explosão e incêndio em um apartamento de edifício. Desocupação imediata do apartamento e retorno após 3 dias. Caracterizada a responsabilidade do apelante pela existência de nexo causal.

Sentença de procedência mantida. Recurso improvido (TJSP; Apelação Cível 1124570-71.2019.8.26.0100; Relator: Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/05/2021; Data de Registro: 26/05/2021).

Danos morais. Incêndio causado em razão de obras realizadas pela SABESP que perfurou tubulação de gás natural no centro da Capital. Autor que foi obrigado a desocupar seu imóvel por 3 dias. Danos morais configurados. Valor indenizatório reduzido a patamar razoável e proporcional. Recurso da SABESP parcialmente provido para esse fim (TJSP; Apelação Cível 1077938-50.2020.8.26.0100; Relator (a): Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central Cível - 27ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/03/2021; Data de Registro: 09/03/2021).

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Pretensão da autora à indenização por danos morais, em virtude de incêndio ocasionado pela perfuração de tubulação de gás durante a execução de obra de responsabilidade da requerida, que demandou a desocupação do imóvel residencial durante a madrugada. Sentença de procedência que deve ser mantida. Comprovante de residência da autora constando o endereço do local sinistro que basta para a comprovação do nexo de causalidade e o dano. Responsabilidade objetiva com base na teoria do risco administrativo (art. 37, par. 6º, da CF e art. 17, do CDC). Inexistência de causa excludente da responsabilidade. Quantum indenizatório que não merece reparo. Recurso improvido (TJSP; Apelação Cível 1066316-71.2020.8.26.0100; Relator: Rubens Rihl; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/06/2021; Data de Registro: 15/06/2021).

Honorários advocatícios, de vinte por cento da condenação, equivalendo a dois salários-mínimos, compatíveis com o trabalho profissional realizado, com vários peticionamentos, participação em audiência e resposta ao recurso, não comportando majoração de honorários advocatícios porque fixados no patamar legal máximo.

Destarte, **NEGA-SE** provimento ao recurso.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução 549/2011 desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003893-84.2020.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que é apelante PREFEITU-

Acesso ao Sumário

RA MUNICIPAL DE JABOTICABAL, é apelado JUÍZO DA COMARCA.

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 ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.937)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 23 de julho de 2021.

ISABEL COGAN, Relatora

Ementa: ALVARÁ JUDICIAL. Ingresso de agentes públicos da Prefeitura de Jaboticabal em propriedade privada para fins de controle de pragas e epidemias. Imóvel em estado de abandono que propicia a proliferação do mosquito *Aedes Aegypti*, além de outros insetos e ratos. Perigo de contágio da população local por Dengue, Zika, Chikungunya e outras moléstias infecciosas. Necessidade de retirada de entulhos, de limpeza de lajes, de corte da vegetação desordenada e de demais medidas voltadas a impedir a propagação de epidemias. Extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de interesse processual. Inadmissibilidade. A Municipalidade não ostenta poder ilimitado para adentrar em propriedades privadas, mesmo que seja com o propósito de executar medidas de vigilância sanitária diante de situação de iminente perigo para saúde pública, porque a Lei Federal nº 13.301/16 exige que, para tanto, haja declaração de emergência de saúde pública de importância nacional (ESPIN), o que somente existe, neste momento, em relação à epidemia de Covid. Evidente interesse processual em obter autorização judicial para que não recaia sobre a atuação dos agentes públicos a mácula da ilegalidade. Sentença reformada para que seja decretada a procedência do pedido de alvará judicial que autorize a Prefeitura a tomar as medidas cabíveis de contenção de demais epidemias naquele Município, deferida a tutela de urgência. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Prefeitura Municipal de Jaboticabal em face da r. sentença de **fls. 45/47**, pela qual o processo foi extinto sem resolução do mérito, por ausência de interesse processual, pertinente ao pedido de alvará judicial que autorize agentes públicos a ingressar em propriedade privada para fins de controle de pragas e epidemias. O juízo *a quo* concluiu que a Lei Federal nº 13.301/16 já confere poderes para a requerente adotar medidas de vigilância sanitária quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública.

A Prefeitura apelou, alegando possuir interesse processual no pedido, porque a Lei nº 13.301/16 exige que haja declaração de emergência de saúde pública de importância nacional (ESPIN), o que somente existe, neste momento, em relação à epidemia de Covid. Sustenta que, como já não há leitos suficientes nos hospitais municipais para atender os pacientes com Covid, se a cidade foi assolada com outra epidemia na época das chuvas, o sistema de saúde local entrará em colapso **(fls. 52/55).**

É o relatório.

O julgamento de primeiro grau não pode ser prevalecer, cumprindo reformá-lo, eis que a ação é procedente.

Tem razão a requerente.

A Municipalidade não ostenta poder ilimitado para adentrar em propriedades privadas, mesmo que seja com o propósito de executar medidas de vigilância sanitária diante de situação de iminente perigo para saúde pública, porque a Lei Federal nº 13.301/16 exige que, para tanto, haja declaração de emergência de saúde pública de importância nacional (ESPIN), o que somente existe, neste momento, em relação à epidemia de Covid.

Assim dispõe a Lei Federal nº 13.301/16:

"Art. 1º Na situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus Chikungunya e do vírus da zika, a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde – SUS de âmbito federal, estadual, distrital e municipal fica autorizada a determinar e executar as medidas necessárias ao controle das doenças causadas pelos referidos vírus, nos termos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e demais normas aplicáveis, ***enquanto perdurar a emergência em saúde pública de importância nacional – ESPIN****"* (negritei).

A declaração de emergência de saúde pública de importância nacional (ESPIN) é de atribuição exclusiva do Governo Federal, por meio do Ministério da Saúde, na forma prevista no Decreto Federal nº 7.616/11.

Ocorre que a declaração de emergência de saúde pública de importância nacional relacionada às doenças transmitidas pelo *Aedes Aegypti* vigorou so-

Acesso ao Sumário

mente até maio de 2017 (conforme documento de **fls. 56/82**) e desde então não foi feita outra ESPIN em relação às moléstias transmitidas por esse mosquito.

Lamentavelmente, com o advento da pandemia de Covid, o Ministério da Saúde parece ter perdido o interesse no combate a outras epidemias, não obstante as demais moléstias infecciosas continuem a espreitar e a assolar a população.

Não é exagero afirmar que o Ministério da Saúde simplesmente se esqueceu da Dengue, da Zika, da Chikungunya, da Febre Amarela, do Sarampo, da Meningite, da Malária e de tantas outras doenças que ainda não foram erradicadas no Brasil, voltando sua atenção, quase que exclusivamente, para a Covid.

Por esse motivo, não há declaração de emergência de saúde pública de importância nacional (ESPIN) em relação às epidemias dessas outras moléstias, que até pouco tempo atrás causavam grande preocupação das autoridades políticas, mas hoje parecem ter caído no esquecimento, sabe-se lá por qual razão.

A Prefeitura tem interesse processual na obtenção de alvará judicial para que seus agentes públicos possam ingressar em propriedade privada para fins de controle de pragas e epidemias sem que sobre a sua ação recaia a mácula da ilegalidade.

O imóvel em questão encontra-se em estado de abandono, o que propicia a proliferação do mosquito *Aedes Aegypti*, além de outros insetos e ratos.

Essa condição oferece perigo de contágio da população local por Dengue, Zika, Chikungunya e outras moléstias infecciosas.

Há necessidade, portanto, de retirada de entulhos, de limpeza de lajes, de corte da vegetação desordenada e de serem tomadas as demais medidas voltadas a impedir a propagação de epidemias.

É de rigor, portanto, a concessão de alvará judicial para que a Prefeitura de Jaboticabal possa atuar dentro da legalidade no combate a outras epidemias além da Covid.

Destarte, **resta evidente o interesse processual, devendo ser reformada a r. sentença para decretar a procedência do pedido de alvará judicial que autorize a Prefeitura a tomar as medidas cabíveis de contenção de demais epidemias no Município de Jaboticabal, com o deferimento da tutela de urgência.**

Acesso ao Sumário

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, **dá-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012635-95.2019.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados THIAGO CAMPOS DOS SANTOS (REPRESENTADO POR SUA MÃE) e JOSEFA DALVANICE DA SILVA CAMPOS.

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 26.759)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 4 de agosto de 2021.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação revisional de pensão vitalícia – Negligência da equipe médica, o que contribuiu decisivamente para a paralisia cerebral irreversível do autor – Pretensão de majoração da pensão percebida – Revisão de pensão decorrente de ato ilícito – Cabimento – Inexistência de ofensa à coisa julgada – **Inteligência do art. 505, inciso I do CPC – Relação jurídica continuativa de natureza alimentar, pautada na cláusula "rebus sic standibus" – Necessidade de majoração devidamente comprovada – Valor inicialmente fixado a título de pensão mensal vitalícia, no importe de seis salários mínimos, se revelou insuficiente para a subsistência do autor, pois os seus gastos com saúde são expressivos (e ampliados com a chegada da vida adulta) e houve o agravamento do quadro com o falecimento de seu genitor, que contribuía com o seu sustento – Sequelas gravíssimas e irreversíveis – Necessidade de monitoramento em tempo integral – Majoração para 15 salários mínimos que se afigura razoável, tendo em vista os gastos comprovados pelo autor para satisfação de suas necessidades básicas e, consequentemente, para que tenha uma vida digna – Teoria da reserva do possível que não pode se sobrepor à subsistência do autor – Precedentes do STF, STJ e deste Egrégio Tribunal de**

Acesso ao Sumário

Justiça – Sentença de procedência mantida.

VOTO

Trata-se de ação de revisão de pensão com pedido liminar ajuizada por Thiago Campos dos Santos, maior incapaz representado por sua genitora, Josefa Dalvanice da Silva Campos, contra a Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando a revisão de pensão mensal vitalícia que recebe a título de indenização por negligência médica ocorrida em seu parto, majorando-a de 06 (seis) salários mínimos para o valor mensal correspondente a 25 (vinte e cinco) salários mínimos, uma vez que referido valor se tornou insuficiente, já que os gastos mensais para o cuidado de sua saúde são expressivos e se agravaram com o falecimento de seu genitor, que auxiliava nos cuidados.

A r. sentença de fls. 528/534 julgou procedente o pedido, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, para majorar a pensão mensal vitalícia devida ao autor de 06 (seis) para 15 (quinze) salários mínimos, mantendo os demais termos da sentença proferida nos autos nº 1001223-66.2002.8.26.0562. Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor mensal da pensão, nos termos do art. 85, §§2º e 4º, do CPC.

O autor opôs embargos de declaração (fls. 538/540), os quais foram acolhidos para sanar omissão no tocante ao pedido de tutela antecipada, acrescentando no dispositivo o deferimento da antecipação de tutela para determinar que a parte ré proceda ao pagamento da pensão ora majorada a partir do próximo mês de pagamento (fls. 543/544).

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação a fls. 562/573, sustentando a violação aos princípios da igualdade e da impessoalidade, vez que o direito à saúde deve ser assegurado a todos. Discorre sobre o princípio da reserva do possível e da separação de poderes, bem como invoca os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da prévia previsão orçamentária. Argumenta que os gastos de aluguel, alimentação e higiene referem-se a gastos de natureza personalíssima, sem justificação objetiva da necessidade de seu dispêndio, e os medicamentos, insumos e tratamentos médicos já são fornecidos pelo Estado de São Paulo, bastando solicitar ao departamento de saúde, não sendo necessário qualquer dispêndio por parte do autor, não sendo razoável, pois, a imputação de tais gastos ao ente público.

O recurso foi respondido a fls. 621/640.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 654/656, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Considero interposto o reexame necessário, nos termos do artigo 496,

Acesso ao Sumário

inciso I, do Código de Processo Civil.

O reexame necessário e o recurso voluntário devem ser desprovidos.

Com efeito, dispõem os artigos 186 e 927 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Pois bem.

O cerne da controvérsia, no presente caso, está atrelado à possibilidade e à necessidade de revisão da pensão vitalícia concedida ao autor em virtude de negligência médica na condução do parto de sua genitora, cuja deliberação tardia do parto abdominal resultou na paralisia cerebral do autor.

Como é cediço, modificada a situação fática ou jurídica que deu fundamento à coisa julgada material (i.e, *a necessidade da parte*), possível a revisão de pensão mensal vitalícia fixada a título de danos patrimoniais, por caracterizar nítida relação jurídica continuativa de natureza alimentar, pautada na cláusula "*rebus sic standibus*", conforme preceitua o artigo 505, inciso I, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença".

Essa é a lição de **PONTES DE MIRANDA**, que ressalta que, "*no caso de* ***relação jurídica contínua,*** *a sentença contém,* ***explícita ou implícita****, em virtude do art. 471, I,* [do CPC/73, correspondente ao art. 505, I, do CPC/15] *a* ***cláusula de modificabilidade"***, pois ***"a aplicação da lei que incidiu no momento da exigibilidade da pretensão, como se*** *fosse de uma vez por todas, dentro do tempo, transformaria em regra de incidência instantânea, permanente e imutável, a regra que, de si mesma, atende à modificação futura das circunstâncias",* de forma que *"****a imutabilidade feriria a regra, em vez de obedecer ao que ela estatui***" (Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo V (arts. 444-475), Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp. 192-193, sem destaque no original).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado (**2ª Seção, AR nº 5.905-PR, j. 28/04/2021, rel. Min. Nancy Andrighi**), anotou que "(...) *Quando se refiram a relações jurídicas que se projetam para o futuro, as sentenças somente podem alcançar aqueles efeitos que são aferíveis imediatamente e enquanto não houver alteração significativa dos fatos envolvidos. As sentenças dessas relações jurídicas em especial são regidas, pois, mesmo que*

Acesso ao Sumário

implicitamente, pelas peculiaridades da ***cláusula de modificabilidade (rebus sic stantibus). (...) A jurisprudência desta Corte adota essa orientação, consignando que "a indenização destinada à manutenção dos aparelhos ortopédicos utilizados pela vítima de acidente reveste-se de natureza alimentar, na medida em que objetiva a satisfação de suas necessidades vitais", de modo que "a sentença que fixa o valor da prótese não estabelece coisa julgada material, trazendo implícita a cláusula rebus sic stantibus, que possibilita sua revisão face a mudanças nas circunstâncias fáticas que ampararam a decisão" (REsp 594.238/RJ, Quarta Turma, DJe 17/08/2009, sem destaque no original).*** *(...) Com efeito, as relações jurídicas continuativas se submetem à previsão do art. 505, I, do CPC/15, de modo que,* ***sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito apreciado judicialmente, caberá à parte interessada pedir a revisão do que foi estatuído na sentença****. Essas especiais relações jurídicas, de trato continuado ou continuativas, se submetem, portanto, em caso de superveniente alteração dos fatos constitutivos do direito reclamado à revisão, e não à rescisão, que são providências com escopos distintos e fundamentos completamente diversos*".

E essa é a hipótese dos autos, na medida em que o autor objetiva justamente a revisão de pensão mensal vitalícia fixada em seu favor nos autos de ação indenizatória anteriormente proposta por sua genitora (*processo nº 1001223-66.2002.8.26.0562, que tramitou perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Santos, proposto quando o autor tinha 03 anos de idade*), em razão de negligência médica no parto que acabou por lhe ocasionar paralisia cerebral.

Ou seja, a pensão mensal possui caráter alimentar e o dispositivo da sentença passada em julgado, ao fixar o seu valor, traz implícita em seu bojo cláusula *rebus sic standibus*, por encerrar relação jurídica continuativa, o que viabiliza o pleito de revisão.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, inclusive, já verberou que "***a utilização do salário mínimo como base para calcular o valor inicial da pensão mensal decorrente de reparação por ato ilícito, não ofende a Constituição Federal, em vista de seu caráter alimentar****. (Precedentes: RE n. 140.940, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 15.09.95; RE n. 389.989 - AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 05.11.04; RE n. 535.387- AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 24.02.11; AI n. 831.327 - AgR, Relatora a Ministra Cármen* Lúcia, 1ª Turma, *DJe de 24.03.11; AI n. 761.226 - AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 07.06.11; RE n. 603.496 - AgR, Relator o Ministro Ayres Britto, 2ª Turma, DJe de 27.06.11, entre outros) (...)*" **(RE 662582, AgR/DF, relator o Ministro Luiz Fux, j. em 27/03/2012).** (g.n.)

A propósito, também temos o enunciado da Súmula nº 490 do Supremo Tribunal Federal, definindo precisamente que "***a pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil, deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo de sentença e ajustar-se-á às***

Acesso ao Sumário

variações ulteriores".

Confira-se, no mesmo sentido (g.n):

"Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de exoneração com pedido sucessivo de revisão de alimentos decorrentes de indenização por ato ilícito. Coisa julgada. Hipóteses autorizadoras da revisão.

- A coisa julgada material se forma sobre a sentença de mérito, mesmo que contenha decisão sobre relações continuativas; todavia, modificadas as situações fáticas ou jurídicas sobre as quais se formou a anterior coisa julgada material, tem-se uma nova ação, fundada em novos fatos ou em novo direito.

(...)

- As duas únicas variações que abrem a possibilidade de alteração do valor da prestação de alimentos decorrentes de indenização por ato ilícito, são: (i) o decréscimo das condições econômicas da vítima, dentre elas inserida a eventual defasagem da indenização fixada; (ii) a capacidade de pagamento do devedor: se houver acréscimo, possibilitará o pedido de revisão para mais, por parte da vítima, até atingir a integralidade do dano material futuro; se sofrer decréscimo, possibilitará pedido de revisão para menos, por parte do próprio devedor, em atenção a princípio outros, como a dignidade da pessoa humana e a própria faculdade então outorgada pelo art. 602, § 3º, do CPC (atual art. 475-Q, § 3º, do CPC). (...)" (REsp 913431/RJ, Ministra Nancy Andrighi, DJe 26/11/2008).

"Pensão por ato ilícito – Revisão – Salário mínimo – Juros e correção monetária – Comprovada a modificação no estado de fato e de direito no pagamento da pensão das apeladas, têm elas direito à sua revisão, nos termos do artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil. Precedente do E. Superior Tribunal de Justiça. Salário mínimo que pode ser utilizado como indexador no presente caso, conforme prevê a Súmula nº 490, do E. Supremo Tribunal Federal. Juros e correção monetária corretamente fixados a partir da citação. Recurso improvido" (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0003268-19.1999.8.26.0157, j. 05/07/2011, rel. Des. Lineu Peinado).

"PENSÃO DECORRENTE DE ATO ILÍCITO – Pretensão das autoras voltada à revisão do pensionamento definido em demanda indenizatória – Procedência parcial do pedido pronunciada corretamente em primeiro grau – Tratando-se de relação jurídica continuativa e ocorrendo mudança na situação de fato ou de direito, no caso o depauperamento da expressão econômica da imposição, fazendo-a perder seu valor real, tem lugar a sua revisão, na forma do art. 471, I, do CPC – Precedentes do Egrégio STJ – Critério adotado pela r. sentença, qual seja, a variação do salário mínimo, que deve prevalecer, a teor do entendimento consolidado no Colendo STF (v. Súmula

Acesso ao Sumário

490) – Pensão revista que, outrossim, deve vigorar a partir da data da citação – Representando a ação de revisão uma nova ação, fundada em novos fatos ou em novo direito, o valor nela estabelecido é exigível a partir da data em que a ré foi constituída em mora – Apelos das partes não providos" (TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0009673-09.2010.8.26.0053, j. 07/05/2014, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti).

No que tange à necessidade, de acordo com a petição inicial, o valor inicialmente fixado a título de pensão mensal vitalícia, no importe de seis salários mínimos, se revelou insuficiente para a subsistência do autor, pois os seus gastos com saúde são expressivos e houve o agravamento do quadro com o falecimento de seu genitor, que contribuía com o seu sustento.

Os relatórios médicos acostados aos autos atestam que o autor, atualmente com 21 anos de idade, é portador de *paralisia cerebral tetraespástica grave convulsiva e incapacitante, com disfagia e risco de aspiração pulmonar (CID10 G80),* sendo necessário manter dieta especial e contratação de profissional habilitado 24 horas por dia. Além disso, faz acompanhamento de fisioterapia, terapia ocupacional, fonoaudióloga, profissional de apoio, dentre outros (fls. 266/289).

Os gastos mensais com consultas médicas (fls. 324/325, 326/327 e 330/331), fisioterapia (fls. 333), fonoaudiologia (fls. 334/335), hidroterapia (fls. 336), medicamentos e higiene pessoal (fls. 272/275 e 339/358), plano de saúde (fls. 352), alimentação (fls. 348/350), transporte para tratamento médico (fls. 353) e auxiliar de enfermagem (fls. 355/357), foram comprovados e ratificados por meio da análise minuciosa do Ministério Público em seus memoriais.

A incapacidade financeira para arcar com o tratamento foi demonstrada, na medida em que a genitora do autor se dedica integralmente aos seus cuidados e, além de um aumento considerável das despesas com a chegada da vida adulta, ocorreu o falecimento do genitor do autor, que até então auxiliava no custeio de diversas despesas.

Não bastasse isso, há farta prova testemunhal, colhida sob o crivo do contraditório e ampla defesa, confirmando as dificuldades financeiras enfrentadas pela família (fls. 479/481). Nesse particular, indisputável o entendimento esposado na r. sentença:

"(...) As testemunhas narraram que a família enfrenta dificuldades financeiras, tendo, inclusive, de alterar o endereço em razão de não suportar o valor locatício.

Thiago está atualmente com 20 anos; Josefa tem 55 anos de idade. Logo, evidente que a genitora precisa de auxílio para os cuidados do filho, que já alcançou a idade adulta.

Na data da propositura da demanda que fixou a obrigação de pagamento de pensão mensal vitalícia, a parte autora era criança de tenra idade, ao

Acesso ao Sumário

passo que a genitora era mulher bem mais jovem.

Com o passar dos anos, a vitalidade se inverte, vez que a parte autora passou a ter a compleição de um adulto, ao passo que a perdeu naturalmente a força física.

A dificuldade decorrente dessa inversão é evidente e importa a necessidade da genitora de buscar auxílio de terceiro, que certamente precisará ser remunerado.

Não bastasse a necessidade física de auxílio, a parte autora corre risco de morte se houver aspiração pulmonar durante a alimentação, como se depreende dos documentos de fls. 267 e 330, de modo que necessária a contratação de profissional habilitado 24 horas por dia.

Ademais, a fase adulta enseja ampliação de gastos, na medida em que se eleva a quantidade de medicamentos e alimentação, ao mesmo tempo em que as despesas existentes desde a infância são mantidas, posto que decorrentes da paralisia cerebral irreversível".

Realmente, o montante da pensão mensal vitalícia é de R$ 6.270,00 (seis mil e duzentos e setenta reais), e subtraindo-se apenas o valor locatício (fls. 23/26), resta à família a quantia de R$ 3.970,00 (três mil novecentos e setenta reais) para os gastos com consultas médicas, fisioterapias, terapia ocupacional, fonoaudióloga, alimentação, medicamentos, vestuário e higiene, sem olvidar a já mencionada necessidade de contratação de profissional de apoio – a revelar, sem sombra de dúvidas, a insuficiência do valor atual da pensão para a satisfação das necessidades básicas do autor, de modo que possa ter uma vida digna.

Para atender tal mister, reputo adequada a majoração da pensão mensal vitalícia para 15 (quinze) salários mínimos, nos moldes do que restou deliberado pelo juízo *a quo* – vale dizer, o Ministério Público analisou detidamente os documentos referentes às despesas mensais do autor, correspondendo ao montante aproximado de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), com a ressalvas de que o acesso gratuito e eventual a certos medicamentos e a transporte pela rede pública de saúde se enquadra na média que deve ser estabelecida para a fixação da pensão, pelo que não interfere na definição do *quantum*.

Em que pesem os respeitáveis argumentos recursais, a alegação de falta de recursos públicos, com espeque na reserva do possível, não pode se sobrepor ao cumprimento de um direito fundamental.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao adotar a teoria da reserva do possível, consignou que o princípio da proporcionalidade que se subdivide nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, é o parâmetro de controle das restrições levadas a cabo pelo Estado em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Dessa maneira, deve o administrador público ponderar dentre as diversas alternativas possíveis aquela que for mais eficiente, levando em consideração

Acesso ao Sumário

toda a gama de interesses coletivos e individuais afetados pela ação administrativa.

Para fins de prequestionamento, consigne-se inexistir ofensa às normas constitucionais e legais mencionadas nas razões e contrarrazões recursais.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da ré, mantida integralmente a r. sentença. Com fulcro no art. 85, §11, do CPC, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para 12% sobre o valor mensal da pensão, em desfavor da apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1041204-80.2019.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSÉ LUIZ DE MORAES.

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 20.460)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente sem voto), ANA LIARTE e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 9 de agosto de 2021.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ESTACIONAMENTO IRREGULAR EM VAGA DESTINADA A IDOSO E PESSOA COM DEFICIÊNCIA – DANO MORAL DIFUSO – Pretensão do Ministério Público voltada à condenação do requerido ao pagamento de indenização pela ocorrência de dano moral difuso – Inadmissibilidade – O uso irregular de vaga de estacionamento exclusiva para pessoa deficiente ou idosa não provoca, por si só, alterações significativas na ordem extrapatrimonial coletiva, notadamente quando os elementos de prova carreados aos autos não indicam reiteração da conduta antinormativa por parte do réu – Sem embargo da reprovabilidade jurídica e moral da conduta, a viola-

Acesso ao Sumário

ção isolada da norma de trânsito não reúne potencial para violar de modo injusto e intolerável os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, provocando uma repulsa e indignação na consciência coletiva – Aplicação de penalidade de trânsito gravíssima que, no caso concreto, se mostrou suficiente, haja vista a ausência de comprovação de reiteração da conduta delitiva – Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça – Sentença de improcedência mantida – Reexame necessário e recurso voluntário do Ministério Público não providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos da "ação civil pública" por ele ajuizada em face de **JOSÉ LUIZ DE MORAES**, julgado *improcedente* o pedido pelo Juízo "a quo", sob o fundamento de que a única infração de trânsito lavrada em desfavor do réu, embora moralmente e juridicamente reprovável, não pode comportar a indenização por dano moral coletivo pretendida, visto que não revestida de gravidade e repercussão que transborde os limites do individualismo, observando não competir ao Judiciário criar punição para o ilícito em comento no âmbito da ação civil pública. Não houve condenação ao pagamento de custas, despesas e honorários, consoante r. sentença de fls. 101/109, cujo relatório se adota.

Em suas razões (fls. 114/122), sustenta o Ministério Público não ser possível falar em *bis in idem* em razão da existência de previsão de multa administrativa de trânsito, notadamente porque a responsabilização decorrente de ato ilícito pode se dar na esfera administrativa, cível e penal de maneira independente e cumulativa. Alega que restou comprovado que o desrespeito à legislação de trânsito na hipótese vertente configurou dano moral difuso, por agredir valores jurídicos inerentes a toda a coletividade, sendo despiciendo prova do prejuízo concreto. Ao final, pugna pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença de primeiro grau.

Recurso regularmente processado, isento de preparo, nos termos do art. 1.007, §1º, do CPC 2015, e não respondido, com parecer da D. Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do apelo (fls. 139/133).

Considera-se interposto o reexame necessário, consoante de inteligência, do art. 19, da Lei Federal 4.717/65[1], aplicável à hipótese por força do micros-

1 **Art. 19**. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação

Acesso ao Sumário

sistema da tutela coletiva (AgInt no REsp 1596028/MG, 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 26/09/2017).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Colhe-se dos autos que o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por meio de inquérito civil, apurou que a parte ré, ou terceira pessoa autorizada por ela a conduzir seu veículo, estacionou seu carro de maneira indevida em vagas sinalizadas como de uso exclusivo de pessoa portadora de deficiência ou de pessoa idosa, culminando na lavratura de auto de infração de trânsito pela TRANSERP.

Aduz o *Parquet* que aduz que as penalidades administrativas previstas para as situações não estão sendo suficientes para coibir o uso indevido das vagas de uso exclusivo de pessoas com deficiência ou idosos, conforme se verifica do grande número de autuações desses casos, o que gera uma série de dificuldades àqueles que deveriam ser os reais beneficiários da norma.

Discorre acerca da proteção constitucional e legal conferida às pessoas idosas e às pessoas com deficiência, sendo assegurada a reserva de vagas de estacionamento a ambos os grupos, nas quais o estacionamento por pessoas sem credencial que comprove sua condição configura infração de trânsito gravíssima, e argumenta e pela possibilidade de responsabilidade civil por dano moral difuso, conforme previsto na Lei da Ação Civil Pública, correspondente à violação dos direitos extrapatrimoniais da coletividade, estando consubstanciado no presente caso.

Nesse contexto, diante da negativa do réu em assinar termo de ajustamento de conduta, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou a presente demanda em face de JOSÉ LUIZ DE MORAES pleiteando, em síntese, a condenação do requerido ao pagamento de indenização pelo dano moral difuso no valor de R$ 4.000,00 (fls. 01/06).

Na sentença, contra a qual se insurge o autor, o pedido foi julgado *improcedente* pelo Juízo *a quo*, sob o fundamento de que a única infração de trânsito lavrada em desfavor do réu, embora moralmente e juridicamente reprovável, não pode comportar a indenização por dano moral coletivo pretendida, visto que não revestida de gravidade e repercussão que transborde os limites do individualismo, observando não competir ao Judiciário criar punição para o ilícito em comento no âmbito da ação civil pública.

Acesso ao Sumário

Pelo que depreende dos autos, o reexame necessário e o recurso voluntário **não** comportam acolhimento.

Pois bem, o **dano moral coletivo** tem previsão expressa no art. 6º, do

procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

CDC[2] (LF 8.078/90) e também pode ser extraído da inteligência do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública[3] (LF 7.347/85), conceituando-se como o resultado de uma lesão que viola, de modo injusto e intolerável, bens e valores jurídicos extrapatrimoniais inerentes a toda a coletividade.

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar Filho[4]:

"O dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerada, foi agredido de uma maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. (...) Como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova de culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação".

Após muita resistência, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça adotou tese do dano moral coletivo, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO – TRANSPORTE – PASSE LIVRE – IDOSOS – DANO MORAL COLETIVO – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO – APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL – CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO – ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE – ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO – LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2 **Art. 6º** São direitos básicos do consumidor:
VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

3 **Art. 1º** Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
I - ao meio-ambiente;
II - ao consumidor;
III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
V - por infração da ordem econômica;
VI - à ordem urbanística.
VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.
VIII - ao patrimônio público e social.

4 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro. Revista Direito do Consumidor n. 12, out/dez/1994.

Acesso ao Sumário

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

(...)

5. Recurso especial parcialmente provido. **(REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009).**

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE DE BINGOS. ILICITUDE. PRECEDENTES. DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

- O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa. Precedentes.

- Não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

(...)

Recurso especial parcialmente provido. **(REsp 1438815/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016).**

Para a configuração do dano moral, como se vê, não se mostra suficiente a mera constatação da antijuridicidade do ato, sendo imprescindível que a conduta atinja alto grau de reprovabilidade e transborde os limites do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais.

Acesso ao Sumário

Imperioso destacar que, em decorrência da inafastabilidade da jurisdição e da independência das instâncias administrativa, cível e penal, mostra-se possível, em tese, a configuração de dano moral difuso nas hipóteses de infrações administrativas, caso se constate que no plano fático esta se mostre desproporcional (*sob a ótica da proibição da proteção deficiente*) e incapaz de coibir a prática do ato ilícito, emergindo assim o dano moral difuso como instrumento necessário para punir a ilicitude em suprimento à ineficácia de outras ferramentas do ordenamento jurídico.

Nessa linha já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em caso específico de empresa contumaz na prática de ilícitos de trânsito:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE CARGA EM RODOVIAS FEDERAIS. EXCESSO DE PESO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS COLETIVOS. PRETENSÃO DA PARTE AUTORA QUE ENCONTRA GUARIDA NA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
>
> (...)
>
> 2. É cabível a ação civil pública para obter pronunciamento judicial voltado à imposição de obrigação de não fazer e pagamento de indenização por danos morais coletivos por empresa que persiste com a prática de fazer com que seus veículos circulem com excesso de peso, ainda mais após considerável número de autuações administravas no Código Brasileiro de Trânsito.
>
> 3. Na hipótese dos autos, consignado que a empresa recorrente foi autuada por mais de cinquenta infrações dessa natureza, número manifestamente suficiente para evidenciar conduta antijurídica que deve ser combatida por meio de ação pública, haja vista que em casos assim, a aplicação do CTB se mostra insuficiente para combater os graves problemas decorrentes do tráfego de veículos com excesso de peso que não podem ser resolvidos apenas na esfera administrativa.
>
> 4. Agravo interno não provido. **(AgInt no AREsp 1580705/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2020).**

Na hipótese vertente, em que pese o respeito ao entendimento diverso, **inexistiu** o alegado dano moral coletivo, tendo em vista que as provas carreadas aos autos demonstram uma única infração de trânsito registrada em desfavor do requerido (fls. 18), a qual, individualmente considerada, não tem o condão de ofender valores fundamentais da sociedade.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, suficiente a aplicação da sanção gravíssima de trânsito prevista no art. 188, XX, do Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 181. Estacionar o veículo:

(...)

XX - nas vagas reservadas às pessoas com deficiência ou idosos, sem credencial que comprove tal condição:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - remoção do veículo.

Note-se, por oportuno, que o Auto de Infração de Trânsito F26838350 (fls. 18) sequer indica ter sido executada a medida administrativa de "remoção do veículo", mas tão somente a penalidade de multa, não sendo possível, pois, alegar a ineficácia das punições tradicionais visto que não foram ao menos levadas a cabo.

Nesse contexto, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a conduta do réu **não** agrediu, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, provocando uma repulsa e indignação na consciência coletiva, motivo pelo qual inaplicável na hipótese a tese do dano moral coletivo.

Em suma, a conduta infratora do réu, embora moralmente e juridicamente reprovável, não pode comportar a indenização pretendida visto que não revestida de gravidade e repercussão que transborde os limites do individualismo, não produzindo, portanto, alterações relevantes na ordem extrapatrimonial da coletividade, não importando para a análise da conduta individual da parte ré a existência de outras pessoas que se comportem da mesma maneira.

Correta, pois, a solução albergada na r. sentença, que julgou improcedente a pretensão inicial, merecendo ser integralmente mantida, tal como lançada.

Nessa linha, confiram-se precedentes deste Tribunal de Justiça em casos análogos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão ao pagamento de indenização por dano moral – Utilização de vagas de estacionamento destinadas para pessoas com deficiência e idosos – Inadmissibilidade – Necessária cautela para não banalização do instituto do dano moral – Ausente demonstração de que o requerido seja reincidente na prática da infração de trânsito em comento – As punições administrativas que tem função disciplinar e pedagógica se afiguram suficiente – Precedentes do C. STJ e desta C. Câmara e Sodalício – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido. **(Apelação Cível 1037157-63.2019.8.26.0506; Relator: Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público;**

Julgamento: 14/01/2021).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Dano moral difuso – Estacionamento irregular – Vaga de uso exclusivo de pessoa portadora de deficiência ou pessoa idosa – Impossibilidade: O uso irregular de vaga de estacionamento exclusiva para pessoa deficiente ou idosa não provoca, por si só, alterações significativas na ordem extrapatrimonial coletiva. **(Apelação Cível 1017126-22.2019.8.26.0506; Relatora: Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 18/12/2020).**

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. DANO MORAL DIFUSO. Não configuração. Pretensão indenizatória pelo estacionamento irregular de veículo em vaga especial destinada a pessoas idosas e portadoras de deficiência. Sem embargo da reprovabilidade da conduta, a violação, isolada, da norma de trânsito não reúne potencial para irradiar efeitos para fulminar o bem social protegido. A conduta ensejadora do dano moral coletivo deve ostentar alto grau de reprovabilidade e provocar desordem social. Indispensável coibir o desvirtuamento e a banalização do instituto. Não é possível interpretar que o fato caracteriza ilícito com aptidão para determinar o dano moral. A prova documental revela que o motorista municipal estava transportando pessoa portadora de deficiência para realização de perícia médica no prédio da Justiça Federal. Sem embargo da falta de credencial do veículo para transporte de pessoas deficientes, não se vislumbra na infração potencial para determinar a vulneração do direito coletivo tutelado. A conduta ensejadora do dano social deve ser dotada de alto grau de reprovabilidade, sob pena de desvirtuamento e banalização do instituto. Ausência de repercussão moralmente danosa. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. **(Apelação Cível 1037257-18.2019.8.26.0506; Relator: José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 16/12/2020).**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão do autor/apelante de que seja a ré/apelada condenada ao pagamento de indenização por dano moral difuso em função do uso indevido de vaga reservada para pessoas portadoras de deficiências ou idosas – Ausência de demonstração de que a conduta da ré tenha ultrapassado o limite entre a reprovabilidade e o efetivo prejuízo à comunidade – Sentença de improcedência confirmada. Recurso desprovido. **(Apelação Cível 1027581-46.2019.8.26.0506; Relator: Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 11/12/2020).**

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário e ao recurso do Ministério Público, de modo a MANTER integralmente a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos, observando-se a

Acesso ao Sumário

inaplicabilidade da majoração prevista no art. 85, §11, do CPC/15, uma vez que não houve condenação ao pagamento de honorários em primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005962-36.2019.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado COMERCIAL TUBO FILTRO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.991)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 11 de agosto de 2021.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO.

ICMS. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE NOTAS FISCAIS. Declaração de inidoneidade posterior à alegada realização das transações mercantis. Configuração da efetiva simulação da existência do estabelecimento ou da empresa, o que determinou a declaração de inidoneidade das notas decorre de cancelamento da inscrição estadual. Súmula 509 do STJ. Insuficiência dos meios de prova quanto à materialidade das operações. A parte não se desincumbiu do ônus da prova relativa à proposição de fato. Não reconhecimento do direito afirmado. Sentença reformada para o fim de reconhecer a higidez do auto de infração.

MULTA. Proporcionalidade. Não configuração. Não subsistência do critério empregado pelo fisco que aplica multa superior ao valor do tributo devido. Mitigação da penalidade.

Acesso ao Sumário

CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. Reciprocidade da sucumbência. Aplicação do critério objetivo para a incidência da verba honorária, reservando a fixação em regime de equidade para situações excepcionais. Inadmissibilidade da exceção. Adequação da base de cálculo da verba honorária para o valor do proveito econômico obtido pelas partes. Arbitramento da sucumbência considera o reconhecimento da higidez do auto de infração, com limitação de juros e multa punitiva, configura a sucumbência recíproca.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, inconformada com a respeitável sentença de fls. 145/148, que julgou procedente o pedido mediato, interpôs recurso de apelação, aduzindo, em resumo: (i) a ausência de comprovação das tratativas da negociação entre as empresas; (ii) a inexistência de qualquer informação acerca do transporte das mercadorias e comprovante de pagamento; (iii) que a empresa vendedora nunca existiu, sendo irrelevante a data da constatação da inexistência; (iv) a falta de comprovação da boa-fé da apelada, demonstrando que as operações comerciais se efetivaram; (v) a exigibilidade do imposto e da multa.

Apresentadas contrarrazões (fls. 195/198), e o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

A ação foi ajuizada para anular o auto de infração 4.108.511-5 e tornar insubsistente o crédito tributário, considerando que o valor foi contabilizado na compra das mercadorias descritas nas notas fiscais nº 000.000535 e 000.000.532.

Houve a suspensão do protesto com o depósito de caução (fls. 23/24).

A causa de pedir anuncia que na época da transação da compra de tubos da empresa Metalúrgica Érica Barbosa Eireli, mediante regular autorização para a emissão das notas fiscais eletrônicas. Relata que a vendedora estava devidamente cadastrada junto ao Portal respectivo da Secretaria da Fazenda, o que permitiu a entrada da nota em seus registros, sem que houvesse qualquer débito em relação ao Fisco com relação a estas operações (fls. 23/24). Afirma que desconhecia o processo o auto de infração e imposição de multa, com notificação emitida em 08.05.2018, pois o e-mail cadastrado pertencia a escritório de contabilidade que não era mais o seu (fls. 19/22).

De outra banda a Fazenda aduz que foi creditado indevidamente o valor

Acesso ao Sumário

de R$7.532,28 no período de junho de 2015, porque a contribuinte se beneficiou de créditos de ICMS lastreados em documental fiscal considerado inexistente. Adverte que a emitente das notas foi declarada inidônea, após sua inscrição estadual ser cancelada em razão de comprovada inexistência de estabelecimento. Também afirma que não existe prova da existência da operação de compra e venda.

A sentença julgou procedente o pedido mediato.

A matéria controvertida e devolvida para reexame pelo tribunal "ad quem" considera rês capítulos. O primeiro versa sobre a declaração de inidoneidade de notas fiscais emitidas por estabelecimento empresarial projeta efeitos retroativos e obsta o aproveitamento do crédito de ICMS nas operações realizadas pela autora com a empresa declarada inidônea. O segundo gravita em torno da existência, ou não, das transações mercantis geradoras de crédito de ICMS efetivamente aconteceram, enquanto o último diz respeito à incidência da multa.

A questão deve ser resolvida à luz da jurisprudência consolidada no âmbito do STJ, que, enfrentando a controvérsia à luz da responsabilidade tributária, assim vem entendendo:

> *"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ.*
>
> *1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007; REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; REsp 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998).*

Acesso ao Sumário

2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (norma aplicável, in casu, ao alienante).

3. In casu, o Tribunal de origem consignou que: "(...) os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes."

4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS.

5. O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos ex tunc, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN.

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008" **(REsp 1148444/MG, Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 27/04/2010).**

Assim, é aplicável ao caso concreto a Súmula 509 daquela Corte, que estabelece que "é lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda".

Não se discute a higidez do procedimento de fiscalização que acarretou a nulidade da inscrição daquela sociedade cujas notas fiscais foram reputadas inidôneas, mas a apelada sustenta que efetivamente ocorreram as operações mercantis estampadas nos referidos documentos fiscais e que desconhecia o auto de infração datado de 05.05.2018.

Com relação ao não conhecimento de referido auto de infração, em virtude do não recebimento de e-mail, ora destinado a escritório de contabilidade não mais habilitado, tal justificativa não se sustenta. Isso porque, a atualização dos dados de contato da empresa junto ao fisco é de responsabilidade exclusiva

Acesso ao Sumário

daquela e, uma vez não atualizado, caso deixe de receber qualquer aviso ou notificação, a empresa tem total responsabilidade dos desdobramentos deste fato.

O creditamento foi realizado com base em duas notas fiscais, emitidas nos dias 24 e 26 de junho de 2015, (fls. 33/34), que indicam que as compras foram parceladas e que o transporte foi por conta do destinatário (fls. 88/89).

Acontece que não existe a prova de negociação dos preços praticados. Não há registro das operações representativas das vendas. Não se sabe como a autora tomou conhecimento da existência da empresa inidônea. Igualmente não existe a prova de ocorrência de um fato acessório para servir como justificativa para a situação de completa escassez de prova documental quanto às transações.

A mera escrituração da entrada das mercadorias/NFs no estabelecimento da autora e as notas fiscais em si (fls. 25) não reúnem aptidão e potencial para construir convencimento seguro sobre a boa-fé da empresa adquirente.

Relevante considerar que a própria parte, que tem o ônus da prova do fato alegado, foi intimada e não quis produzir meios de prova em fase de instrução (fls. 138 e 141/142).

Interpreta-se, nesse cenário, que a apelada deixou de produzir um importante elemento de prova relativo à efetiva operação mercantil, já que sem os comprovantes não é possível demonstrar que os pagamentos foram efetivamente realizados em favor da empresa posteriormente declarada inidônea.

Como se sabe, não é possível reconhecer o aproveitamento do crédito de ICMS apenas com base nos registros de lançamento de entrada das notas fiscais no estabelecimento da apelante, sem que seja possível identificar o recebimento da mercadoria pela adquirente.

Como se vê, diante da investigação sobre as proposições de fato, identifica-se falta de embasamento das alegações da contribuinte, que não conseguiu demonstrar sua boa-fé, a despeito do depósito de caução (fls. 42/43).

Ultrapassados os dois primeiros capítulos da impugnação, interessa saber se é possível exigir a multa.

Acesso ao Sumário

Desperta atenção o significativo valor da multa (R$22.457,00 – fls. 41) se cotejado com o montante do tributo devido (R$7.532,28 – fls. 41).

Reconheço a ausência de proporcionalidade entre o valor do tributo devido e a medida adotada pelo Estado para coibir o ilícito fiscal.

Salta aos olhos que a base de cálculo eleita para as sanções pecuniárias não foi o montante do tributo devido, mas repousa no valor das notas fiscais. É patente o excesso. Não deve subsistir o critério empregado pelo fisco para aplicar a multa que ultrapassa o próprio imposto eventualmente devido.

Nesse contexto, imperiosa a limitação da multa em 100% do imposto devido.

Nesse cenário, o recurso comporta provimento para o fim de reconhecer a higidez da autuação. Ressalto que os juros incidentes sobre o débito, seja principal, seja multa punitiva, ficam limitados à Taxa SELIC e que a multa fica reduzida para o montante correspondente a 100% do imposto devido.

O reconhecimento da higidez do auto de infração, com limitação de juros e multa punitiva, configura a sucumbência recíproca. Assim, passo a apreciar a verba honorária sucumbencial.

Dessa forma, a autora deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Fazenda arbitrados em 6% do crédito tributário subsistente, enquanto a Fazenda deverá pagar 5% do proveito econômico obtido pela parte autora.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001791-66.2011.8.26.0471, da Comarca de Porto Feliz, em que é apelante VALDOMIRO TRAJANO DA SILVA, é apelado 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: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.050)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO NEGRINI FILHO (Presidente) e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 12 de agosto de 2021.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – EVENTO TÍPICO – LESÃO NO OLHO ESQUERDO – LIAME OCUPACIONAL E PREJUÍZO FUNCIONAL RECONHECIDOS – INDENIZABILIDADE.

"Incontroverso o acidente de trabalho e reconhecido pela perícia médica o prejuízo funcional decorrente da sequela dele advinda a implicar déficit funcional de cunho parcial e permanente, de rigor a concessão do auxílio-acidente com início a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio- doença, com a ressalva, entre-

Acesso ao Sumário

tanto, no sentido de que o pagamento correspondente ficará suspenso no período concomitante em que esteve o autor no gozo de benefício temporário em razão da mesma causa aqui considerada. Os valores em atraso serão corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora. A renda mensal a ser implantada será reajustada pelos índices de manutenção".

Apelação provida.

VOTO

Trata-se de ação acidentária formulada por Valdomiro Trajano da Silva contra o INSS objetivando, em síntese, a concessão de benefício acidentário sob o argumento de que teve reduzida a sua capacidade profissional em decorrência de sequelas resultantes de acidente típico que o vitimou no dia 24/02/2009 quando, no desempenho de sua atividade profissional na empregadora que menciona, roçando um pomar, a ponta de uma roçadeira se quebrou atingindo seu olho esquerdo, causando-lhe deslocamento da retina e cegueira.

O laudo médico-pericial veio aos autos (fls. 136/152).

Colheu-se o depoimento de uma testemunha (fls. 235/236).

Sobreveio a r. sentença que julgou improcedente o pedido inicial e condenou o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$800,00, observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50 (fl. 240, com embargos de declaração rejeitados na fl. 306).

Inconformado, apela o autor pugnando pela reforma do julgado. Insiste, em suma, na alegação de que é portador de sequela incapacitante decorrente do infortúnio noticiado, de modo que faz jus ao benefício acidentário pleiteado (fls. 259/305).

O INSS não apresentou resposta (ver certidão de fls. 311).

Em Sessão realizada no dia 25/10/2016 o Acórdão prolatado converteu o julgamento em diligência para repetição da perícia médica (fls. 322/326).

Acesso ao Sumário

O novo laudo foi juntado (fls. 330/333).

Ante a impugnação ofertada pelo INSS, adveio a complementação do laudo médico (ver fls. 376/377).

Novamente intimadas as partes a respeito, somente o INSS se manifestou (fl. 381).

É o relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Passo a decidir.

Objetivou o autor na presente ação a concessão de benefício acidentário sob o argumento de que teve reduzida a sua capacidade profissional em decor-

rência de lesão no olho esquerdo, cuja causa de eclosão, segundo alega, está relacionada com o acidente típico narrado na inicial.

Não há controvérsia quanto à ocorrência do acidente de trabalho narrado na inicial, consoante se infere da análise da documentação juntada (ver fls. 17/19, 72/73 e 236).

Feita a avaliação médica em Primeiro Grau, proferiu-se a r. sentença que, não vislumbrando na espécie a existência de sequela incapacitante de origem ocupacional, rejeitou o pedido inicial (ver fls. 136/152 e 240).

Repetida a perícia nesta Instância para reavaliação do quadro reclamado, o laudo aqui produzido concluiu, sem deixar qualquer margem à dúvida, que em razão do trauma sofrido por força do infortúnio o autor tornou-se portador de sequela irreversível, representada por perda total da visão do olho esquerdo, assegurando a *Expert* que tais alterações acarretam prejuízo à capacidade profissional de forma parcial e permanente para o desempenho da atividade habitual, podendo, todavia, desempenhar função para a qual não necessite de visão binocular (ver inteiro teor nas fls. 330/333, complementado nas fls. 376/377).

Destarte, a conclusão exarada pela Médica aqui nomeada não sofreu nenhuma impugnação técnica.

Nesse contexto, sem embargo do respeito à r. sentença, à luz do que se extrai do conjunto probatório dos autos, mormente levando-se em conta a gravidade do acidente que vitimou o autor e o reconhecimento da sequela irreversível que resultou, conforme claramente atestado pela avaliação médica aqui produzida, a meu juízo revela-se de rigor a inversão do julgado para o decreto de procedência do pedido.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento à apelação para, afastando a r. sentença, julgar procedente o pedido inicial e, consequentemente, condenar o INSS a pagar ao autor o benefício acidentário assim especificado:

I) auxílio-acidente de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício, a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença (01/07/2009 – fl. 72), com a ressalva, entretanto, de que o pagamento correspondente ficará suspenso no período concomitante em que tenha o autor percebido benefício temporário em razão da mesma causa (conforme disposição do artigo 104, parágrafo 6º, do Decreto 3.048/99), mais o respectivo abono anual;

II) despesas processuais, se comprovadas, em reembolso;

III) honorários advocatícios que ora fixo em 10% sobre o montante correspondente às parcelas vencidas até a data deste Acórdão;

IV) o benefício terá como base de cálculo o salário-de-benefício já apurado administrativamente com os reajustes de praxe (deverá o INSS

Acesso ao Sumário

oportunamente informá-lo aos autos).

V) os valores em atraso serão corrigidos monetariamente pelo IPCA -E, conforme orientação definitiva do Supremo Tribunal Federal firmada em sede do Tema 810, e acrescidos de juros de mora contados a partir da citação (03/08/2011 – fl. 59), de uma só vez sobre o montante até aí devido e, após, mês a mês, de modo decrescente à base mensal conforme a disciplina da Lei 11.960/09.

A conta a ser elaborada deverá seguir estritamente a forma da Lei 8.213/91, ou seja, com cálculo mês a mês de cada parcela devida, partindo-se da renda mensal inicial devidamente reajustada pelos índices de manutenção no decorrer do tempo, observada a proporcionalidade no primeiro reajuste.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000380-39.2020.8.26.0120, da Comarca de Cândido Mota, em que são apelantes GENOALDO SANTOS MOREIRA (E SUA MULHER) e MARIA FÁTIMA SANTOS MOREIRA, é apelado MUNICÍPIO DE CÂNDIDO MOTA.

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 31.642)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente sem voto), PAULO BARCELLOS GATTI e ANA LIARTE.

São Paulo, 13 de agosto de 2021.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de desapropriação indireta c/c danos morais – Município de Cândido Mota – Autores alegando que a Municipalidade invadiu parte de seu terreno "quando da urbanização do bairro" – Sentença de improcedência mantida nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta Corte – Prescrição configurada – Eventual apossamento ocorrido em 1998 – Ação ajuizada após o prazo decenal previsto no art. 1238, parágrafo único, do Código Civil – Tema nº 1019 de recursos repetitivos – Cerceamento de defesa

não reconhecido – Recurso desprovido.

VOTO

I – Trata-se de ação de desapropriação indireta c/c danos morais ajuizada em face do Município de Cândido Mota, alegando os autores que a Municipalidade invadiu parte de seu terreno "quando da urbanização do bairro" (fls. 01/04).

A r. sentença de fls. 82/83, cujo relatório se adota, julgou a demanda improcedente, pronunciando a prescrição e arbitrando verba honorária em "10% do valor da causa atualizado".

Apelam os requerentes pugnando pela inversão do resultado do julgamento, invocando cerceamento de defesa pela necessidade da produção de prova testemunhal e alegando que o apossamento ocorreu em 2011 e não em 1998, como concluído pelo sentenciante (fls. 87/92).

Recurso devidamente processado e respondido (fls. 98/101).

É o relatório.

II – O apelo interposto pelos autores, *data venia*, não merece acolhimento.

Estabelece o art. 252 do Regimento Interno desta Corte que o relator poderá se limitar a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

Outra não é a situação que se verifica dos autos, uma vez que a r. sentença recorrida, no essencial, bem decretou a improcedência da ação, nos seguintes termos:

"As questões de fato se resolvem pelas provas documentais, sendo, no mais, a questão exclusivamente de direito, o que autoriza o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 355, I, do CPC.

É o caso do acolhimento da prescrição.

Buscam os autores indenização por desapropriação indireta, pois, de acordo com os mesmos, a ré suprimiu parte do imóvel para realização da urbanização do bairro, ao fazer o alinhamento da referida rua, não sendo paga qualquer contraprestação.

De fato, operou-se a prescrição, considerando o julgado da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que por maioria, definiu entendimento que o prazo de prescrição que deve ser aplicado ao pedido de indenização nos casos de desapropriação indireta é de 10 anos (conforme precedente vinculante do STJ: Tema 1019, julgado pela 1ª Seção em 12/02/2020).

Com efeito, conforme tese firmada, "O prazo prescricional aplicável à desapropriação indireta, na hipótese em que o Poder Público tenha realizado

Acesso ao Sumário

obras no local ou atribuído natureza de utilidade pública ou de interesse social ao imóvel, é de 10 anos, conforme parágrafo único do art. 1.238 do CC".

Com efeito, trata-se de julgado onde os efeitos prospectivos desse entendimento deve ser aplicado a todos os processos que tramitam em território.

No caso, restou incontroverso nos autos que as obras de urbanização ocorridas no bairro que acabaram por suprimir parte do imóvel dos autores ocorreram no ano de 1998 (p. 14-21 e 69-70), e quando da propositura da presente ação para indenização da desapropriação indireta verifica-se que o prazo prescricional já havia escoado há muito tempo, considerando que a ação somente foi proposta em 09/04/2020, de modo que os autores já não mais possuem o direito de reclamar qualquer indenização do Município.

Assim, assiste razão a ré quanto à alegação da ocorrência da prescrição.

Diante do exposto, ***JULGO EXTINTA A AÇÃO****, assim o fazendo nos termos do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil, condenando-se os autores no pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários sucumbenciais que fixo em 10% do valor da causa atualizado."* (em especial fls. 82/83, com caixa alta e negrito no original).

Como visto, documentos juntados aos autos demonstram que a citada "urbanização do bairro" ocorreu no ano de 1998 (fls. 14/21 e 69/70), sendo certo, ainda, que a responsabilidade pela demarcação das ruas do loteamento ficou a cargo da loteadora (em especial fls. 63), a tornar questionável, inclusive, o direcionamento da demanda em face da Municipalidade, tendo em vista a causa de pedir.

Deste modo, como o eventual apossamento ocorreu em 1998, restou configurada a prescrição, uma vez que a presente demanda foi ajuizada somente em março/2020 (fls. 01), após o prazo decenal previsto no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil, aplicável ao caso concreto conforme o entendimento pacificado pelo STJ no tema nº 1019 de recursos repetitivos, prescrição que também atinge o pleito relacionado aos danos morais, com prazo mais reduzido, previsto no Decreto nº 20.910/32.

A data do eventual apossamento restou evidenciada pelos documentos oferecidos pelos próprios autores, a tornar desnecessária a produção de prova testemunhal, logo, não é reconhecido o alegado cerceamento de defesa, ressaltando que as imagens áreas do loteamento confirmam que não houve alteração do traçado das ruas desde o ano 2003 (fls. 102/106), a impossibilitar seja fixado o ano de 2011 como o termo inicial da prescrição.

Mantida a sentença de fls. 82/83, os honorários advocatícios arbitrados ficam majorados em 01 (um) ponto percentual, na forma do art. 85, § 11, do CPC.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011568-70.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante SABRINA CARVALHO MAIDANA MARTINS PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso do réu provido em parte e recurso adesivo da autora desprovido, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.725)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), LEME DE CAMPOS e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 17 de agosto de 2021.

ALVES BRAGA JUNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSORA DE EDUCAÇÃO BÁSICA II. Candidata considerada inapta na fase de exame de saúde, por obesidade, em concurso público para o cargo de "Professor de Educação Básica II", especial para deficientes visuais. Contratação temporária, meses depois, para o exercício do mesmo cargo. Empossamento determinado em mandado de segurança anterior. Indenização por danos morais. Admissibilidade. Pesa em desfavor do Estado o fato de ter contratado a autora, meses depois, para exercer temporariamente o mesmo cargo, com as mesmas condições de saúde. Danos materiais referentes aos vencimentos que deixou de receber no período. Inadmissibilidade.

RECURSO DO RÉU PROVIDO EM PARTE. RECURSO ADESIVO DA AUTORA DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo ESTADO DE SÃO PAULO e de recurso adesivo interposto por SABRINA CARVALHO MAIDANA MARTINS PEREIRA contra a r. sentença de fls. 152/6 que, em ação de indenizatória, jul-

gou parcialmente procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento de R$ 46.843,00, a título de danos morais.

O Estado alega que não está caracterizado o dever de indenizar, por ausência de ilegalidade na exclusão da autora em fase de exame de saúde, porque o candidato a cargo público efetivo deve gozar de boa saúde, comprovada em perícia médica em órgão oficial, nos termos do art. 47, caput, e IV, da Lei 10.261/68.

Requer a improcedência do pedido.

Subsidiariamente, pugna pela redução da indenização relativa aos danos morais (fls. 160/8).

Em recurso adesivo, a autora pede a condenação em danos materiais, referentes aos vencimentos que deixou de receber no período de julho de 2017 a agosto de 2018, quando ocorreu a nomeação, no valor de R$ 25.833,78 (fls. 177/84).

Contrarrazões a fls. 169/76.

FUNDAMENTAÇÃO

O recurso do Estado comporta parcial provimento.

O recurso adesivo não comporta provimento.

A autora prestou concurso público para o cargo de "Professor de Educação Básica II", especial para deficientes visuais, e, em agosto de 2017, foi considerada inapta na fase de exame de saúde, por ser obesa.

Porém, em outubro do mesmo ano, foi contratada temporariamente para exercer o mesmo cargo, no período de 2/10/2017 a 21/12/2020 (fls. 45/6).

Em julho de 2018, a exclusão foi revertida nos autos do mandado de segurança nº 1051930-85.2017.8.26.0053 , por v. acórdão desta c. Câmara (fls. 21/7).

Na presente ação, pleiteia-se indenização por danos morais e materiais, relativos aos vencimentos do período de julho de 2017 a agosto de 2018.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

A Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, ao condicionar a responsabilidade do Estado ao dano decorrente de sua atividade, adotou a teoria do risco administrativo[1].

O c. STF consolidou o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, tanto por atos comissivos quanto por omissivos; basta que se demonstre o nexo causal entre o dano e a conduta, e que não haja qualquer excludente de responsabilidade

1 "Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

(força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima ou de terceiro)[2].

Não se discute se a autora tem, ou não, direito ao cargo, nem se a exclusão foi justa ou injusta. Essa matéria já foi decidida no mandado de segurança.

O que está em discussão é se a conduta administrativa enseja a responsabilidade civil do Estado.

Em princípio, "A mera declaração administrativa de inaptidão para o exercício do cargo por obesidade mórbida não configura, por si só, conduta discriminatória do Poder Público apta a ensejar o reconhecimento do direito a indenização por danos morais, uma vez que se trata de questão médica e fundamentada no art. 47, incisos VI e VII, da Lei Estadual nº 10.261/68" (cf. Apelação nº 1009438-58.2019.8.26.0037, Rel. Des. Carlos von Adamek, 2ª Câmara de Direito Público, j. 15/11/2020).

A situação dos presentes autos, porém, é um pouco distinta.

Pesa em desfavor do Estado o fato de ter contratado a autora, meses depois, para exercer temporariamente o mesmo cargo para o qual havia sido excluída, com as mesmas condições de saúde.

Por coerência lógica, ou a candidata era apta ou inapta para o cargo, temporário ou efetivo.

Considerá-la inapta para o cargo efetivo e, concomitantemente, apta para o cargo temporário, de dois anos, permite concluir que a Administração teve o claro objetivo impedir a estabilidade da autora, após três anos de efetivo exercício, e evitar eventuais futuros afastamentos por licença para tratamento de saúde, como sói acontecer com servidores da área da educação.

Conforme ressaltado no v. acórdão do mandado de segurança, "flagrante a ofensa ao princípio da motivação e da razoabilidade, porquanto a obesidade em nada prejudica o desempenho das funções inerentes ao cargo em que foi aprovada, mostrando-se ato discriminatório e violador, ainda, do princípio da dignidade humana".

Configurado o dano moral *in re ipsa* e o nexo de causalidade, a responsabilização é medida que se impõe.

Nesse sentido:

Apelação nº 0004298-42.2009.8.26.0609

Relator: Reinaldo Miluzzi

Comarca: Taboão da Serra

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 30/07/2012

Ementa: CONCURSO PÚBLICO – Guarda Civil Municipal – Pedido de indenização por dano moral – Inaptidão no teste de aptidão física – Prova

2 Cf. ARE 754778 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli.

Acesso ao Sumário

não prevista no edital – Lei 871/90 que não estabeleceu a aptidão física para o exercício do cargo como critério discriminatório – Restrição do artigo 9º, IX, do Decreto 93/90 não previsto na Lei – Ato abusivo e ilegal – Valor indenizatório bem fixado – Sentença de procedência – Recurso não provido.

Apelação 0028356-88.2013.8.26.0506

Relator: Décio Notarangeli

Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 5/12/2016

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – PROFESSOR – EXAME MÉDICO – CANDIDATA CONSIDERADA INAPTA – ATO ADMINISTRATIVO – MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE – EXERCÍCIO DAS MESMAS FUNÇÕES HÁ VINTE ANOS – ILEGALIDADE – RECONHECIMENTO. 1. Candidata ao cargo de Professor de Educação Básica II considerada inapta no exame de sanidade e capacidade física. Antecedentes de depressão. Negativa de posse no cargo público. Motivação insuficiente do ato administrativo. Candidata titular de cargo efetivo no Magistério Estadual há mais de vinte anos. Ofensa à cidadania, à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II, III e IV, CF). 2. Incidência na espécie do art. 1º da LCE nº 157/77, vigente à época da publicação do edital, que dispensava de novo exame médico o servidor público estadual, admitido a qualquer título, que, nomeado para cargo público com atribuições correspondentes às funções por ele desempenhadas, contasse, à data da posse, pelo menos cinco anos de exercício nessas funções. Danos morais. Cabimento. Indenização devida. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Apelação nº 0001801-81.2011.8.26.0319

Relator: Peiretti de Godoy

Comarca: Lençóis Paulista

Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 03/10/2012

Ementa: INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. Candidata aprovada em concurso público, impedida de tomar posse em virtude de ser portadora do vírus HIV. Art. 37, § 6º da CF. Nexo de causalidade da conduta e do dano comprovados. Ato discriminatório capaz de ensejar dano moral. Valor que não se altera. Aplicabilidade da Lei 11.960/09. Sentença reformada só nessa parte. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

Embora a lei não estabeleça os parâmetros para a fixação da reparação por danos morais, cabe ao juiz fazê-lo com base no princípio da razoabilidade, observado o grau de culpa do responsável, a extensão do dano, a capacidade econômica das partes e as vantagens auferidas pelo responsável.

Consideradas as circunstâncias do caso, sobretudo a ausência de outros transtornos e a reversão da desclassificação, reduz-se a indenização para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Por fim, "Não é devida indenização por danos materiais, pleiteada pela autora como correspondente ao montante dos vencimentos que ela teria deixado de receber por não ter tomado posse no cargo, porque a percepção de remuneração pressupõe o efetivo exercício do cargo, sob pena de enriquecimento sem causa. Este é o posicionamento do Pretório Excelso, onde restou assentado, no Tema 671 de Repercussão Geral, que servidor nomeado por decisão judicial não tem direito a indenização" (Apelação/Reexame Necessário nº 1048649-14.2016.8.26.0100, Rel. Des. Souza Nery, 12ª Câmara de Direito Público).

Do mesmo modo, como bem ressaltado na r. sentença, "a autora foi contratada pelo período de 02.10.2017 a 21.12.2020 pelo Estado de São Paulo para atuar como professora, auferindo, assim, o salário previsto para o cargo (fls. 45/46), de modo que, por mais este motivo, os danos materiais não merecem prosperar".

DISPOSITIVO

Ante o exposto, dá-se parcial provimento à apelação do réu para reduzir o valor da indenização, a título de danos morais, para R$ 20.000,00, e nega-se provimento ao recurso adesivo da autora.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0025547-98.2010.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE DIADEMA e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S.A.

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 47.970)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

GERALDO XAVIER, Relator

Ementa: Apelação. Embargos a execução fiscal. Taxa de licença de funcionamento. Exercício de 2006. Inadmissibilidade da exação. Concessionária de serviço público (exploração de rodovia estadual). Atividade fiscalizatória de competência do poder concedente. Inteligência dos artigos 3º e 29, I, da Lei 8.987/95. Precedentes da corte. Recurso denegado.

VOTO

Cuida-se de embargos a execução fiscal, esta promovida pelo município de Diadema em face de Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A. com vistas a cobrança de taxa de licença de funcionamento do exercício de 2006.

Argui-se nula a cobrança pois a competência fiscalizatória, na espécie, é privativa do Estado de São Paulo; aduz-se que o Departamento de Estradas e Rodagens e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) fiscalizam o trecho da rodovia situado no território do exequente; pleiteia-se extinção da exação.

Acolhido o pedido (folhas 77 a 179), apela tempestivamente o ente político: sustenta legítima a cobrança e pugna por seu prosseguimento.

Recebido e processado o recurso, nas contrarrazões argumenta-se correta a sentença, pugna-se sua manutenção.

Eis, sucinto, o relatório.

O apelo não merece abrigo.

Com efeito.

A taxa de fiscalização tem por supedâneo o estatuído no artigo 145, II, da Constituição da República, bem assim no artigo 77, cabeça, do Código Tributário Nacional.

Embora não se negue ao ente municipal o exercício do poder de polícia sobre os estabelecimentos sitos em seu território, certo é que no caso de concessão de serviço público estadual (exploração de rodovia) a atividade fiscalizatória é exclusiva do poder concedente.

A autora está sujeita à fiscalização do Estado de São Paulo por intermédio de sua agência reguladora, a ARTESP, nos termos dos artigos 3º e 29, I, da Lei

Acesso ao Sumário

8.987/95.

Confiram-se, a pelo, decisões da corte:

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA c.c. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. Taxa de Fiscalização de Funcionamento sobre praça de pedágio. Município do José Bonifácio. Exercícios de 2009 a 2011. Contrato de Concessão da Rodovia BR-153/SP. Competência privativa da União por meio da ANTT para proceder a fiscalização. Incompetência do ente Municipal para exercer o poder de polícia e consequentemente instituir tributo. Precedentes. Repetição do Indébito. Juros de mora. Incidência a partir do trânsito em julgado. Art. 167, parágrafo único, do CTN e Súm. 188/STJ. Aplicação da Lei nº 11.960/09, observando-se a Tabela Prática do TJSP para os débitos das Fazendas Públicas. Sentença reformada Recurso provido." (apelação 0003103-53.2012.8.26.0306, Décima Oitava Câmara de Direito Público, relator Desembargador Osvaldo Capraro);

"APELAÇÃO – Embargos à execução. Taxa de fiscalização. Exercício de 2017. Concessionária de rodovia estadual. Pessoa jurídica não sujeita à fiscalização do Município. Precedentes. Recurso não provido." (apelação/ remessa necessária 1007858-32.2017.8.26.0564, Décima Quarta Câmara de Direito Público, relator Desembargador João Alberto Pezarini);

"APELAÇÃO – Ação anulatória de débito fiscal – Taxa de fiscalização de licença, instalação e funcionamento – Concessionária das Rodovias Ayrton Senna e Carvalho Pinto – Subordinação à fiscalização do poder concedente (Estado de São Paulo), por meio da Agência Reguladora de Serviços Públicos – Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) RECURSO DESPROVIDO." (apelação 1003432-93.2016.8.26.0278, Décima Quarta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Henrique Harris Júnior);

"APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – Taxa de licença, exercício de 2015 – Município de Guarujá – Concessionária de rodovias – Pretendido reconhecimento de poder de polícia sobre o sistema rodoviário estadual – Inadmissibilidade – Sistema administrativo sob o regime de concessão – Incompetência de fiscalização pelo ente municipal – Sentença mantida – RECURSO IMPROVIDO." (apelação 1004735-50.2015.8.26.0223, Décima Quinta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Rodrigues de Aguiar).

Tem-se, destarte, que a cobrança da taxa é ilegítima.

Posto isso, nega-se provimento ao apelo e majora-se a verba honorária a 20% (vinte por cento) do valor da causa (artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0001487-11.2020.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é apelada SHIRLENE VIEIRA ABADIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.196)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente) e ALDEMAR SILVA.

São Paulo, 4 de agosto de 2021.

ALBERTO GENTIL, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – Cancelamento administrativo de aposentadoria por invalidez concedida judicialmente – Inadmissibilidade – Necessidade da propositura de ação para tal fim – Precedentes desta C. Câmara e do STJ – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 160/164, cujo relatório é adotado, julgou procedente ação promovida por Shirlene Vieira Abadio em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, condenando-o ao restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez, desde a data da cessação administrativa do benefício; atrasados acrescidos de correção monetária e juros de mora; honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação até a data da sentença, submetendo-se ao reexame necessário.

Apela a autarquia. Bate-se pela reforma da r. sentença, pois a incapacidade da autora é apenas parcial. Alternativamente, insurge-se contra os índices de correção monetária das parcelas em atraso e contra o termo inicial do benefício. Pede, ainda, que seja observada a prescrição quinquenal e reduzidos os honorários advocatícios.

Sem resposta.

Sem manifestação da Douta Procuradoria de Justiça em razão do Ato Normativo nº 354 do *Parquet*.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

À autora foi concedido judicialmente o benefício de aposentadoria por invalidez acidentária (Processo nº 0011219- 94-2012.8.26.0032, 3ª Vara Cível da Comarca de Araçatuba – fls. 70/85), com trânsito em julgado aos 09.02.2017 (fls. 71).

É certo que o INSS pode convocar a segurada para que periodicamente se submeta à perícia médica com vistas a averiguar a manutenção ou não de sua incapacidade laborativa.

Há previsão legal - Lei nº 8.213/91 (artigos 43, § 4º e 101).

No entanto, inadmissível o cancelamento administrativo de benefício concedido judicialmente mesmo que com lastro em perícia administrativa.

Afinal, o exame médico administrativo efetivado pela autarquia não basta, por si só, para rescindir a coisa julgada.

Ele serve, isto sim, como meio de prova para instruir eventual ação judicial interposta com vistas à cessação do benefício outorgado judicialmente.

Aliás, de se pontuar que até mesmo essa excepcionalidade é permitida em razão da natureza da relação acidentária (trato sucessivo), ut artigo 505, I, do Código de Processo Civil.

Logo, para que haja a cessação do benefício concedido judicialmente há de se propor uma nova ação, respeitando-se, assim, a ampla defesa e o contraditório.

Neste sentido o entendimento desta C. Câmara Especializada:

- "APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – ACIDENTÁRIO. Possibilidade de revisão do benefício, a teor dos arts. 71 da Lei nº 8.212/91 e 47 da Lei nº 8.213/91. Todavia, a perícia administrativa por si só não basta para a cessação do benefício, o que somente pode ocorrer por nova decisão judicial. Inteligência do art. 505 do CPC. Precedentes do STJ. Sentença parcialmente reformada. ACIDENTÁRIO. TERMO "A QUO" DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO. Restabelecimento da aposentadoria por invalidez pelo valor integral desde quando o autor passou a receber com a redução prevista no art. 47, inciso II, da Lei nº 8.213/91, compensando- se os valores pagos posteriormente de maneira escalonada. PROCESSUAL CIVIL E ACIDENTÁRIO – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. Juros de mora que obedecem ao disposto no artigo 1º-F, da Lei 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei 11.960/2009. Correção monetária que deve seguir o IPCA-E, conforme decidido pelo STF no julgamento do RE 870.947/SE - Tema nº 810 da repercussão geral. PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ACIDENTÁRIA – HONORÁRIOS. Percentual e base de cálculo a serem apurados em fase de liquidação. Inteligência do art. 85, § 3º e § 4º, II do CPC. Recurso do INSS improvido.

Acesso ao Sumário

Reexame necessário parcial provimento e recurso adesivo provido, com alteração de ofício dos consectários legais da condenação. Deferida a antecipação de tutela para imediata implantação do benefício" (Apelação Cível nº 1007048-89.2018.8.26.0348, Relator Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO, DJ 20 de novembro de 2020).

Também:

- *"ACIDENTE DO TRABALHO. Aposentadoria por invalidez concedida judicialmente. Cancelamento após perícia na esfera administrativa. Inadmissibilidade. Necessidade de propositura de nova ação, calcada na perícia administrativa, para revisão ou cancelamento da aposentadoria. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta 17ª Câmara de Direito Público. CORREÇÃO MONETÁRIA – Débitos em atraso do INSS – IGP-DI (maio/1996 a março/2006) – INPC (01/04/2006 a 29/06/2009) – IPCA-E, nos termos do que o STF decidiu no RE nº 870.947 (Tema 810), em 03/10/2019. JUROS DE MORA. Cômputo. Forma englobada até a citação e, após, mês a mês, decrescentemente. Taxas 0,5% ao mês, na vigência do CC/1916 1,0% ao mês, após a entrada em vigor do CC/2012. Remuneração da caderneta de poupança, a partir de 30/06/2009, conforme o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.960/2009, e nos termos do que o STF decidiu no RE nº 870.947 (Tema 810 de repercussão geral). NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTARQUIA. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA NECESSÁRIA"* (Apelação Cível nº 0007572-55.2019.8.26.0482, Relator Desembargador ANTONIO MOLITERNO, DJ 16 de outubro de 2020).

Ainda:

- *"APELAÇÃO. Ação acidentária procedente. SENTENÇA ANULADA. Extra petita. Configuração. CAUSA MADURA. Julgamento da lide pelo Tribunal. Artigo 1.013, §3º, inciso II, do CPC/2015. RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA CONCEDIDA JUDICIALMENTE. Coisa julgada. Matéria de ordem pública. Sentença transitada em julgado que determinou o restabelecimento da aposentadoria por invalidez acidentária. Impossibilidade de cessação administrativa. Necessidade de ajuizamento de ação revisional pela autarquia. Paralelismo das formas. Restabelecimento devido. Compensação de valores pagos posteriormente. ABONO ANUAL. Cabimento. Artigo 40 da Lei 8.213/91. RENDA MENSAL INICIAL. Observância dos mesmos índices previdenciários aplicados aos benefícios em manutenção. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICABILIDADE DA LEI 11.960/09. Questão decidida pelo C. STF, no RE 870.947/SE (Tema 810 de repercussão geral), definindo o IPCA-E como índice de correção mo-*

Acesso ao Sumário

netária das prestações em atraso e fixando os juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Sendo a sentença ilíquida, a apuração do percentual da verba honorária ocorrerá na fase de execução. Artigo 85, § 4º, inciso II, do CPC/2015. PRELIMINAR DO APELO AUTÁRQUICO ACOLHIDA E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO PARA ANULAR A R. SENTENÇA E RECONHECER A COISA JULGADA, DETERMINANDO O RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO" (Apelação Cível nº 1002797-54.2019.8.26.0037, Relator Desembargador CARLOS MONNERAT, DJ 29 de setembro de 2020).

Assim também já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"Deferida a aposentadoria por invalidez judicialmente, pode a autarquia previdenciária rever a concessão do benefício, uma vez tratar-se de relação jurídica continuativa, desde que por meio de ação judicial, nos termos do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, e em respeito ao princípio do paralelismo das formas." (REsp 1201503/RS, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Data do Julgamento 19/11/2012, DJe 26/11/2012).

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. CONCESSÃO ATRAVÉS DE DECISÃO JUDICIAL. CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AÇÃO JUDICIAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de somente ser possível a revisão da aposentadoria por invalidez concedida judicialmente através de outra ação judicial. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1218879/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 18.09.2014, DJe 25.09.14).

Sendo assim, ante a ausência de processo judicial para o cancelamento da aposentadoria por invalidez acidentária da autora, de rigor o restabelecimento de seu benefício NB 92/162.872.688-9 (fls. 130).

O termo inicial do benefício fixado na r. sentença não comporta alteração – dia seguinte ao da indevida cessação (fls. 130), compensando-se eventuais valores pagos administrativamente após esta data, inclusive a título de mensalidade de recuperação.

A atualização monetária das parcelas em atraso observará os critérios da Lei nº 8.213/91 e suas alterações posteriores; os respectivos índices serão definidos em execução, considerando-se, ainda, o posicionamento do E. STF no julgamento da Repercussão Geral nº 810 (RE nº 870.947/SE).

Acesso ao Sumário

Os juros de mora incidem a partir da citação, contados englobadamente até esta data e, a partir de então, mês a mês, de forma decrescente. Mas é de se observar, no particular, os termos do RE 870.947/SE, tema 810 do E. STF.

A discussão quanto à incidência de juros entre a conta e a expedição do precatório é, na atual fase processual, prematura e deverá ser apreciada na fase de execução e somente após o pagamento do valor que vier a ser requisitado.

Serão observados os índices previdenciários para o cálculo da renda mensal inicial a ser implantada.

A verba honorária fixada para fase de conhecimento é de ser mantida como fixada.

Para a fase recursal, nos termos do art. 85, § 11 do CPC, sucumbente a autarquia, arbitro os honorários recursais em R$ 500,00 (quinhentos Reais).

Daí porque, ante o exposto, nos termos supra consignados, nego provimento ao recurso da autarquia.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1006767-96.2016.8.26.0286/50000, da Comarca de Itu, em que é embargante LUIZ CARLOS DA SILVA JUNIOR, é embargado MATA DE SANTA GENEBRA TRANSMISSÃO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram parcialmente os embargos declaratórios, sem efeitos modificativos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.401)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 1º de julho de 2021.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Embargos de declaração – Cabimento condicionado à existência dos vícios previstos no art. 1.022

do CPC – Assiste razão à embargante – Acolhem-se os embargos parcialmente para esclarecer a aplicação do art. 85, §11, do CPC no presente caso – Embargos parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos.

VOTO

Embargos de declaração opostos por **Luiz Carlos da Silva Júnior** ao v. acórdão que deu parcial provimento ao apelo da **Mata de Santa Genebra Transmissão S.A.**, para adequar os juros compensatórios e correção monetária à luz do decidido pelo Plenário do **E. STF** no julgamento de mérito da ADI 2332/DF, mantendo, contudo, o valor definitivo da indenização fixada pelo vistor judicial.

Os declaratórios são opostos a pretexto de indicar a ocorrência de omissão, com a finalidade de majorar a verba honorária em favor do patrono do embargante, aplicando-se o **art. 85, §11**, do **CPC/2015.**

Embargos tempestivos.

Tal, em abreviado, o relatório.

Consabido, os embargos de declaração têm cabimento estrito, sendo passíveis de utilização apenas quando o pronunciamento judicial contiver omissão, contradição, obscuridade ou erro material.

O acórdão embargado, ao examinar a controvérsia posta dispôs que "*Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso para a adequação dos juros compensatórios e correção monetária à luz do decidido pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito da ADI 2332/DF, mantendo, contudo, o valor definitivo da indenização fixada pelo vistor judicial, conforme decidido pelo Juízo a quo*" (fls. 708).

Nesse sentido, a **3ª Turma do A. STJ**, no julgamento dos EDcl no AgInt no REsp nº 1.573.573/RJ, firmou entendimento no sentido de que os "*honorários advocatícios recursais aplicam-se aos casos de não conhecimento e de improvimento [do recurso], já que na hipótese de provimento é devolvido ao julgador o integral redimensionamento da sucumbência*".

Diante disto, os honorários recursais serão devidos ao advogado da parte que está vencendo a demanda na origem. A *contrario sensu*, não há que se cogitar a fixação de honorários recursais na hipótese de provimento integral ou parcial do recurso, eis que neste caso o tribunal deverá promover a inversão ou redistribuição da sucumbência, observando-se, para tanto, os critérios previstos no **art. 85, § 2º**, do **CPC/2015**.

Portanto, conforme entendimento do **A. STJ**, os honorários recursais de que trata o **art. 85, § 11**, do **CPC/2015**, são aplicáveis tanto nas hipóteses de não-conhecimento integral quanto de não-provimento do **recurso**. Havendo

Acesso ao Sumário

provimento parcial, os honorários não são majorados.

Ante o exposto, para evitar dúvidas, acolhem-se parcialmente os embargos opostos por **Luiz Carlos da Silva Júnior**, sem efeitos modificativos, apenas para esclarecer as hipóteses de aplicação do **art. 85, §11**, do **CPC**, quanto à majoração dos honorários recursais.

Postas tais premissas, **acolhem-se parcialmente os embargos declaratórios**, sem efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1000782-30.2020.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é embargado COMERCIAL CONSTRUTORA & SERVIÇOS APB LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.196)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e BURZA NETO.

São Paulo, 7 de junho de 2021.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Omissão, contradição, obscuridade ou erro material – Inexistência – Aspectos relevantes abordados de forma precisa e objetiva – Rediscussão do mérito com nítido caráter infringente – Impossibilidade – EMBARGOS REJEITADOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO contra o acórdão de fls. 837/843, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo embargante, nos seguintes termos:

> APELAÇÃO – Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária – Débitos de IPTU anteriores à arrematação – Sub-rogação no respectivo preço – Art. 130, parágrafo único, do CTN – Previsão no edital de leilão estabelecendo a responsabilidade do arrematante pelos débitos

constituídos sobre o imóvel anteriormente à arrematação – Violação do princípio da legalidade – O CTN trata de normas cogentes, de observância obrigatória, não passíveis de revogação pelo edital ou de renúncia pelas partes – RECURSO DESPROVIDO.

O embargante alega o acórdão violou o art. 130, parágrafo único, do CTN, ao conferir-lhe "interpretação estritamente literal" (sic), e, igualmente, o art. 156, "já que criou causa de extinção do crédito tributário não prevista em lei".

É o relatório.

De rigor sejam rejeitados os presentes embargos.

Consoante estabelece o art. 1.022, I, II e III, do CPC, cabem embargos de declaração quando a decisão judicial contiver obscuridades, contradições ou omissões, bem como para a correção de eventuais erros materiais.

No presente caso, inexiste omissão, obscuridade, contradição ou erro material no acórdão embargado, porquanto este analisou, em seu bojo, os fundamentos necessários para a decisão, deixando evidente o seu entendimento quanto ao pleito efetivado, considerando descabidos os argumentos ora expostos pelo embargante.

Aliás, ao determinar o direito condizente à espécie, este órgão colegiado entendeu não serem aplicáveis os argumentos de interesse do embargante, sendo desnecessária a menção expressa a cada um.

Não se olvide, outrossim, que: "É entendimento assente de nossa jurisprudência que o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio" (DJU 17.8.98, p.44). (grifei).

De todo modo, não procedem as alegações do embargante. O acórdão não violou o art. 130, parágrafo único, do CTN, mas, como reconhece o embargante, aplicou-o em sua literalidade. É bastante curioso que o embargante julgue que a aplicação literal da lei possa violar a lei. Nessa linha de raciocínio, talvez devêssemos nos perguntar: então para não violarmos a lei deveríamos deixar de aplicá-la? Não parece ser essa a melhor solução. Se a lei diz que "a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço", não vemos como interpretar esse trecho senão em sua literalidade. Dito isso, tampouco o acórdão criou causa de extinção do crédito tributário não prevista em lei (ressalte-se que, de repente, o embargante se transforma num defensor da literalidade da lei), mas reconheceu a extinção do crédito pelo pagamento (hipótese prevista em lei), na medida em que o art. 130, parágrafo único, do CTN diz que "a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço". Ou seja, no preço da arrematação já se encontra sub-rogado o valor do imposto. Ao se pagar o preço da arrematação, paga-se, igualmente, o imposto. Isso é tudo.

Acesso ao Sumário

Desta feita, vê-se que o que pretende o embargante é instaurar nova discussão sobre matéria já apreciada e decidida, o que é impossível em sede de embargos declaratórios.

Nesse esteio: "**Não se admitem embargos de declaração infringentes, isto é, que, a pretexto de esclarecer ou completar o julgado anterior, na realidade buscam alterá-lo**" (RTJ 90/659; RSTJ 109/365, RT 527/240, JTA 103/343). (grifei).

E ainda: "**Os embargos de declaração não devem revestir-se de caráter infringente. A maior elasticidade que se lhes reconhece, excepcionalmente, em casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade do acórdão (RTJ 89/548, 94/1.167, 103/1.210, 114/351), não justifica, sob pena de grave disfunção jurídico- processual dessa modalidade de recurso, a sua inadequada utilização com o propósito de questionar a correção do julgado e obter, em conseqüência, a desconstituição do ato decisório**" (RTJ 154/223, 155/964, 158/264, 158/689, 158/993, 159/638). (grifei).

Frise-se que se a apreciação não atendeu ao posicionamento do embargante, não cabe, em sede do presente remédio, a irresignação quanto à decisão de mérito, o que, em princípio, eventualmente poderá ser discutido em instância extraordinária, desde que cumpridos os requisitos de admissibilidade dos apelos extremos.

De todo modo, fica expressamente prequestionada toda a matéria objeto dos presentes embargos.

Ante o exposto, **REJEITAM-SE os embargos de declaração.**

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1004585-84.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos ROSANA MONTEIRO MARÇOLA, EDISON MARÇOLA, GIOVANNA MONTEIRO MARÇOLA e LUIGGI MONTEIRO MARÇOLA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 44.336)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 2 de julho de 2021.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD). Fisco que atribui para os bens imóveis transmitidos valor venal de referência adotado pela legislação do ITBI. Inadmissibilidade. Decreto regulamentador que não poderia inovar em relação à lei. Recurso oficial, único interposto, improvido.

VOTO

I. Mandado de Segurança impetrado por ROSANA MONTEIRO MARCOLA e seu marido EDISON MARCOLA, bem assim por GIOVANNA MONTEIRO MARCOLA e LUIGGI MONTEIRO MARCOLA, ambos seus filhos, contra ato atribuído ao Sr. COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Buscam seja reconhecido seu direito líquido e certo de recolher o "Imposto sobre Transmissão 'Causa Mortis' e Doação" - ITCMD, incidente sobre imóvel que os primeiros impetrantes transmitirão por doação aos dois últimos, utilizando como base de cálculo do referido tributo o valor venal para fins de lançamento de IPTU. Alegam, em síntese, inconstitucionalidade e ilegalidade da majoração da base de cálculo do ITCMD, instituído pela Lei Estadual nº 10.705/2000, segundo os critérios do Decreto nº 55.002/2009, uma vez que não poderia um decreto majorar o tributo instituído em lei. Pedem a concessão da segurança para que possa recolher o ITCMD com base no valor venal do IPTU.

A liminar foi deferida (fls. 37/38), e a r. sentença de fls. 58/63, de relatório adicionalmente adotado, concedeu a segurança "*para determinar que o ITCMD incidente sobre os bens imóveis seja calculado pautado na utilização da base de cálculo do IPTU lançado no mesmo exercício da lavratura da escritura de doação, bem como que sua incidência principia no momento do registro imobiliário da transação*.".

Não foi interposto recurso voluntário (cf. certidão de fls. 68), subindo os autos por força do reexame necessário determinado na r. sentença. Este, em síntese, o relatório.

Acesso ao Sumário

II. Nega-se provimento ao recurso oficial.

Os impetrantes buscam o reconhecimento de seu direito líquido e certo de recolher o Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação ITCMD, incidente sobre bem imóvel que será transmitido por doação, utilizando como base de cálculo do referido tributo seu valor venal para fins de lançamento de IPTU.

Corretamente acolhido o pedido inaugural.

A Lei paulista nº 10.705, de 28.12.2000, instituiu o ITCMD no Estado e assim dispõe nos artigos a seguir reproduzidos, concernentes à definição da base de cálculo:

"Artigo 9º – A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 1º – Para os fins de que trata esta lei, considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação. (...)."

"Artigo 11 – Não concordando a Fazenda com valor declarado ou atribuído a bem ou direito do espólio, instaurar-se-á o respectivo procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, para fins de lançamento e notificação do contribuinte, que poderá impugná-lo.

§ 1º ***– Fica assegurado ao interessado o direito de requerer avaliação judicial, incumbindo-lhe, neste caso, o pagamento das despesas.***

§ 2º – ***As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis."***

"Artigo 13 – No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:

I – em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;

II – em se tratando de imóvel rural ou direito a ele relativo, ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR."

Acesso ao Sumário

A base de cálculo do ITCMD, como já estabelece o artigo 38 do Código Tributário Nacional, é "***o valor venal dos bens ou direitos transmitidos***".

A lei estadual paulista adotou como parâmetro, em se tratando de bem imóvel urbano, o valor "*fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU*", determinando que a base de incidência do ITCMD não poderia ser inferior à do IPTU.

Contudo, o Executivo paulista resolveu alterar esse paradigma, e, por meio do Decreto nº 55.002, de 9.11.2009, elegeu novo parâmetro para a base de cálculo do ITCMD, atribuindo nova redação ao parágrafo único do artigo 16 do

Decreto regulamentador do aludido imposto estadual, o Decreto nº 46.655, de 01.04.2002, "verbis":

"Artigo 16 – O valor da base de cálculo, no caso de bem imóvel ou direito a ele relativo será (Lei 10.705/00, art. 13):

I – em se tratando de:

a) urbano, não inferior ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;

b) rural, não inferior ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;

II – o valor pago pelo "de cujus" até a data da abertura da sucessão, quando em construção;

III – o valor do crédito existente à data da abertura da sucessão, quando compromissado à venda pelo "de cujus".

Parágrafo único Poderá ser adotado, em se tratando de imóvel: (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto 55.002, de 09-11-2009; DOE 10-11-2009)

1 – rural, o valor médio da terra-nua e das benfeitorias divulgado pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo ou por outro órgão de reconhecida idoneidade, vigente à data da ocorrência do fato gerador, quando for constatado que o valor declarado pelo interessado é incompatível com o de mercado;

2 – urbano, o valor venal de referência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI divulgado ou utilizado pelo município, vigente à data da ocorrência do fato gerador, nos termos da respectiva legislação, desde que não inferior ao valor referido na alínea "a" do inciso I, sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, se for o caso.".

Essa inovação feriu-se de ilegalidade. Consoante se colhe de precedente desta Câmara, da lavra do Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, "... ***mesmo que o fato gerador tivesse ocorrido depois da publicação do Decreto 55.002/09, ainda assim a base de cálculo do ITCMD deveria obedecer ao valor venal e não ao valor de referência (valor de mercado). Isso porque, nos termos do art. 97, inciso II, e seu parágrafo 1º, do CTN, nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser por meio de lei, com exceção das hipóteses previstas na Constituição Federal***" (Apelação Cível 0014312-70.2010.8.26.0053).

Decreto não pode inovar no tocante à definição da base de cálculo de tributo, devendo ater-se à lei em sentido formal que se preordena a regulamentar.

A esse propósito, dentre vários outros precedentes da Corte: ***"APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCMD) –***

Acesso ao Sumário

BASE DE CÁLCULO – ADOÇÃO DE CRITÉRIO DIVERSO DAQUELE ESTABELECIDO PELA LEI – MALTRATO AO POSTULADO DA RESERVA LEGAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA MANTIDA. A base de cálculo do ITCMD, nos termos da lei é o valor venal do bem ou direito transmitido na época da abertura da sucessão. RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DESPROVIDOS." (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0062450-17.2011.8.26.0576, j. 19.02.2013, Rel. o Des. AMORIM CANTUÁRIA). ***"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCMD). BASE DE CÁLCULO. DECRETO Nº 55.002/2009. Vulnera o § 1º do inciso II do art. 97 do Código Tributário Nacional a alteração, por meio de decreto regulamentar, da base de cálculo de tributo. Não provimento da remessa obrigatória e da apelação."*** (11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0034958-04.2010.8.26.0053, j. 21.10.2014, Rel. o Des. RICARDO DIP).

Nada há, portanto, a alterar na r. sentença, mantendo-se a solução adotada em primeiro grau.

III. Por todo o exposto, negam provimento ao recurso oficial, único interposto.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1035236-81.2019.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida SUELI APARECIDA FERRAZOLI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento a remessa oficial. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.604)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO NEGRINI FILHO (Presidente), LUIZ FELIPE NOGUEIRA e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 10 de agosto de 2021.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA – ACRÉSCIMO DE 25% – SEGURADA QUE NECESSITA DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA – DEPENDÊNCIA COMPROVADA – LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO – MAJORAÇÃO DEVIDA.

Remessa oficial desprovida.

VOTO

Trata-se de sentença que julgou procedente a ação acidentária movida pela obreira em face do INSS, sendo determinada a implantação de acréscimo de 25% à aposentadoria por invalidez titularizada pela autora, a contar da data do requerimento administrativo (fev/2015, fl. 24), com juros de mora, atualização monetária pelo IPCA-E, mais honorários advocatícios a serem arbitrados na fase de cumprimento de sentença.

Sem recursos voluntários, a decisão é submetida ao reexame necessário.

É o relatório.

Conheço da remessa oficial por força do que dispõe o art. 496, inciso I, do CPC.

Afirma a parte obreira ser titular de aposentadoria por invalidez acidentária (NB 92/505627951-6), com data de início em 19/7/2005 (fl. 17).

No entanto, em razão do agravamento de seu quadro de saúde, passou a necessitar da assistência permanente de outra pessoa, razão pela qual requereu administrativamente o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei de Benefícios, que foi negado, dando ensejo à presente demanda.

Realizada perícia médica, diagnosticou-se que a obreira apresenta, de fato, desde 2/2015, dependência de terceiros para realização de atividades elementares diárias: "*Os achados do exame clínico evidenciam incapacidade laborativa TOTAL E PERMANENTE desde 07/2005. A autora não reúne condições de trabalhar. Diante do quadro clínico (insuficiência cardíaca classe III) e doenças metabólicas de difícil controle,* ***há dependência de terceiros para realizar algumas atividades elementares diárias desde 02/2015****. Autora apresenta dificuldade para preparar alimentos, permanecer em pé por períodos prolongados, vestir-se/despir-se, higienizar-se por completo (inclusive apresenta escara) e locomover-se por longas distâncias. Sabe-se, que, pacientes portadores de doença cardíaca (classe III) apresentam acentuada limitação da atividade física. Esses se sentem bem em repouso, porém, pequenos esforços provocam fadiga, palpitação, dispnéia ou angina de peito*" (negritamos, 115/129).

Não veio aos autos prova técnica capaz de infirmar a conclusão do laudo médico-pericial.

Acesso ao Sumário

Seguindo a posição do perito, foi julgado procedente o pedido, concedendo à parte requerente o acréscimo requerido.

E esta decisão não merece censura, uma vez que o cabimento do acréscimo requerido está cabalmente demonstrado nos autos, assim como previsto no art. 45, da Lei 8213/91, *in verbis*: "*O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento)*".

Pelo exposto, NEGA-SE PROVIMENTO à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1005001-82.2018.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida MARIA APARECIDA PEREIRA TAVARES BARBOSA.

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 à remessa necessária. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.677)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente sem voto), RICARDO GRACCHO e ALBERTO GENTIL.

São Paulo, 12 de agosto de 2021.

ANTONIO MOLITERNO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – Lei nº 8.213/91 – Moléstia psiquiátrica – Incapacidade temporária para o trabalho – Reabilitação profissional – Auxílio-doença acidentário devido.

CORREÇÃO MONETÁRIA – Débitos em atraso do INSS – IGP-DI (maio/1996 a março/2006) – INPC (01/04/2006 a 29/06/2009) – IPCA-E, nos termos do que o STF decidiu no RE nº 870.947 (Tema 810), em 03/10/2019.

JUROS DE MORA – Cômputo – Forma englobada até a citação e, após, mês a mês, decrescentemente – Taxas – 0,5% ao mês, na vigência do CC/1916 – 1,0% ao mês, após a entrada em vigor do CC/2012 – Remuneração da caderneta de poupança, a partir de

Acesso ao Sumário

30/06/2009, conforme o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.960/2009, e nos termos do que o STF decidiu no RE nº 870.947 (Tema 810 de repercussão geral).

PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA NECESSÁRIA.

VOTO

Vistos.

Maria Aparecida Pereira Tavares propôs ação acidentária contra o INSS, com base na Lei nº 8.213/91, alegando prejuízo à sua capacidade laborativa em razão patologia psiquiátrica havida das atividades de auxiliar de creche.

A demanda foi julgada procedente, com a concessão de auxílio-doença a partir da cessação do benefício anterior, devendo a autora ser submetida a procedimento de reabilitação profissional (fls. 83/89).

Com remessa necessária.

As partes não recorreram.

Às fls. 100 consta a informação do cumprimento do determinado na r. sentença, com a implantação do auxílio-doença acidentário e início do procedimento de reabilitação profissional.

A douta Procuradoria de Justiça não se manifestou, por força de Ato Normativo.

É o relatório.

Confirmo a solução dada à lide.

O laudo da perícia médica foi juntado às fls. 70/74. O exame físico revelou aparência bastante descuidada, dentes em péssimo estado de conservação, pele maltratada pelo sol, humor depressivo e irritável, pensamentos lentificados com conteúdo pessimista e depressivo, juízo crítico preservado e ideias de suicídio. O diagnóstico é de transtorno depressivo recorrente, com nexo causal para com as situações descritas. A conclusão é pelo comprometimento temporário da capacidade da obreira, que impede o desempenho de qualquer atividade de forma assídua e pontual. A adequada e prolongada reabilitação profissional pode habilitar a obreira para outra atividade de baixa exigência.

O nexo causal é incontroverso, pois deferido administrativamente auxílio-doença acidentário, em manutenção entre 28/3/2011 e 16/12/2014 (fls. 5 e 32/42).

O laudo não foi impugnado pela autarquia.

Assim, considero presentes os requisitos necessários à concessão do **auxílio-doença acidentário de 91% do salário-de-benefício**, nos termos do art.

Acesso ao Sumário

59 da Lei nº 8.213/91 e na forma estipulada na r. sentença.

A apuração da renda mensal inicial e os subsequentes reajustes do benefício a ser implantado observarão os índices previdenciários pertinentes, preservando-se a isonomia entre os benefícios concedidos judicialmente e aqueles deferidos na esfera administrativa.

A **correção monetária** dos valores em atraso seguirá os seguintes parâmetros: (a) IGP-DI, de maio/1996 a março/2006; (b) INPC, de abril/2006 a junho/2009; (c) IPCA-E, nos termos do que o Supremo Tribunal Federal decidiu no RE nº 870.947 (Tema 810), em 03/10/2019.

Os **juros moratórios** serão computados de modo englobado até a citação e, após, mês a mês, decrescentemente, de acordo com os seguintes índices: (a) 0,5% ao mês, na vigência do CC/1916; (b) 1,0% ao mês, após a entrada em vigor do CC/2012; (c) remuneração da caderneta de poupança, após 30/06/2009, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.960/2009, e nos termos do que o Supremo Tribunal Federal decidiu no RE nº 870.947 (Tema 810 de repercussão geral).

Considero desnecessária, nesta fase de conhecimento, qualquer abordagem sobre **questões posteriores à conta de liquidação**, como o índice de correção monetária e a incidência de juros. Eventuais divergências a respeito deverão ser apreciadas após o depósito relativo ao pagamento do precatório/RPV, pois há necessidade de se respeitar a lei orçamentária que estará em vigor.

Atendendo à recomendação da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça (Comunicado nº 912/2007) segue o tópico-síntese:

1. nº do processo	1005001-82.2018.8.26.0562
2. Nome do segurado	Maria Aparecida Pereira Tavares
3. Benefício concedido	AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO
4. DIB	16/12/2014
5. R.M.I.	a ser apurada em liquidação

Diante do exposto, meu voto **dá parcial provimento à remessa necessária.**

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0002917-79.2021.8.26.0026, da Comarca de Bauru, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ADRIANO NOGUEIRA PALMEIRA.

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 para determinar a retificação dos cálculos, considerando-se necessário o cumprimento de 60% (3/5) da pena do agravado para fins de progressão de regime. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.565)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 28 de junho de 2021.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – CÁLCULO – Decisão que deferiu pedido de retificação, considerando necessário o cumprimento de 40% da pena para fins de progressão no caso de reincidência não específica em crime hediondo – Insatisfação ministerial – Pertinência – Ausência de distinção entre recidiva comum ou específica no texto legal contido no art. 112 da LEP – 'Ratio legis' do Pacote Anticrime que não pode ser olvidada – Primariedade expressamente exigida para a aplicação do coeficiente adotado na origem aos condenados por crimes hediondos – Necessidade de readequação, exigindo-se o resgate de 60% da sanção, para fins de progressão – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de agravo em execução penal interposto por **Ministério Público do Estado de São Paulo**, contra decisão que, em sede de juízo de retratação, retificou cálculos de **Adriano Nogueira Palmeira**, considerando necessário, ante a falta de especificidade da reincidência, o cumprimento de 40% da pena para fins de progressão de regime (fls. 01/05).

Sublinha o agravante, em síntese, ser necessário o cumprimento de 60% (3/5) da pena para progressão de regime nos casos de reincidência, ressaltando ser descabida a aplicação do lapso adotado na origem, previsto no inciso V do art. 112 da Lei de Execução Penal, na medida em que explicitamente destinado a indivíduos primários. Diante disso, requer a cassação do *decisum*, com a consequente retificação dos cálculos, nos termos retroaludidos (02/05).

Contrariado o recurso (fls. 19/29), a decisão foi mantida (fls. 30), tendo o ilustre Procurador de Justiça Ricardo Antonio Andreucci opinado pelo provimento do agravo (fls. 128/132).

É o relatório.

Prospera a insatisfação do recorrente.

Incontroverso que o agravante, que já possuía condenação transitada em julgado por crime comum, foi novamente condenado, antes que defluísse quinquênio depurador previsto no inciso I do art. 64 do Código Penal, pela prática de tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo (fls. 13/15).

Diante disso, o sentenciado deveria cumprir 60% da pena para progredir de regime, eis que, de fato, reincidente na prática de crime hediondo.

Com efeito, preconiza o art. 112, VII, da Lei de Execução Penal:

"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:

[...]

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;"

Ora, em que pese a relevância da argumentação defensiva, a qual encontra amparo em parcela da doutrina[1], e ainda em parte da jurisprudência, sobredito texto, embora nebuloso, não faz distinção entre reincidência específica e comum.

E a lei, quando quis assim proceder, o fez, *v.g.*, em relação ao livramento condicional (art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06, e art. 83, V, do Código Penal).

Deve, portanto, prevalecer o entendimento anteriormente sedimentado, com relação à aplicação do lapso de 3/5 (60%) previsto no art. 2º, §2º, da Lei

1 LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/2019. Artigo Por Artigo, 1ª Ed. Salvador-BA: Juspodivm, 2020, p. 394.

nº 8.072/1990, no sentido de ser despicienda a especificidade da reincidência, bastando ser uma das condenações definitivas derivada da prática de crime hediondo.[2]

Aliás, evidente que tal posicionamento se coaduna com a *mens legis* do novel Pacote Anticrime, o qual visa ao endurecimento da repreensão às figuras típicas mais graves, dentre as quais aquelas revestidas de hediondez ou a elas equiparadas.

Decerto, não pode ser olvidada a intenção robustecedora da suscitada lei, carecendo de lógica que se conceda o mesmo tratamento ao indivíduo primário e ao reincidente, como aspira a defesa.

Sim, porque, como bem ressaltou o agravante, o dispositivo cuja aplicação ora se requer é expresso ao condicionar a exigência de cumprimento do coeficiente de 40% de pena aos indivíduos primários que tenham sido condenados a crimes hediondos ou equiparados.

Veja-se:

> *"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:*
>
> *[...]*
>
> *V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado,* ***se for primário****;"* (Sem ênfase no original).

Portanto, conveniente interpretação teleológica do art. 112 e seus incisos culmina em hermenêutica distinta da sugerida pela defesa, acolhida pelo nobre juízo *a quo*, restando clarividente que a adoção do lapso acima, de 40%, resta defesa aos sentenciados reincidentes, independentemente da espécie das condenações definitivas por eles ostentadas.

Ao se deparar com o tema *sub examine*, este Sodalício Bandeirante firmou a mesma postura, a exemplo dos diversos julgados a seguir colacionados:

> *"Agravo em execução. Progressão de regime. Retificação do cálculo. Sentenciado reincidente comum. Aplicação da Lei nº 13.964/2019 por ser mais benéfica. Exigência de cumprimento de 40% da pena imposta por não se tratar de reincidente específico na prática de crime hediondo. Descabimento. Lei nº 13.964/2019 não faz distinção entre reincidência comum ou específica. Recurso improvido."* (TJSP; Agravo de Execução Penal 0004413-10.2020.8.26.0502; Relator: Luiz Fernando Vaggione; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Campinas/DEECRIM UR4 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Crimi-

2 (AgRg no RHC 56.240/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015 – Sem destaque no original).

Acesso ao Sumário

nal DEECRIM 4ª RAJ; Data do Julgamento: 15/07/2020; Data de Registro: 15/07/2020);

"Agravo em Execução Penal – Pedido de retificação do cálculo de liquidação de penas, com afastamento do percentual de 60%, exigida no artigo 112, inciso VII, da Lei nº 7.210/1984 (incluído pela Lei nº 13.964/2019) – Consecução a progressão de regime somente após o resgate de 3/5 da reprimenda, nas hipóteses de condenação pelo cometimento de crime hediondo, nos casos em que o reeducando é reincidente – Impossibilidade de redimensionamento da fração mínima de expiação punitiva para 40%, reclamada no inciso V, do referido dispositivo, que está reservado exclusivamente aos reeducandos primários – Reincidência, comum ou específica, que impõe o resgate de 60% da punição carcerária – Natureza do ilícito penal anterior – Irrelevância Precedentes – Decisão mantida – Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Execução Penal 0003100-54.2020.8.26.0521; Relatora: Claudia Fonseca Fanucchi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Sorocaba/DEECRIM UR10 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 10ª RAJ; Data do Julgamento: 14/07/2020; Data de Registro: 14/07/2020);

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Progressão de regime – Retificação de cálculo – Sentenciado reincidente não específico em delito hediondo ou equiparado – Pleito de aplicação de novatio legis in mellius, com percentual de cumprimento do interregno de 40% da pena, exigido aos sentenciados não reincidentes, para progressão de regime prisional – Descabimento – Lei nº 13.964/2019 que não exigiu a condição de reincidência específica – Aplicação do lapso de 60%, equivalente à fração de 3/5 (três quintos), prevista no revogado artigo 2º, §2º, da Lei nº 8.072/1990 – Manutenção da decisão – AGRAVO NÃO PROVIDO." (TJSP; Agravo de Execução Penal 0001209-34.2020.8.26.0509; Relator: Silmar Fernandes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Araçatuba/DEECRIM UR2 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ; Data do Julgamento: 14/07/2020; Data de Registro: 14/07/2020);

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – Recurso defensivo visando a reforma da decisão que homologou o cálculo de penas que prevê o cumprimento do lapso de 3/5 (três quintos), para progressão de regime prisional – Sustenta que o reeducando não é reincidente específico na prática de crime hediondo, pugnando pela aplicação retroativa da lei penal mais benéfica, nos termos da nova redação do artigo 112, inciso V, da LEP, dada pela Lei 13.964/2019 – IMPOSSIBILIDADE – O artigo 112 da LEP, com redação dada pela Lei 13.964/2019, não utiliza o termo "reincidente

Acesso ao Sumário

específico", de modo que não faz distinção entre reincidência comum ou específica, devendo, portanto, incidir a fração de 3/5 ou 60% a todos os agentes reincidentes, independentemente da natureza do delito anteriormente cometido. Agravo improvido." (TJSP; Agravo de Execução Penal 0002907-39.2020.8.26.0521; Relator: Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Sorocaba/DEECRIM UR10 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 10ª RAJ; Data do Julgamento: 08/07/2020; Data de Registro: 08/07/2020).

Não foi outra a linha recentemente adotada por esta Colenda Câmara:

"*AGRAVO EM EXECUÇÃO – Retificação de cálculos – Sentenciado reincidente, ostentando condenação por delito equiparado a hediondo – Benesse da progressão de regime a exigir o cumprimento de 3/5 (60%), mesmo na novel legislação – Inexistência de distinção entre a reincidência específica e a genérica – Agravo desprovido."* (TJSP; Agravo de Execução Penal 0002478-72.2020.8.26.0521; Relator: Edison Brandão; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Sorocaba/DEECRIM UR10 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 10ª RAJ; Data do Julgamento: 07/07/2020; Data de Registro: 07/07/2020).

Sendo assim, e considerando que se trata o agravado de indivíduo reincidente e condenado pela prática de crime hediondo, imperativa a retificação dos cálculos, nos moldes requeridos pelo *Parquet*.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso para determinar a retificação dos cálculos, considerando-se necessário o cumprimento de 60% (3/5) da pena do agravado para fins de progressão de regime.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001388-55.2020.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado WESLEY THIAGO MAIA.

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 parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO RO-

Acesso ao Sumário

CHA (Presidente), REINALDO CINTRA e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 30 de junho de 2021.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Agravo em execução – Recurso do Ministério Público contra decisão judicial que julgou extinta a punibilidade do sentenciado após decorrido o período probatório de Livramento Condicional – Alegação de que tal decisão não pode prevalecer porque o sentenciado teria descumprido condição imposta para usufruto do benefício – Pedido que comporta parcial acolhimento – Sentenciado que deixou de justificar suas atividades quando faltavam três meses para cumprimento integral da pena – Extinção da punibilidade que deve ser cassada, com restabelecimento do Livramento Condicional, devendo o sentenciado ser advertido pelo Juízo das Execuções, nos termos do art. 87 do Código Penal, c.c. art. 140, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, sob pena de revogação do benefício e imposição de regime fechado para cumprimento do restante da pena corporal – Agravo parcialmente provido, para tal finalidade.

VOTO

Inconformado com a decisão proferida às fls. 38/39 pela MMª Juíza de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de São José dos Campos, por meio da qual foi declarada extinta a punibilidade do sentenciado supramencionado, contra ela se insurgiu o i. Promotor de Justiça oficiante à fl. 1, arrazoando o recurso às fls. 2/7.

Narra o i. Promotor que WESLEY, beneficiado com Livramento Condicional, deixou de cumprir uma das condições impostas para o seu usufruto, consistente no comparecimento mensal à "Central de Atenção ao Egresso e Família", existente na Comarca.

Narra ainda o i. Promotor que "*O Ministério Público solicitou a revogação do benefício ao lhe ser aberta vista no dia 22 de fevereiro de 2019. O Juízo da Execução não se pronunciou sobre o ocorrido e apenas abriu nova vista para que o Parquet se posicionasse acerca do não comparecimento já constante dos autos. A manifestação pela revogação do livramento condicional foi reiterada e, por mais uma vez, não houve qualquer decisão por parte da i.*

Acesso ao Sumário

Magistrada, seja para sustar o livramento, seja para revogá-lo. [-] *Enquanto o prazo do livramento escorria, a execução permanecia sem a solução exigível por parte do D. Julgador que, inexplicavelmente, por mais uma vez, abriu vista para o Ministério Público se manifestar acerca de eventual extinção da punibilidade de um agente que sabidamente não havia cumprido a pena e sobre o qual já se havia solicitado a revogação do livramento condicional em mais de uma ocasião, sendo em todas elas não foi apreciado o pedido.* [-] *Ao final, com parecer contrário do Ministério Público que expôs o ocorrido, a d. Julgadora 'a quo' declarou extinta a pena privativa de liberdade imposta ao sentenciado referente ao processo criminal nº. 0021254-25.2015.8.26.0577, da 2ª Vara Criminal de São José dos Campos/SP*. [-] *A i. Magistrada fundamentou a extinção da punibilidade diante do término do período de prova e da alegação de que não houve tempo hábil para apreciação do pedido de revogação formulado pelo Ministério Público em 22 de fevereiro de 2019"*. Alega também que *"A decisão merece ser reformada, posto que a extinção do livramento condicional sem cumprimento não pode ser admitida, ainda mais quando evidenciado nos autos o descumprimento com sucessivos pedidos de revogação do benefício.* [-] *Por primeiro, é importante bem distinguir o simples escoamento do prazo do livramento condicional do efetivo cumprimento da pena. O simples fato de o período de livramento condicional ter transcorrido não significa que o sentenciado tenha cumprido com suas obrigações, o fazendo merecedor de imediata e irrefletida extinção da punibilidade. Do contrário, o livramento não seria condicional, ou seja, sujeito ao cumprimento de determinadas obrigações para aí sim alcançar a extinção da pena"*. Ressalta ainda que, *"Distintamente do quanto asseverado pela D. Julgadora, DESDE O DIA 22 DE FEVEREIRO DE 2019, já havia pleno conhecimento de que o sentenciado estava a descumprir as condições a ele impostas. Tanto o é que, ao ser aberta vista ao Ministério Público, no mesmo dia, foi solicitada a revogação do benefício e consequente expedição de mandado de prisão (que vide fl. 183 e 189, para que não haja dúvidas).* [-] *Com efeito e desde então nada foi decidido, embora do pedido anterior, sendo que SEQUER FOI APRECIADA a MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL, especialmente de fl. 183. Em outras palavras, a execução permaneceu sem movimentação, até que, em 11 de abril de 2019, foi aberta nova e desnecessária vista ao Ministério Público para apenas reiterar um pedido já formulado e não apreciado meses antes.* [-] *Ocorre que o prazo previsto para o término do período de prova do livramento condicional correspondia ao dia 01 de março de 2019. A não apreciação do parecer ministerial lançado em fevereiro do corrente ano e a nova aberta de vista após o termo final do livramento condicional dão conta de que as manifestações das partes lançadas em tempo deveriam ser apreciadas em tempo hábil, o que não ocorreu neste caso (não importa o que diz a jurisprudência). Aliás a abertura de segunda vistas sem apreciação do*

Acesso ao Sumário

primeiro pedido e já após o esgotamento do prazo causou prejuízo à sociedade que não contribuiu com a situação".

Ante os argumentos acima destacados, o i. Promotor de Justiça postula a reforma da decisão impugnada, a fim de que, afastada a extinção da pena privativa de liberdade do sentenciado, seja determinado "*o prosseguimento da execução, com a revogação do livramento condicional e expedição de mandado de prisão*".

O agravo tramitou regularmente, tendo sido contra-arrazoado às fls. 11/14. À fl. 16 superou-se a fase de reexame, com a ratificação da decisão hostilizada.

A Procuradoria de Justiça Criminal opinou pelo provimento do recurso (fls. 44/47).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

WESLEY foi condenado a cumprir 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por violação ao artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, tendo iniciado o cumprimento em 1º.9.2015, com término previsto para 1º.3.2019 (fls. 26/27).

Beneficiado com o Livramento Condicional em 2.10.2017, cumpriu as suas condições até 26.11.2018, deixando a partir dessa data de comparecer à "Central de Atenção ao Egresso e Família", como estabelecido pelo Juízo das Execuções (fl. 28).

Assim que tomou conhecimento, em 22.2.2019, o i. Representante do Ministério Público requereu a revogação do Livramento e a expedição de mandado de prisão contra o sentenciado (fl. 183 da execução penal eletrônica).

Como não houve pronunciamento judicial, o *Parquet* reiterou o pedido de revogação, em 11.4.2019 (fl. 189 da execução penal eletrônica).

Nesse ínterim, o i. Advogado do sentenciado esclareceu ao Juízo que ele descumprira a condição imposta porque "*pensou que já havia terminado o cumprimento de sua reprimend*a" (fls. 205/206 da execução penal eletrônica).

Sobreveio então, em 16.1.2020, a decisão da d. Julgadora das Execuções declarando extinta a punibilidade de WESLEY, com base nos seguintes fundamentos (fls. 38/39):

> O sentenciado foi beneficiado com o livramento condicional em 02/10/2017, com término de cumprimento da pena previsto para 01/03/2019.
>
> E, analisando os autos, observo que, pese o pedido de revogação do MP em 22.02.19, diante da proximidade do TCP, não houve tempo hábil para apreciação, não tendo havido a suspensão ou revogação do benefício antes do término da pena.
>
> Com efeito, a jurisprudência já se firmou no sentido de que a pena

Acesso ao Sumário

do sentenciado se extingue ao cabo do período de prova do livramento condicional, mesmo que descumpridas suas condições, caso não tenha havido decisão suspendendo ou revogando o benefício durante o curso do referido período.

Assim sendo, tendo ocorrido o termo final do período de prova do livramento condicional sem que o benefício tenha sido suspenso ou revogado, nos moldes dos artigos 90 do CP e 146 da LEP, declaro extinta a punibilidade do sentenciado WESLEY THIAGO MAIA pelo cumprimento da pena privativa de liberdade imposta no processo criminal n. 0021254-25.2015.8.26.0577, da 2ª Vara Criminal - Foro de São José dos Campos. (PEC n. 0001888-40.2016.8.26.0520).

Lance-se no histórico de partes, fazendo-se as necessárias comunicações.

Tal decisão não pode prevalecer.

É incontroverso nos autos que o sentenciado descumpriu a condição imposta para o Livramento Condicional, fato apontado pelo Ministério Público ao Juízo de Primeiro Grau antes do término do período de provas do benefício.

Uma vez provocado pelo *Parquet*, cabia à d. Magistrada "*zelar pelo correto cumprimento da pena*" (art. 66, VI, da Lei nº 7.210/84), tomando as medidas que entendesse necessárias para o correto cumprimento do benefício.

O que não é razoável, como fez a d. Magistrada de Primeiro Grau, é alegar a falta de "*tempo hábil para apreciação*" (do pedido formulado pelo Ministério Público) para justificar a declaração de extinção da punibilidade do sentenciado.

Impõe-se, portanto, a reforma da decisão judicial ora impugnada, conforme bem ressaltado pelo i. Procurador de Justiça, Dr. Saad Mazloum, em seu judicioso parecer de fls. 44/47:

A decisão objurgada deve mesmo ser reformada.

O agravante, oficioso no fiel cumprimento de seu mister, quando oportunizada vista pleiteou por mais de uma vez a revogação do benefício diante do não cumprimento da condição anuída pelo agravado.

Não poderia o d. Juízo de piso ter ignorado a manifestação e o requerimento do Parquet.

(...)

Com efeito, não poderia a extinção da punibilidade ter ocorrido de modo automático, apenas pelo escoamento do prazo, sobretudo porque houve causa de revogação não apreciada.

(...)

Destarte, perante o não cumprimento de condição imposta para a concessão do benefício e da frágil alegação da i. magistrada no sentido de falta de tempo hábil para a apreciação da manifestação ministerial, de rigor a reforma de decisão atacada, pois como bem ponderado nas razões do recurso: "a extinção do livramento condicional sem cumprimento

Acesso ao Sumário

não pode ser admitida".

Por outro lado, é necessário ponderar que até 26.11.2018 o sentenciado vinha cumprido regularmente as condições impostas para usufruto do Livramento Condicional, cujo término estava previsto para três meses depois daquela data, em 1º.3.2019.

A essa altura, quando já decorridos mais de dois anos da data prevista para cumprimento integral da pena, não parece razoável cassar o Livramento e determinar o retorno do sentenciado para o regime fechado para cumprimento do restante de sua pena corporal. E isso, por duas razões: 1ª) em consulta ao sistema INTINFO deste Tribunal de Justiça, verifica-se que WESLEY não possui registro de nova prática delitiva, o que autoriza a presunção de que ele estaria fazendo bom uso de sua liberdade; 2ª) não é desprovida de verossimilhança a alegação de seu i. Defensor de que ele não pretendia descumprir qualquer condição do benefício, tendo deixado de comparecer ao juízo por acreditar que já havia completado o número de comparecimentos correspondente ao tempo de pena; e reforça essa impressão o fato de que até a data mencionada (próxima do final da pena), como já dito, ele comparecera ao juízo em todas as oportunidades devidas.

Destarte, reformada a decisão judicial que extinguiu a punibilidade do sentenciado, impõe-se que seja restabelecido o Livramento Condicional usufruído pelo sentenciado pelo tempo remanescente da pena privativa de liberdade, determinando-se ao Juízo das Execuções que o advirta no sentido de que novo descumprimento das condições impostas ensejará a cassação do benefício e a imposição de regime fechado para o cumprimento do tempo restante da pena corporal (art. 87 do Código Penal, c.c. art. 140, § único, da Lei de Execução Penal).

Em face do exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Ministério Público para, cassada a decisão judicial de extinção da punibilidade, restabelecer o Livramento Condicional então usufruído por WESLEY THIAGO MAIA, que deverá ser advertido pelo Juízo das Execuções, nos termos da fundamentação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001374-32.2021.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante PETTERSON ADMS DE ABREU, 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.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO CARDOSO e TOLOZA NETO.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – CONTEÚDO DO EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL – AFERIÇÃO DE REQUISITO SUBJETIVO – POSSIBILIDADE: A submissão do reeducando a exame criminológico não restou coibida pelo art. 112 da LEP, sendo certo que seu resultado deve ser considerado na decisão sobre a concessão do livramento condicional que, no presente caso, corretamente a indeferiu.

VOTO

PETTERSON ADMS DE ABREU interpõe o presente Agravo em Execução objetivando a reforma da r. decisão de fls. 67 que indeferiu o pedido de livramento condicional e progressão de regime prisional pela ausência do requisito subjetivo.

Sustenta o agravante, em síntese, estarem preenchidos os requisitos legais necessários à obtenção do livramento condicional, registrando que para esse benefício é irrelevante o resultado obtido em exame criminológico, devendo, assim ser deferido seu pleito, máxime diante da pandemia pelo novo coronavírus (fls. 01/06).

Ofertada contraminuta (fls. 79/82) e mantida a r. decisão (fls. 75), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou, em seu parecer, pelo não provimento do agravo (fls. 90/95).

É O RELATÓRIO.

O reclamo não merece prosperar.

Acertada a decisão de Primeiro Grau que indeferiu o livramento condicional, encontrando-se o r. *decisum* bem fundamentado.

A motivação evocada foi suficiente para esclarecer o não cabimento da concessão do livramento condicional ao reeducando.

Segundo o Boletim Informativo, o agravante cumpre pena total de 14

Acesso ao Sumário

(quatorze) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes de tráfico de drogas e roubo agravado, com término previsto para 01.06.2026 (fls. 10/16).

Como é cediço, à obtenção do benefício de livramento condicional, é necessário que o condenado preencha, tanto o requisito objetivo, como o subjetivo.

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.

Submetido a exame criminológico, o parecer restou desfavorável e traz relato que não aconselha a concessão do livramento condicional (fls. 43/55).

Do relatório psicológico temos às fls. 45/46:

"Declara vínculos familiares preservados, mas parece ser apenas formal. Faz uso exacerbado de cocaína desde a adolescência e se utiliza de história elaboradas de forma pueril e fantasiosa para justificar suas escolhas delituosas. Assume seus delitos, porém com crítica precária e superficial, tentado se justificar por meio de conteúdos que isentem suas reais intenções, valorizando fatores alheios à sua vontade, vitimizando-se para sensibilizar o entrevistador e se beneficiar durante a situação da entrevista. Demonstrou, ainda, incoerência e incongruência em seu discurso, não manifestando arrependimento, constrangimento nem desejo de reparação. Em relação ao futuro apresenta planos mal formulados, sendo incapaz de sustentar suas argumentações sobre o tema. Demonstra ser pessoa imediatista, oportunista, impulsiva, apresentando, ainda, em sua personalidade traços de imaturidade, influenciabilidade, agressividade, e intolerância à frustração..." [sic].

O culto Magistrado de Primeiro Grau, em sua correta decisão, indeferiu os benefícios pleiteados por entender ausente o requisito subjetivo, amparado pela avaliação realizada.

Acesso ao Sumário

Com efeito, ao contrário do que determina o artigo 83 do Código Penal, ao que consta dos autos, o sentenciado apresentou prognose negativa à obtenção do benefício, eis que não demonstrou aptidão para o retorno ao convívio social mais amplo.

Neste sentido:

"Não é possível o deferimento do livramento condicional ao sentenciado sem a análise dos requisitos subjetivos previstos nos incisos III e IV e parágrafo único, do art. 83 do CP, não bastando o cumprimento dos requisitos objetivos" (TJMG, HC 0199686-87.2010.8.13.0000, Rel. Des. Ediwal Jose de Morais, 1ª Câmara criminal, DJEMG, 11/08/2010).

"Diante de considerações tão adversas, prematura se mostra o livramento condicional, benefício que, para os condenados por crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, como na espécie, só pode ser concedido quando constatadas "condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir", conforme previsto no art. 83, parágrafo único do Código Penal" (TJSP – Agravo de Execução Penal nº 0288461-81.2011.8.26.0000 – Presidente Prudente – 01ª Câmara Criminal. Rel. Péricles Piza. J. 16.04.2012).

Como é cediço, o livramento condicional não é um direito absoluto e deve ser sopesado com os reflexos que dela advém para a segurança da sociedade, cabendo ao Magistrado verificar a presença, ou não, dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva, e esta pode derivar da realização de exame criminológico.

Assim, diante da análise do caso concreto, percebe-se que o agravante ainda não concentra capacidade suficiente ao livramento condicional.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000606-21.2020.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ROGER FILIPI BONIOLIS ROMANENGHI.

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 17.720)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente) e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 12 de julho de 2021.

MARCELO SEMER, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. Determinada desinternação condicional do sentenciado. Pedido liminar de concessão de efeito suspensivo recursal. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Desinternação condicional baseada em laudo pericial que atestou a cessação da periculosidade do agravado. Condição

Acesso ao Sumário

psiquiátrica do agravado que foi considerada no laudo. Tratamento ambulatorial recomendado. Lei Antimanicomial (Lei nº 10.216/01) que estipula ser a internação medida de caráter residual. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de agravo interposto pelo Ministério Público contra a r. decisão de fls. 02/04vº, que determinou desinternação condicional do paciente, mediante o cumprimento das obrigações ali listadas.

Recorre, argumentando, em resumo, que o laudo médico conclusivo pela cessação da periculosidade do agravado não teria considerado a sua esquizofrenia, que seria doença incurável, mas apenas sua dependência química. Entende, ademais, que, nos termos do art. 179 da LEP, a desinternação só seria admitida após o trânsito em julgado da decisão que a determina, pleiteando a concessão de efeito suspensivo.

O recurso é tempestivo, tendo sido contrariado (fls. 18/22vº) e mantida a decisão em juízo de retratação (fl. 93), onde se consignou o entendimento pela revogação dos termos do art. 179 da LEP pelo advento da Lei nº 10.216/11, que restringiu as internações aos casos inaptos às demais alternativas terapêuticas.

A PGJ se manifestou pelo provimento do recurso (fls. 97/98).

É O RELATÓRIO.

Primeiramente, incabível a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, uma vez que ausente previsão nesse sentido, consoante artigo 251 do Regimento Interno desse E. Tribunal de Justiça, o qual estipula seja a sistemática dos agravos em execução penal análoga à do recurso em sentido estrito, que não prevê tal possibilidade.

No mérito, temos que Roger Filipi Boniolis Romanenghi cumpre medida de segurança consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico no bojo das execuções criminais de nºs 01, 02, 03, 04 e 05, as três últimas unificadas pelo juízo singular.

Em 29.01.2020, foi submetido a avaliação psiquiátrica, uma vez que decorrido um ano de sua internação, tendo essa concluído pela cessação de sua periculosidade e recomendado encaminhamento a tratamento ambulatorial (fls. 23/24).

Diante disso, o MM. Juiz "a quo" decidiu pela desinternação condicional de agravado, submetendo-o a tratamento ambulatorial, nas condições ali listadas (fls. 02/03vº).

O Ministério Público recorre afirmando que o referido laudo médico con-

Acesso ao Sumário

clusivo pela cessação da periculosidade do agravado não teria considerado a sua esquizofrenia, que seria doença incurável, mas apenas sua dependência química.

Pois bem.

A tese não procede.

Depreende-se do indigitado laudo pericial, assinado por dois médicos psiquiatras, que ambos dispunham da informação de que o executado padece de esquizofrenia, visto que consta do item "*fatos criminais e denúncia*" que o periciando sofre de "*transtorno esquizofrênico CID F25 e dependência química com inimputabilidade*".

A isso, acrescenta-se que, quando da realização do laudo médico no bojo da ação de conhecimento, para avaliação de sua inimputabilidade, havia também indicação de tratamento médico ambulatorial, como visto a fls. 25/27, corroborando as conclusões periciais atualizadas.

Ademais, descabido tratar a doença incurável como condição intrínseca da pessoa ao cometimento de crimes, quando se trata de circunstância ocasional passível de controle e tratamento, sem a necessidade de internação:

> *"De fato, a inimputabilidade não pode ser uma espécie de passaporte para um território "livre do Direito e da Jurisdição" e imune a todas as garantias já asseguradas aos imputáveis.*
>
> *Enfim, perceber o indivíduo com transtornos mentais em conflito com a lei como pessoa e efetivo sujeito de direitos é de fato o ponto de partida para um discurso desconstrutivo do atual modelo assistencial de saúde mental, ainda atrelado à coisificação do indivíduo (escondida sob o signo da inimputabilidade), ao asilamento e ao (maniqueísta) binômio doença mental-periculosidade.* ***Aliás, a noção de periculosidade hoje difundida ainda insiste em focalizar a pessoa do internado – "periculosidade pessoal –, quando na verdade sabe-se que é "situacional" a prática de injustos penais pelas pessoas com transtornos mentais, prática esta em regra associada à falta de assistência (cuidado e acompanhamento) adequada. Ultrapassado o momento de crise, é possível cuidar – com humanidade e assistência médica adequada – das causas e manifestações do sofrimento psíquico, sem a produção de maiores danos***." (g.n.) (ROIG, Rodrigo. Execução Penal: Teoria Crítica 4.ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, e-book, p. 241).

Vale dizer, ainda, que o atual regramento da medida de segurança inclui os preceitos da Lei Antimanicomial (Lei nº 10.216/01), com base na qual a internação é medida de caráter residual, nesses termos:

> *Art. 4º* ***A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.***

Acesso ao Sumário

> § 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.
>
> § 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.
>
> § 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas *dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.* (g.n.)

Assim, não há por que se presumir que a conclusão pela desinternação ignorou a condição de saúde do agravado e, muito menos, pressupor que, porque padece de doença incurável, essa só poderia ser tratada mantendo-o internado em hospital de custódia.

Por fim, a possibilidade de que o quadro psiquiátrico do executado venha a se agravar colocando em risco a sociedade e o próprio sentenciado não permite ignorar a conclusão pela cessação de sua periculosidade, até porque a desinternação condicional visa justamente à reinserção gradativa do indivíduo ao meio social.

Dessa feita, as condições impostas pelo juízo de origem, em especial o tratamento ambulatorial, estão respaldadas na prova técnica e em rol taxativo dos artigos 178 c.c. 132, ambos da Lei nº 7.210/84.

Nesse sentido é a jurisprudência desta C. Câmara e deste E. Tribunal em situações assemelhadas:

> *Agravo em execução – Medida de segurança – Decisão determinando a desinternação condicional, ante a cessação da periculosidade do agravante, mantendo o tratamento ambulatorial durante o período de prova Insurgência defensiva quanto à imposição deste tratamento como condição à desinternação – Inadmissibilidade – Possiblidade do Juízo das Execuções impor condições facultativas que se amoldem ao caso concreto e visem à total recuperação do reeducando Inteligência do artigo 178 da Lei de Execução Penal – Laudo emitido por assistente social recomendando a continuidade do tratamento em ambulatório – Decisão objurgada que atende ao princípio da individualização da sanção penal. Recurso não provido.* (TJSP; Agravo de Execução Penal 9002355-78.2017.8.26.0050; Relator: Moreira da Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 08/02/2018; Data de Registro: 09/02/2018).
>
> *AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PRELIMINAR – Pedido de concessão de efeito suspensivo (artigo 179 da LEP). Impossibilidade. Ausência de previsão regimental (artigo 251 do RITJSP). Caráter residual da*

internação em medida de segurança. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Rejeição. MÉRITO – Decisão que deferiu a desinternação condicional e determinou tratamento ambulatorial – Laudo pericial favorável à adoção da medida. Inteligência dos artigos 132 e 178 da LEP. Precedentes desta C. 15ª Câmara Criminal – Ausência de registros negativos após a decisão de desinternação – Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Execução Penal 9000012-70.2021.8.26.0050; Relator: Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 24/05/2021; Data de Registro: 24/05/2021).

Agravo em Execução – Medida de segurança – Decisão que determinou a desinternação condicional do sentenciado, mediante condições. Recurso com pedido liminar de concessão de efeito suspensivo ao recurso – Impossibilidade – Ausência de previsão legal para o pedido de liminar em agravo de execução penal – Efeito suspensivo também não previsto na Lei de Execução Penal – Desinternação condicional baseada em laudo pericial que atestou a cessação da periculosidade do agravado, não havendo motivo plausível para a revogação da fundamentada decisão monocrática – Agravo Ministerial desprovido. (TJSP; Agravo de Execução Penal 0033907-15.2020.8.26.0050; Relatora: Ely Amioka; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 29/01/2021; Data de Registro: 29/01/2021).

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – MEDIDA DE SEGURANÇA – Recurso da decisão que determinou a desinternação condicional do sentenciado, com pedido liminar de concessão de efeito suspensivo ao recurso – Impossibilidade – Ausência de previsão legal para o pedido de liminar em agravo de execução penal – Efeito suspensivo também não previsto na Lei de Execução Penal – Desinternação condicional baseada em laudo pericial que atestou a cessação da periculosidade do agravado – Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Execução Penal 9000468-54.2020.8.26.0050; Relator: Nelson Fonseca Junior; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 12/11/2020; Data de Registro: 12/11/2020).

E, na hipótese de fato indicativo de persistência da periculosidade do agravado, poderá ser determinada a sua reinternação, nos termos do artigo 97, §§ 3º e 4º, do Código Penal.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal

nº 9000023-02.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUCIANO SILVESTRE CORREIA, é agravado 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 agravo interposto pela Defesa de Luciano Silvestre Correia, mantida a r. decisão ora guerreada. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.515)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 14 de julho de 2021.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – MEDIDA DE SEGURANÇA – Cessação da periculosidade – Recurso da Defesa – Inconformismo contra a decisão que julgou extinta a medida de segurança imposta ao agravante e determinou o cumprimento da pena remanescente em unidade prisional comum – Alegação de ofensa ao sistema vicariante – Inocorrência – Cessação da periculosidade impondo-se o cumprimento do restante das penas privativas de liberdade – Medida de segurança e pena privativa de liberdade originárias de condenações distintas e que não serão cumpridas simultaneamente – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução, interposto por Luciano Silvestre Correia, contra a r. decisão cuja copia encontra-se encartada às fls. de fls. 02 e verso, que julgou extinta a medida de segurança imposta ao agravante e determinou o cumprimento da pena remanescente em unidade prisional comum.

A ilustre Defensoria Pública sustenta que em respeito ao sistema vicariante não é possível coexistir o cumprimento da pena privativa de liberdade e a medida de segurança (fls. 03/05). Pretende desse modo, a reforma da decisão ora hostilizada, convertendo a pena referente a GR 06 em medida de segurança.

O recurso foi regularmente processado e contrariado pelo Ministério Público (fls. 08/11).

Acesso ao Sumário

Em sede de juízo de retratação, a r. decisão foi mantida (fls. 47).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, opinou pelo desprovimento do agravo defensivo (fls. 53/58).

É o relatório.

Com efeito, o laudo pericial de fls. 39/41 atestou a cessação da periculosidade do agravante, e o Ministério Público requereu a extinção da punibilidade no tocante a GR nº 07 e a transferência do sentenciado para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta na GR nº 06 (fls. 42).

A d. Defensoria considerou que o pleito Ministerial ofende o sistema vicariante, destacando que não há razão para realizar a conversão (fls. 43). Instado a se manifestar o Ministério Público discordou do pedido, pois no processo de conhecimento da GR 06, o sentenciado foi considerado imputável e o último laudo acostado aos autos concluiu pela cessação da periculosidade. Ressaltou ainda, que o sistema vicariante impede a aplicação de medida de segurança e pena privativa de liberdade em relação ao mesmo fato, inclusive sufragado por decisão do C. STJ.

Assim é que, o MM. Magistrado considerou que "*a existência de laudo pericial médico atestando a cessação da periculosidade do paciente e que o mesmo reúne condições de cumprir o restante da pena corporal é situação de fato e de direito que autoriza, na verdade determina a extinção da medida de segurança, em curso, a fim de permitir o cumprimento da pena privativa de liberdade objeto da GR 06*".

Salientou que "*a Lei 7.210/84, ao instituir o sistema vicariante (ou unitário) como base do sistema pena- medida de segurança, vedou a execução sucessiva das duas sanções, afinal seus fundamentos são completamente distintos: a medida de segurança é aplicada em decorrência da periculosidade, ao passo que a imposição da pena é fundada na culpabilidade*" (fls. 02v.).

Foi correto o entendimento esposado.

O sentenciado cumpria medida de segurança até que, realizado exame, concluiu-se pela cessação de sua periculosidade (cf. exame psiquiátrico forense de fls. 39/41).

Diante disso, cessada a periculosidade e atestada a imputabilidade do réu, acertada a decisão que determinou, fosse cumprida a pena imposta na sexta execução em estabelecimento penal comum.

Nesse contexto, não há que se falar em violação ao sistema vicariante, eis que não haverá cumprimento simultâneo de medida de segurança e pena privativa de liberdade, notadamente em razão de suas origens distintas (crimes e processos diferentes).

Aliás, impossível a conversão de pena corporal em medida de segurança

Acesso ao Sumário

à pessoa comprovadamente imputável.

Em caso análogo, confira-se:

"*1 - Habeas Corpus. 2 - Cessada a periculosidade do preso resta inviabilizada a substituição da pena (estabelecida em outro processo por crime distinto) por medida de segurança. 3 - O sistema vicariante não se transforma em duplo binário pelo cumprimento de pena após a cessação da periculosidade e encerramento da medida de segurança imposta em outro processo, por crime distinto. 'Writ' denegado*". (HC nº 990.10.391994-7; Rel. José Raul Gavião de Almeida, 6ª C. Direito Criminal; j. 28/10/2010).

"*E nisso ilegalidade alguma há e tampouco viola o sistema vicariante vigente em nosso ordenamento jurídico como diz a defesa, pois é impossível aplicar medida de segurança para imputáveis, sob pena de se confundir culpabilidade e periculosidade. Até porque a inimputabilidade não pode ser presumida e estendida a outras infrações penais, ao reverso, deve ser analisada de forma casuística, vale dizer, em relação a cada crime, em cada processo a que responde o réu*". (TJSP, 2ª Câm. Crim., Agravo em Execução 0040931-94.2013.8.26.0000, rel. Des. Aguinaldo de Freitas Filho, j. em 14/06/13).

Portanto, cessada a periculosidade e existindo pena privativa de liberdade a ser cumprida, o Juízo das Execuções não pode convertê-la em medida de segurança, mas sim determinar seu cumprimento.

Em suma, cessada a periculosidade do sentenciado, não subsiste qualquer razão para a substituição da pena privativa de liberdade que não foi convertida anteriormente em medida de segurança. Perfeitamente possível que, agora, cumpra a pena corporal restante.

Via de consequência, NEGO PROVIMENTO ao agravo interposto pela Defesa de Luciano Silvestre Correia, mantida a r. decisão ora guerreada.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0002864-46.2021.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante CLEITON ERIK MARQUES, 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: Negaram provimento ao agravo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.758)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES

BARBOSA DIODATTI (Presidente sem voto), RICARDO SALE JÚNIOR e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 27 de julho de 2021.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE – INVÓLUCROS DE MACONHA ENVIADOS POR "SEDEX" – RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE TERCEIROS – INOCORRÊNCIA – Sedex com entorpecentes destinado ao detento – IRRELEVANTE A AUSÊNCIA DE POSSE DOS ENTORPECENTES. O fato de o sentenciado não ter tido a posse dos entorpecentes não interfere na análise da questão, nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 49 da Lei de Execução Penal, pois 'pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada' – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE.

INTERRUPÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA PROGRESSÃO – POSSIBILIDADE. A prática de falta disciplinar de natureza grave pelo reeducando acarreta a interrupção do prazo aquisitivo para o fim de progressão – SÚMULA 534, STJ.

PERDA DOS DIAS REMIDOS – DESCONTO DA FRAÇÃO MÁXIMA – DECISÃO FUNDAMENTADA. De acordo com a Lei nº 12.433/2011, o juiz poderá revogar até 1/3 do tempo remido, observado o disposto no art. 57 da mesma norma, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. AGRAVO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de Execução Penal interposto pelo sentenciado **Cleiton Erik Marques**, contra r. decisão proferida pelo MM Juiz de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal da comarca de Ribeirão Preto, que reconheceu como falta disciplinar de natureza grave a conduta por ele praticada 11.09.2020, determinando a regressão do sentenciado ao regime fechado, a perda de 1/3 dos dias remidos e a interrupção do prazo de cumprimento de pena para fins de concessão de progressão de regime prisional (fls. 62/68).

Acesso ao Sumário

Pretende o agravante, em síntese, a absolvição, sob o argumento de que nada de ilícito foi encontrado em seu poder, bem como não pode ser culpado por conduta praticada por terceiros (fls. 1/4).

Apresentada a contraminuta (fls. 73/77) e mantida a r. decisão (fls. 78), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 89/93).

É o Relatório.

Trata-se de Julgamento Virtual.

O agravo não comporta provimento.

Consta dos autos que, no dia 11.09.2020, por volta das 10h20min, durante procedimento de inspeção nos objetos enviados aos detentos via Sedex, Agentes de Segurança Penitenciária encontraram, na correspondência remetida por *Eliana Rodrigues Marques* a seu filho, o sentenciado Cleiton Erik Marques, 198 pontos de entorpecente do tipo *K4*, que estavam localizados dentro do cós de uma cueca samba canção.

O laudo pericial acostado às fls. 37/39 resultou positivo para a presença de canabinoides sintéticos.

Diante disso, instaurou-se procedimento administrativo para apurar a ocorrência da infração.

O sindicado, na presença do defensor da Funap, declarou que recebe frequentemente sedex de sua genitora, em geral caixas pequenas. No dia do ocorrido, porém, a caixa era grande e somente aceitou abri-la, pois lhe falaram o nome de sua mãe, embora não tenha visto sua letra ou assinatura. Disse não ser dependente químico nem conhecer a substância entorpecente *K4*. Tem certeza de que não foi sua genitora quem lhe enviou as drogas e acredita que outros detentos com quem tem inimizade o fizeram a fim de prejudicá-lo (fls. 36).

Eliana Rodrigues Marques, genitora do sentenciado, declarou que desconhece que seu filho tenha dívidas de drogas. Envia-lhe sedex com frequência e nunca teve problemas. Seu filho, desde os 13 anos de idade, é usuário de entorpecentes e de bebida alcoólica (fls. 42).

Acesso ao Sumário

Os Agentes de Segurança Penitenciária Marcos Alexandre Ribeiro Galvão e Cesar Almeida Leitão Shimizu declararam que o detento confirmou que a remetente da caixa era a sua genitora. Com a sua autorização, o sedex foi aberto, oportunidade em que encontraram 198 pontos de entorpecente sintético *K4*, conhecido como **maconha sintética**, que estavam escondidos dentre do cós de uma cueca enviada na correspondência (fls. 43 e 44).

Ora, no caso em análise, não há motivos para se desconsiderar os depoimentos prestados pelos servidores, mormente quando firmes e coesos, anotando-se, como já dito, que o recorrente não produziu nenhuma prova concreta a

indicar que eles teriam algum motivo para acusá-lo injustamente.

Anote-se que a probidade com que os agentes públicos atuam são fatos ordinários que avocam para si a legitimidade e presunção de licitude. Logo, em obediência ao disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal àquele a quem interessar desconstituir esta presunção de legalidade é que se impõe o ônus de comprovar cabalmente o contrário. Quedando-se inerte, como no caso presente, cabe ao Judiciário ter por hígidos tais depoimentos e suficientes para incriminar o réu.

Convém mencionar ainda que, em se tratando de correspondências do tipo 'sedex', as regras penitenciárias estabelecem que o preso indique em lista os nomes daqueles que o visitam e podem lhe enviar este tipo de correspondência. Quando detectado objeto proibido na encomenda ele é primeiramente chamado; confirma que a pessoa remetente é aquela admitida para enviar-lhe 'sedex' e somente depois disso abre-se o pacote para que o detento veja o seu conteúdo.

Nesse sentido:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. REMESSA DE DROGAS A ESTABELECIMENTO PRISIONAL, VIA SEDEX. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A conduta de transportar, para fins de entrega a consumo de terceiros, drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, configura prática de crime doloso e, quando cometida durante o cumprimento de pena, constitui falta grave, nos termos do art. 52, caput, da LEP. 2. No caso dos autos, depois de verificar a embalagem enviada por Sedex e confirmar que o nome e endereço do remetente eram de sua genitora, o sentenciado autorizou os agentes estatais a abrirem a encomenda, ocasião em que eles encontraram sete porções de maconha (12,57g), ocultas no interior de sabonetes. Elementos de convicção que demonstram que o sentenciado tinha conhecimento e concorreu para a conduta do remetente da correspondência. 3. Mantido o reconhecimento da falta disciplinar de natureza grave, não havendo que se falar em insuficiência probatória. EFEITOS. INTERRUPÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. 4. Possibilidade. Incidência da Súmula 534 do STJ. PERDA DOS DIAS REMIDOS. PERCENTUAL MANTIDO. 5. É possível a perda dos dias remidos em percentual superior ao mínimo legal, desde que em decisão devidamente fundamentada na falta concreta, nos termos do artigo 57, caput, da Lei de Execução Penal. No caso, o MM. Juízo a quo decretou a perda no percentual de um terço em razão da gravidade, natureza e circunstâncias da infração, comprometedora da disciplina da unidade prisional, bem como da necessidade de reprimir e prevenir faltas disciplinares da mesma natureza, visando à ordem e à disciplina da

Acesso ao Sumário

unidade prisional (...). Agrado desprovido (Agravo de Execução Penal nº 0007501-29.2020.8.26.0996, 15ª Câmara Criminal, Relatora Gilda Alves Barbosa Diodatti, j, 14.10.2020).

Desta feita, bem caracterizada a prática da infração disciplinar, nos termos do artigo 52 da Lei de Execução Penal (*Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave ...*), posto que o agravado concorreu para o delito de tráfico ilícito de drogas nas dependências da unidade prisional.

Assim, não há que se se falar em responsabilização por atos de terceiros, uma vez que as drogas foram enviadas ao agravante por pessoa devidamente cadastrada no rol de pessoas autorizadas por ele.

De outro lado, o fato de o sentenciado não ter tido a posse dos objetos não interfere na análise da questão, nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 49 da Lei de Execução Penal, que segue transcrito:

Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.

Desta forma, plenamente configurada a prática de falta disciplinar de natureza grave, pelo que é inviável a absolvição pretendida.

No tocante à perda dos dias remidos nenhuma crítica se faz à decisão a quo porque, ao limitá-la em 1/3, adequou-se ao disposto na Lei nº 12.433, de 29/6/2011, que deu nova redação ao artigo 127 da Lei de Execução Penal e dispõe que "*em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar*".

No caso dos autos, ao contrário do alegado pela agravante, a r. decisão que fixou o *quantum* de 1/3 para a perda dos dias remidos ou a remir anteriores a data da infração, que foi taxado de excessivo, está devidamente fundamentada.

Com efeito, o douto magistrado *a quo* considerou a gravidade, natureza e circunstâncias da falta perpetrada e os critérios norteadores do artigo 57 da Lei de Execução Penal e a ineficácia da perda em patamar menor.

Anote-se que as circunstâncias do mencionado artigo 57 devem ser analisadas num contexto fático e não isoladamente. A natureza da infração disciplinar, os motivos que levaram a prática da falta, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como os requisitos de ordem subjetiva, são medidas que se entrelaçam e que devem ser apreciadas conjuntamente, como o foi no caso dos autos.

Assim, agiu com acerto ao determinar o decréscimo dos dias remidos na fração máxima permitida pela lei, em razão da a gravidade da falta que rebaixa o nível da disciplina na unidade prisional, causando instabilidade no ambiente carcerário. Acrescente-se que não há qualquer reparo em reconhecer a perda dos dias a remir anteriores a data da falta grave, uma vez que, tal medida está em

conformidade com os ditames legais.

Da mesma forma, se faz necessária a interrupção da contagem do lapso temporal para a finalidade de progressão de cumprimento de pena.

Nesse mesmo sentido, dispõe a Súmula 534 do STJ:

A prática de falta disciplinar de natureza grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime, devendo o novo cômputo levar em conta como marco inicial a data do cometimento dessa infração.

Na verdade, não poderia ser de outra forma já que o regime disciplinar de recompensas adotado pela Lei de Execução Penal busca no senso de responsabilidade do segregado os meios para lhe deferir qualquer tipo de benefício, de modo que o cometimento de falta disciplinar de natureza grave demonstra a sua indisciplina e, portanto, ofensa ao sistema para reeducação e reinserção do condenado na sociedade.

Destarte, por irrepreensível, a r. decisão combatida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0002897-37.2021.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ROGER ABDELMASSIH.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para cassar a decisão e determinar o imediato retorno de Roger Abdelmassih ao regime fechado, devendo, a Administração Penitenciária, adotar todas as providências necessárias ao correto tratamento médico a ser dispensado, observando-se o contido na LEP, art. 14 e art. 40. V.U. Esteve presente a adv. Dra. Larissa Maria Sacco Abdelmassi. Indeferido o pedido de sustentação oral, nos termos do art. 146, § 4º do Regimento interno do Tribunal de Justiça de São Paulo", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.376)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 29 de julho de 2021.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. Recurso ministerial contra prisão domiciliar. Longa pena a cumprir. A despeito da alegada gravidade das enfermidades, inexiste comprovação de que não poderia mais ser tratado na penitenciária ou em hospital do sistema carcerário. Pandemia de covid-19 que não autoriza, por si só, a concessão da benesse. Fatos supervenientes que não têm o condão de alterar a situação.

PROVIMENTO, COM DETERMINAÇÃO (A Administração Penitenciária deverá adotar todas as providências necessárias ao correto tratamento médico a ser dispensado, observando-se o contido na LEP, art. 14 e art. 40).

VOTO

Trata-se de **AGRAVO EM EXECUÇÃO** interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra a ***decisão*** que **deferiu prisão domiciliar** a **ROGER ABDELMASSIH**, cuja revogação pleiteia, por reputar ausentes os requisitos objetivos e subjetivos.

Contraminutado o recurso e mantido o decisum, a PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA opinou pelo provimento.

Há oposição ao julgamento virtual.

Juntada espontânea manifestação da defesa, a título de "fatos supervenientes" enfatizando a necessidade de não provimento, por suposto agravamento de seu estado de saúde (fls. 490/578 e fls. 582/587).

É o relatório.

O agravado cumpria pena total de 278 anos de reclusão – com início aos 17/8/2009 e término previsto para 11/4/2292, ou 16/8/2039, a teor do disposto no CP, art. 75 – em regime fechado, na Penitenciária Masculina II de Tremembé, o que desde logo, já afastava a possibilidade de aplicação do disposto na LEP, art. 117, II - "*Somente se admitirá o recolhimento do **beneficiário de regime aberto** em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; **II - condenado acometido de doença grave**; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante*".

Lembrando-se, ainda, ***ad argumentandum***, ser inviável a progressão "por salto", porquanto vedada pela art. 112 e Súmula/STJ, nº 491 (é inadmissível a chamada progressão ***'per saltum** de regime prisional")*.

No mais, não se olvida o teor da Recomendação/CNJ, nº 62, "*aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e*

Acesso ao Sumário

socioeducativo".

Contudo, a despeito da suposta gravidade das enfermidades, como bem ponderado pelo ***Parquet***, inexiste comprovação de que não poderia mais ser tratado naquela penitenciária ou em hospital de custódia e tratamento do próprio sistema.

Solicitadas informações sobre o estado de saúde, sobrevieram indicação de várias moléstias; não houve, por outro lado, afirmação contundente e unânime de que não poderia mais ser tratado no sistema prisional, sendo baseadas em exames apresentados pelo próprio **ROGER**, insuficientes à comprovação de alegada piora.

Ainda que submetido à perícia pelo IMESC, e o laudo de fls. 1061/1068 (autos de Origem), tenha concluído que: "*Decorrente da análise do presente processo bem como documentação médica e exame físico in loco, conclui-se que o periciando é prestador de Cardiopatia Grave, irreversível, compensada com medicação contínua. Devido à baixa tolerância ao exercício decorrente da baixa função cardíaca, somos da opinião de que o tratamento do mesmo em ambiente de cárcere pode propiciar inadequação de tratamento e sobrecarga cardíaca acima da tolerância individual atual, podendo precipitar descompensações ameaçadoras da vida*", **o panorama não se afigurou definitivo**.

Isso porque, **em contraponto**, o órgão do CAEX/MPSP analisou o laudo pericial oficial, cujo subscritor previamente conhecia a condição do agravado, já que o examinou pessoalmente em data anterior, esclarecendo: *"Este perito que elabora esse parecer técnico- científico participou como assistente técnico pelo MPSP da perícia realizada no IMESC anteriormente a essa atual enviada para análise, tendo realizado inclusive o exame físico, exame do estado mental e análise de todos os exames e prontuários apresentados. Por essa razão, e analisando a perícia judicial realizada, pode afirmar que o quadro clínico do postulante permanece inalterado há tempos, não justificando a necessidade da pretensa prisão domiciliar:* ***Com base nesse fato, pode afirmar que não houve alteração médica que justifique mudança das conclusões apresentadas no ano de 2019, sendo observável somente a evolução natural corporal e da patologia como esperado para as condições gerais do periciando e totalmente compatíveis com o esperado para a maioria dos indivíduos da faixa etária e condições cardiológicas similares****"* (grifei).

Pedida complementação, esclareceu: "***O tratamento ambulatorial significa não haver necessidade de internação hospitalar, bastando o paciente estar em condições materiais com logística para a remoção em caso de urgência ou emergência, e serem atendidas as necessidades de dieta, uso regular da medicação prescrita e avaliações médicas regulares. Assim, é possível o manejo sob o cumprimento de pena na unidade prisional que oferece as condi-***

Acesso ao Sumário

<u>ções para a remoção ao hospital penitenciário em caso de descompensação ou qualquer necessidade de atenção médica de emergência</u>" (grifei).

Assim, evidente que o quadro de saúde, a despeito de grave, pode ser tratado em hospital penitenciário, se o caso.

Nesse diapasão, fulcral o Parecer da **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA**: "É inaceitável a maneira como o agravado está sendo tratado, porquanto infindáveis presos cumprem suas penas em condições de saúde iguais ou piores daquela que ostenta o agravado, sem que seja mencionado ou mesmo apreciado o pedido de prisão domiciliar" (fls. 478/486). Se todos os sentenciados do Estado, que apresentam grave quadro de saúde *viessem a ser periciados, certamente, em 99% dos casos, a conclusão seria a mesma, qual seja, a de que o cárcere não é o ambiente ideal para que permaneçam e sejam tratados, não sendo isso "mérito" do agravado. É importante mencionar que, na unidade prisional na qual se encontrava, o reeducando não era submetido a qualquer esforço físico, tanto é que não houve qualquer intercorrência no que diz respeito à saúde do mesmo no período em que se encontrou recolhido, recebendo todo o atendimento quando necessário. Apurou-se que, em qualquer lugar que esteja, qualquer sobrecarga cardíaca pode colocar em risco a vida do apenado, não havendo, portanto, diferença entre cumprir a reprimenda em sua residência ou na unidade prisional. Apurou-se que, em qualquer lugar que esteja, qualquer sobrecarga cardíaca pode colocar em risco a vida do apenado, não havendo, portanto, diferença entre cumprir a reprimenda em sua residência ou na unidade prisional. Cumpre destacar, ainda, que a primeira decisão que concedeu prisão domiciliar, proferida pelo Juízo de origem, foi analisada exaustivamente pelas instâncias superiores, não tendo nenhuma delas determinado o retorno do sentenciado ao cumprimento da restrição domiciliar, não sendo, portanto, evidente a necessidade de tal medida*".

Assim, nem mesmo a intranquilidade trazida pela pandemia é capaz de autorizar tão açodada providência, como determinada, tornando impertinente a prisão domiciliar ou humanitária, porquanto o sistema prisional deve se adequar às necessidades de tratamento de presos enfermos, na esteira, ainda, da LEP, art. 14, ônus a ser cumprido pelo Poder Executivo, responsável pela administração penitenciária, que deverá adequá-la à necessidade do custodiado (art. 40), e não o contrário, como se pretende.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. Câmara:

"*Agravo em execução. Prisão albergue domiciliar. Impossibilidade. Requisitos legais não preenchidos. Pandemia COVID-19, por si só, não justifica a concessão da benesse. Não provimento ao recurso."* (Agravo de Execução Penal nº 0003607-61.2020.8.26.0344, Desembargador Rel. **ZORZI ROCHA**, j. 14/8/2020).

Acesso ao Sumário

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – prisão domiciliar – cabimento apenas para presos em regime aberto – situação humanitária excepcional não encontrada – filho que se encontra com demais parentes – caso em que a domiciliar sequer é recomendável dada a natureza dos crimes praticados pela recorrente. PANDEMIA – corona vírus – não preenchimento dos requisitos mínimos do grupo de risco – ausência de comprovação da alegação – paciente em efetivo isolamento social em razão da suspensão da visitação – negado provimento." (Agravo de Execução Penal nº 0003267-04.2020.8.26.0026, Desembargador Rel. **LAURO MENS DE MELLO**, j. 3/7/2020).

Mister ressaltar ainda, que a execução penal é regida pelo princípio do ***in dubio pro societate***, ou seja, a dúvida plausível acerca do mérito do condenado em obter o benefício, deve ser resolvida em favor da sociedade, que não pode ser obrigada a conviver com a insegurança.

Por último, as alegações trazidas a título de "fatos supervenientes" (fls. 490/510 e 582/583), com documentos (fls. 511/578 e 584/587), sequer comportariam apreciação, porquanto já delimitada a questão debatida nesse remédio heroico por sua interposição, que não admite aditamento, dado a sua singularidade.

Mesmo que assim não fosse, não alterariam o desfecho recursal.

A questão de ter sido "*levado, às pressas, sob pena de vir* à *óbito, ao pronto socorro cardiológico do Dante Pazzanese*" (***sic***) aos 11/6/21 não significa alteração importante em seu estado de saúde que autorize a manutenção da prisão domiciliar/humanitária ou impossibilidade de ser atendido ou, até mesmo, que permaneça em hospital de custódia e tratamento.

Conforme eletrocardiograma e laudo juntados pela própria defesa (fls. 514), no episódio relatado, **ROGER** apresentou: "*Ritmo sinusal: Bloqueio atrioventricular do primeiro grau; Bloqueio de ramo direito: Bloqueio divisional anterossuperior esquerdo; Alterações difusas repolarização ventricular*".

Tais condições, todavia, não requereram internação, pois, se realmente fossem extremamente graves, **ROGER** não teria permanecido apenas cinco horas no nosocômio e liberado, mas, sim, ali permanecido, inclusive com implantação de eventual marca-passo, como recomenda a literatura médica[1].

"**Ritmo sinusal**": é o ritmo **normal do coração**, indicando que os batimentos são conduzidos de forma saudável; a palavra "sinusal" faz referência ao local onde nascem os estímulos elétricos que fazem o músculo cardíaco bater, chamado nodo ou nó sinusal[2].

"**Bloqueio atrioventricular do primeiro grau**": atraso da condução elétrica para os ventrículos; **geralmente não requer tratamento**[3].

1 (endereço eletrônico constante no texto original).
2 (endereço eletrônico constante no texto original).
3 (endereço eletrônico constante no texto original).

Acesso ao Sumário

"**Bloqueio de ramo direito**": consiste em uma alteração no padrão normal do eletrocardiograma (ECG), mais especificamente no segmento QRS - despolarização ventricular[4] que se torna ligeiramente mais longo, durando mais de 120 ms. Isto significa que o sinal elétrico do coração apresenta alguma dificuldade para percorrer o ramo direito do coração, levando o ventrículo direito a contrair um pouco mais tarde. **Na maioria dos casos o bloqueio de ramo direito não é grave e é até relativamente comum, não sendo sinal imediato de uma doença cardíaca**[5].

"**Bloqueio divisional anterossuperior esquerdo**": está **associado ao envelhecimento do sistema de condução cardíaco** e associação com alguns fatores de risco, como hipertensão arterial, entre outros[6].

"**Alterações difusas repolarização ventricular**": é uma das alterações mais frequentes encontradas nos laudos de eletrocardiograma. É uma alteração no eletrocardiograma e pode significar quase todo tipo de doença, **mas ao mesmo tempo, pode não significar absolutamente nada**[7].

O último exame apresentado (angiotomografia computadorizada das artérias coronarianas) apenas demonstra ter a condição CAD-RADS: 4A-SG que demanda "*farmacoterapia preventiva e anti-isquêmica guiada pelos sintomas bem como modificação dos fatores de risco guiada pelos guidelines*" (fls. 585/587).

Diante do exposto, **dá-se provimento ao recurso, para cassar a decisão e determinar o imediato retorno de Roger Abdelmassih ao regime fechado, devendo, a Administração Penitenciária, adotar todas as providências necessárias ao correto tratamento médico a ser dispensado, observando-se o contido na LEP, art. 14 e art. 40.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001972-96.2021.8.26.0154, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MARCOS PAULO SOARES DE MACEDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao agravo para determinar ao Juízo das Execuções que intime o sentenciado para que, em 10 dias, efetue o pagamento

4 (endereço eletrônico constante no texto original).
5 (endereço eletrônico constante no texto original).
6 (endereço eletrônico constante no texto original).
7 (endereço eletrônico constante no texto original).

da pena pecuniária, solicite o seu parcelamento, a teor do contido no artigo 51, do Código Penal ou demonstre a impossibilidade absoluta de fazê-lo, sob pena de regressão do regime prisional, conforme dispõe o artigo art. 36, parágrafo 2º, do Código Penal, cc. art. 118, parágrafo 1º, Lei de Execução Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.070)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente) e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 9 de agosto de 2021.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Progressão de regime prisional deferida sem o pagamento de multa – Decisão cassada – Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o pagamento da pena de multa constitui condição prévia para a progressão – Necessidade de determinar ao Juízo das Execuções que intime o sentenciado para que, em 10 dias, efetue o pagamento da pena pecuniária, solicite o seu parcelamento, a teor do contido no artigo 51 do Código Penal ou demonstre a impossibilidade absoluta de fazê-lo, sob pena de regressão do regime prisional, conforme dispõe o artigo art. 36, parágrafo 2º, do Código Penal, cc. art. 118, parágrafo 1º, Lei de Execução Penal – Agravo parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Agravo em Execução interposto pelo **REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a r. decisão proferida pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de São José do Rio Preto que concedeu progressão ao regime aberto ao sentenciado **MARCOS PAULO SOARES DE MACEDO**, sem que houvesse o pagamento de multa.

Inconformado, recorreu o ilustre Representante do Ministério Público afirmando que o pagamento da pena de multa seria requisito indispensável para a análise do direito de progressão de regime, motivo por que pede a cassação da decisão e, por conseguinte, a devolução dos autos à instância singela a fim de que o sentenciado se manifeste sobre a eventual possibilidade de pagamento da reprimenda, ainda que de forma parcelada.

Acesso ao Sumário

O recurso foi contraminutado e a r. decisão foi mantida. A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo **provimento do agravo (fls. 38/43).**

É o breve relatório.

O recurso prospera em parte.

Colhe-se dos autos que o *Parquet*, seguindo a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à comprovação integral do pagamento de multa como condição prévia para a progressão de regime prisional requereu a atualização da pena imposta cumulativamente ao sentenciado.

Inobstante, o Juízo de piso deferiu progressão ao cativo, ao argumento de que os requisitos necessários para o deferimento do pedido estão na Lei, e esta não inclui o pagamento da pena de multa.

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de pedido de progressão de regime no bojo do processo da EP nº 12/DF, firmou o entendimento de que a pena de multa possui natureza jurídica de pena criminal, conforme dispõe a alínea "c" do inciso XLVI, do artigo 5º, da Constituição Federal e o artigo 51, do Decreto-Lei nº 2.848/1940, e que não há possibilidade de conceder ao sentenciado progressão de regime prisional sem o pagamento da multa fixada na condenação.

Vale ressaltar que no julgamento do EP nº 16/DF, acrescentou-se que tão só o parcelamento da pena de multa não se presta para a progressão de regime, mas também o adimplemento escorreito, sob pena de regressão.

Então, por ocasião do julgamento da ADI n.º 3150/DF, ao decidir pela legitimidade ativa do Ministério Público para a cobrança da pena de multa, ratificou, de forma *erga omnes* e vinculante, que referida pena possui natureza jurídica de pena criminal mesmo após o trânsito em julgado.

É bem verdade que este Relator vinha entendendo de maneira diversa e, conquanto a especificada decisão, assim como outras da aludida Corte Judicial da Suprema Corte nesse sentido, seja desprovida de efeitos vinculantes e *erga omnes*, uma vez que foi proferida em processo intersubjetivo, é necessário curva-se e alinhar-se com a nova Jurisprudência.

Acesso ao Sumário

Diante desse cenário, insta salientar que o cativo tem o dever jurídico (ou seja, não se trata de faculdade) de pagar integralmente o valor da multa.

Caso contrário, seria o mesmo que ignorar modalidade autônoma de resposta penal expressamente concebida pela Constituição Federal, nos termos do art. 5º, inciso XLVI, alínea "c".

Note-se que o não recolhimento da multa pelo condenado que tenha condições econômicas de pagá-la, sem sacrifício dos recursos indispensáveis ao sustento próprio e de sua família, constitui deliberado descumprimento de decisão judicial e deve impedir a progressão de regime.

E, admitir-se o inadimplemento da multa, configuraria tratamento privilegiado em relação ao sentenciado que espontaneamente paga a sanção pecuniária.

Lado outro, a regra em questão é tão somente excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente.

À vista disso, torna-se inadmissível, por ora, a utilização da exceção.

Aliás, afigura-se necessário que o Juízo de piso verifique a possibilidade de adimplemento da multa, condicionando- se, em caso de capacidade econômica, a progressão ao regime aberto ao seu pagamento, ainda que de forma parcelada.

Portanto, há que se determinar ao Juízo das Execuções que intime o sentenciado para que, em 10 dias, efetue o pagamento da pena pecuniária, solicite o seu parcelamento, a teor do contido no artigo 51, do Código Penal ou demonstre a impossibilidade absoluta de fazê-lo, sob pena de regressão do regime prisional, conforme dispõe o artigo art. 36, parágrafo 2º, do Código Penal, cc. art. 118, parágrafo 1º, Lei de Execução Penal.

Diante desse cenário, força convir que, somente poderá após esclarecida essa questão, se terá fundamento hábil para a exoneração – ou não do sentenciado quanto à essa obrigação penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo para determinar ao Juízo das Execuções que intime o sentenciado para que, em 10 dias, efetue o pagamento da pena pecuniária, solicite o seu parcelamento, a teor do contido no artigo 51, do Código Penal ou demonstre a impossibilidade absoluta de fazê-lo, sob pena de regressão do regime prisional, conforme dispõe o artigo art. 36, parágrafo 2º, do Código Penal, cc. art. 118, parágrafo 1º, Lei de Execução Penal.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001625-63.2021.8.26.0154, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JULIANO HENRIQUE DE SOUZA SONODA.

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 16.853)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS

(Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 9 de agosto de 2021.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – IRRESIGNAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO SEM O ADIMPLEMENTO DA PENA PECUNIÁRIA OU DA COMPROVAÇÃO DA ABSOLUTA INCAPACIDADE DE FAZÊ-LO – NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PARA A EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA – AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME EM SEDE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA, CUJA CONCESSÃO DEPENDE DOS MESMOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME EM SEDE DE EXECUÇÃO DEFINITIVA – IMPOSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO DA PROGRESSÃO DE REGIME EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DO PAGAMENTO DA MULTA TANTO AOS PRESOS PROVISÓRIOS QUANTO AOS DEFINITIVOS, FACE À INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE ELES PARA FINS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – PROGRESSÃO MANTIDA.

VOTO

Vistos.

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs o presente Agravo em Execução em face da r. decisão, datada de 06.05.2021, proferida pelo Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal – DEECRIM 8ª RAJ, Comarca de São José do Rio Preto, nos autos da Execução Penal nº 0002717-82.2015.8.26.0996, que deferiu a progressão ao regime aberto ao sentenciado Juliano Henrique de Souza Sonoda (fls. 18/20).

Em sua minuta, o Ministério Público pleiteou a reforma da decisão, para que seja verificada a possibilidade de adimplemento das multas, condicionando, se o caso, o deferimento da progressão de regime ao pagamento das multas, ainda que de forma parcelada, prequestionando a matéria (fls. 04/15).

O Agravo foi processado, vindo aos autos a contraminuta (fls. 28/34).

Acesso ao Sumário

A r. decisão recorrida foi mantida (fls. 51/52).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do agravo (fls. 58/62).

É o relatório.

Com a devida vênia, entendo que não assiste razão à pretensão ministerial.

Com efeito, observe-se que os requisitos para a progressão do regime prisional estão claramente enunciados no artigo 112 da LEP: cumprimento do lapso temporal no regime anterior e bom comportamento carcerário.

"*In casu*", não houve insurgência quanto ao preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo.

No mais, já respondendo à irresignação do Ministério Público, anoto que, no caso em questão, descabe a análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Progressão de Regime na Execução Penal nº 12/DF, interposto contra decisão monocrática, em que se discutiu o adimplemento da pena de multa como requisito para a progressão de regime, uma vez que não se trata de decisão vinculante.

Ademais, observo que o artigo 50 do Código Penal dispõe que a multa deverá ser paga de forma voluntária pelo condenado, dentro do prazo de dez dias, "*depois de transitada em julgado a sentença*", e o artigo 164 da Lei de Execução Penal também versa sobre o pagamento da multa por requerimento do Ministério Público quando "*extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado*". Importante ressaltar, ainda, que a Lei nº 13.964/2019 alterou o artigo 51 do Código Penal para dispor sobre as regras de cobrança da pena de multa e reforçou que o momento da sua execução se dá após o trânsito em julgado da condenação. Confira-se: "*Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*" (grifo nosso).

Nesse contexto, considerando que o momento de execução da pena de multa ocorre somente após o trânsito em julgado da condenação e que não há vedação à progressão de regime em sede de execução provisória de pena, tampouco distinção entre a progressão de regime pleiteada nesta fase da execução e naquela em sede de execução definitiva, estando preenchidos os requisitos legais previstos no artigo 112 da LEP, como se entendeu no caso dos autos, não se pode cogitar do eventual indeferimento do benefício em razão da ausência de pagamento da pena de multa, tanto para condenados provisórios como definitivos, nem mesmo em interpretação extensiva ao disposto no artigo 114, inciso II, da Lei de Execução Penal, seja por antecipação indevida da execução da multa,

Acesso ao Sumário

no caso de execução provisória de pena, seja por criar distinção entre presos provisórios e definitivos, em prejuízo destes, no caso de execução definitiva de pena.

Destarte, tendo em vista que a decisão ora guerreada não padece de nenhuma ilegalidade, entendo ser inviável o acolhimento da irresignação recursal.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo em Execução, mantendo a r. decisão monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Execução Penal nº 0004706-61.2021.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado WILLIAM MOZART MARQUES DE OLIVEIRA.

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, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.906)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 16 de agosto de 2021.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Execução Penal – Superveniência de nova condenação em razão do cometimento de outro crime – Unificação de penas – Interrupção do lapso temporal para aquisição de benefícios – Determinação do novo termo inicial como sendo a data do trânsito em julgado da nova condenação para o Ministério Público – Entendimento.

Na ausência de previsão legal quanto à data-base para a contagem do novo lapso temporal para aquisição de benefícios da execução, o entendimento consolidado nas Cortes Superiores tem sido no sentido de que se considera a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a Acusação relativa à nova condenação.

Acesso ao Sumário

Nas hipóteses, entretanto, de serem os limites do pleito recursal mais favoráveis à defesa, devem ser esses respeitados, por força do princípio da congruência.

VOTO

Vistos,

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público contra a r. decisão de fls. 35/36, do MM. Juiz Angel Tomas Castroviejo, da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal ("Deecrim 6ª RAJ"), da Comarca de Ribeirão Preto, que, nos autos da execução n. 0006494-47.2020.8.26.0496, homologou cálculo de penas de WILLIAM MOZART MARQUES DE OLIVEIRA considerando a *dies a quo* para a contagem de tempo relativa à concessão de benefícios a data da primeira prisão.

O Ministério Público insurge-se pela reforma do r. *decisum*, aduzindo que deve ser fixado como termo inicial de cumprimento de pena a data do última prisão.

Processado o agravo e mantida a r. decisão recorrida (fls. 64), a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu provimento.

É o Relatório.

O agravo comporta provimento.

O sentenciado foi condenado às penas totais de 10 anos e 04 meses de reclusão, pela prática dos crimes tipificados no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.33/06, e no art. 157, § 2º, do CP.

A decisão ora impugnada considerou como data-base para fins de benefícios da data da primeira prisão em flagrante, qual seja, 13 de dezembro de 2018 (fls. 33).

É pacífico que, em havendo cometimento de novo crime, de forma que sobrevenha outra condenação no curso de uma execução, deverá ser procedida à unificação de penas, nos termos do art. 111 da LEP, ficando a cargo do Juízo das Execuções determinar o regime aplicável e a elaboração de novo cálculo, visto que se inicia novo lapso temporal para a concessão de benefícios. É possível, inclusive, a regressão de regime.

Resta firmado, com efeito, na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que

> [...] sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da pena – seja por crime anterior ou posterior –, interrompe-se a contagem do prazo para a concessão do benefício da progressão de regime, que deverá ser novamente calculado com base na soma das penas restantes a serem cumpridas.

Cumpre observar que a questão ora discutida versa unificação de pena,

e não "falta grave", pelo que não se cogita da possibilidade de "interrupção" de prazos. Cuida-se, antes, de hipótese na qual são efetuados novos cálculos (execução nova), de modo a serem atingidos todos os benefícios, sem exceção.

Dessa forma, incorreta a r. decisão agravada, que fixou a data-base para a concessão de benefícios prisionais a data da primeira prisão referente às condenações unificadas, ou seja, 13 de dezembro de 2018 (fls. 33).

Pelos fundamentos já mencionados, o *dies a quo*, para a contagem de todos os benefícios prisionais, em caso de unificação de penas, é a data do trânsito em julgado da última condenação para o Ministério Público, ocorrido em 18 de novembro de 2020 (fls. 32).

Entretanto, é mais favorável ao agravado o pleito recursal do Ministério Público, porquanto postulada a fixação, como data-base para o fim de cálculo de todos os benefícios prisionais, a data da última prisão, ocorrido em 04 de maio de 2020, tal como expressamente consta de fls. 10/11 das razões deste agravo em execução, deve-se dar provimento ao recurso nesses exatos limites.

Destarte, os cálculos da pena para o fim de todos os benefícios prisionais terão como data-base o dia 04 de maio de 2020, seguindo-se o pleito recursal, em atenção ao princípio da congruência.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público, para estabelecer o dia da última prisão (04 de maio de 2020) como data-base para o cálculo de todos os benefícios prisionais, decorrente da unificação de penas pela r. decisão impugnada, observados os limites do recurso Ministerial, com pleito em entendimento mais benéfico ao agravado que o adotado por essa Colenda Turma Julgadora.

Apelações

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1516395- 90.2020.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDILSON CESAR DOS SANTOS RODRIGUES, 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 20.002)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente), EDUARDO ABDALLA e RICARDO TUCUNDUVA.

São Paulo, 28 de junho de 2021.

FARTO SALLES, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Prisão em flagrante. Materialidade e autoria comprovadas. Negativa inverossímil, a par de contrariada pelos relatos seguros e coerentes dos policiais encarregados do flagrante. Razoável quantidade de tóxicos variados encontrados na posse do apelante a reforçar o tráfico, no caso admitido quando da abordagem policial. Regular atuação dos policiais diante do comportamento externado pelo agente a denotar suspeita. Poder de polícia a permitir a abordagem de transeuntes ou de veículos e respectivos motoristas até mesmo por "amostragem", tal como ocorre em "bloqueios" destinados a incrementar a segurança pública. Atenuante da confissão inconciliável com agente preso em flagrante que, perante a autoridade policial ou em juízo, assume apenas a posse ou transporte de tóxico, negando o tráfico. Inteligência da Súmula 630 do STJ. Crime cometido em ocasião de calamidade pública a denotar a agravante prevista no artigo 61, I, 'j', do CP. Flexibilização que segue regras atreladas ao estado de calamidade instituído pelo Decreto Legislativo nº 09/20, vigente à época do delito. Pena-base fixada no piso, inobstante circunstância desfavorável representada pela razoável quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos a exigir maior reprovação. Reincidência específica inquestionável, lamentada a inércia da Justiça Pública diante do pífio incremento aplicado diante das atenuantes reconhecidas. Recidiva a obstaculizar o privilégio. Regime inicial fechado único adequado ao crime de natureza hedionda, a par da reincidência também colidente com retiro menos severo. Recurso da Defesa improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Pela sentença observada a fls. 149/152, cujo relatório se adota, EDILSON CESAR DOS SANTOS RODRIGUES, qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão em regime inicial fechado, com multa no importe de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, unidade no piso, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/2.006, impossibilitada a interposição de recurso em liberdade.

Inconformados, o réu e sua Defesa apelaram (fls. 153, vindo as razões do recurso a fls. 155/164. Em preliminar, sustenta-se a ilicitude da prova colhida, porquanto realizadas a abordagem e a revista pessoal sem fundada suspeita, daí a absolvição pretendida, na forma do artigo 386, V, do Código de Processo Penal. No mais, afirma que o réu, quando interrogado em juízo, assumiu transportar a droga, algo a revelar a confissão, sem necessidade de o agente declinar a intenção de mercancia. Aduz que a confissão informal reportada pelos policiais também denota a atenuante em pauta. Questiona a agravante atinente à prática do crime em período de calamidade pública, especialmente porque, à época, implementada a "fase amarela" do Plano São Paulo, com a flexibilização das regras restritivas decorrentes da pandemia.

Regularmente processado o recurso, apresentaram-se as contrarrazões a fls. 170/174, tendo a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça se manifestado a fls. 189/195, no caso, pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Inicialmente, afasta-se a preliminar.

No caso, os policiais militares realizavam ronda regular, deparando-se com o acusado que, acompanhado da namorada, demonstrou nervosismo, abortando a travessia da via pública iniciada, daí a abordagem e revista pessoal levadas a efeito, consoante regular exercício do poder de polícia e na forma do artigo 244 do Código de Processo Penal.

Cumpre anotar que os militares têm atribuição até mesmo para abordar transeuntes ou veículos na via pelo critério de "amostragem", tal como ocorre em "bloqueios" voltados ao incremento da segurança pública, não tendo a Defesa invocado situação de abuso capaz de infirmar a atuação dos policiais.

Superada a questão prejudicial, tem-se que o recurso não vinga também quanto ao mérito.

Com efeito, o réu, na Delegacia e em juízo, negou a imputação (fls. 14 e *link* a fls. 142), alegando que as drogas por ele trazidas se destinavam ao consumo próprio e de amigos, com os quais se encontraria naquele dia. Estava acompanhado da namorada, que nada tinha que ver com os tóxicos. Por fim, disse já ter sido condenado anteriormente por igual crime.

A versão exculpatória, porém, mostra-se colidente com o quadro proba-

Acesso ao Sumário

tório.

Nesse tom, na fase policial e em pretório, reportaram os policiais militares Guilherme Rossi Benassi e Luís Fernando Santos Correia que, durante patrulhamento, depararam-se com o acusado e a namorada, que trazia uma sacola nas mãos. Na ocasião, ambos demonstraram nervosismo ao avistar a viatura, voltando atrás na travessia da via pública, o que gerou suspeita. Optaram pela abordagem, apurando que, dentro da sacola, havia os entorpecentes descritos na denúncia, a saber, porções de cocaína, maconha e *haxixe*. Indagado a respeito, o apelante admitiu haver comprado os tóxicos em local próximo para comercializá-los, enquanto a namorada disse desconhecer a existência das substâncias (fls. 11, 12 e *link* a fls. 142).

Frise-se que os esclarecimentos analisados se mostram harmônicos, coerentes, lógicos e livres de dúvidas, nada havendo capaz de demonstrar animosidade ou intenção deliberada de prejudicar o acusado, além do que a lei não faz ressalva alguma relativa ao valor de versão trazida por policial.

Aliás, esta Colenda Corte Estadual tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser a testemunha agente de segurança pública não afeta o valor probante de sua palavra (TJESP, Apelações Criminais nºs. 0002253-17.2014.8.26.0439, Relator Desembargador IVAN SARTORI, julgado 15-12-2015, 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, julgado 19-5-2011, este com citação de vasta doutrina e decisões a respeito), mostrando-se tranquila a jurisprudência em tal sentido (STF, HC nº. 74.608-0/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO; RT 816/548; TJESP, Apelação Criminal nº. 993.08.018758-4).

De seu turno, alegou a namorada do réu, Ester Fernanda, que, dentro da sacola, havia apenas coisas que usaria para "fazer as unhas", algo a indicar nítida intenção de favorecer o companheiro, não podendo se esperar dela outra atitude, especialmente porque, como informaram os policiais, os tóxicos estavam em poder da depoente, a indicar suspeita até mesmo de seu envolvimento no tráfico.

Inegável, portanto, o vínculo entre as drogas e o acusado diante do encontro das porções de tóxicos em seu poder, consoante depoimentos esmiuçados e não infirmados.

Acresça-se que a razoável quantidade, variedade e forma de acondicionamento das drogas (10 porções de maconha com peso de **12,1g**, mais 26 de *haxixe* pesando **40,3g** e 80 de cocaína, com peso de **50,1g** – fls. 07, 28/31 e 136/137) reforçam o tráfico, na hipótese admitido pelo apelante à frente dos policiais no momento da abordagem, conforme testemunhos prestados sob o contraditório.

Importante salientar que, conforme decisão publicada na RT 546/327, para se fazer um cigarro de "maconha" tipo bagana, basta 0,33g da referida droga; portanto, a quantidade de *Cannabis sativa L* apreendida representa, no

Acesso ao Sumário

mínimo, 36 "fininhos" a evidenciar de forma clara sua destinação ao tráfico, ainda mais porque, já o uso de ínfima parte da substância, seria suficiente para ocasionar acentuada diminuição do rendimento psicomotor e depressão grave (Delton Croce e Delton Croce Júnior, "Manual de Medicina Legal", 5ª edição, Saraiva, pg. 636), tudo delineando o nefasto comércio.

Igualmente, cabe mencionar que a quantidade de cocaína apreendida representa, pelo menos, 2.500 porções "insuportáveis", ensejando quadro de overdose (Delton Croce e Delton Croce Júnior, "Manual de Medicina Legal", 5ª edição, Editora Saraiva, 2.004, nº. 14.2.11.3, pg. 636; Guilherme Oswaldo Arbenz, "Medicina Legal e Antropologia Forense", 1ª edição, 1.988, nº. 42, pg. 539; STJ, HC 235.257/DF, DJe 26-3-2013; TJESP, Apelação Criminal nº. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO), detalhe apto a também corroborar o vil comércio.

E, conforme RT's 714/357 e 776/663, bem como Apelação Criminal também apreciada por esta Corte sob o nº. 993.08.018758-4, a alegação de usuário ou "*de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade*" (RJTJESP 101/498).

Em outras palavras, prescindível a prova efetiva e direta de qualquer ato de comércio clandestino de droga, bastando o conjunto de indícios e presunções que, saliente-se, são claros e convergem contra o acusado, anotada a impossibilidade de o juiz desprezar as regras de experiência comum (***praesumptiones hominis***) ou seja, a ordem normal das coisas, representando aquela o conhecimento adquirido pela prática e observação do cotidiano.

A doutrina e a jurisprudência não discrepam (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. PAULO BROSSARD, RTJ, 149/521; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209).

"3. *A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Doutrina: MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236; LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162; PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91. Precedentes: AP*

481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011; HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012; HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009" (STF, HC 97.781/PR, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, redator do Acórdão Ministro LUIZ FUX, julgado 26-11-2013).

Assim, demonstrada a materialidade através do auto de exibição e apreensão (fls. 07), do auto de constatação provisória (fls. 28/31) e do laudo de exame toxicológico (fls. 136/138), a par de apurada a autoria do delito à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo a julgadora singular fixado a pena-base no mínimo legal de cinco (5) anos de reclusão, mais quinhentos (500) dias-multa.

A solução beneficiou o denunciado, porquanto ignorada circunstância desfavorável representada pela razoável quantidade e acentuada nocividade de parte das substâncias apreendidas à saúde pública (o *haxixe* e a cocaína têm efeito acentuadamente viciante), possibilitando tal quadro ao agente contribuir sobremaneira com a rápida disseminação do vício e correlata destruição de lares ou famílias, a par de a situação delinear inequívoco dolo exacerbado a exigir certo incremento da basilar como forma de se conferir adequada reprovação ao crime de inegável e concreto impacto sobre a higidez física e psíquica de incautos usuários, nos termos do artigo 42 da Lei nº. 11.343/06, lamentada a inércia da Justiça Pública a impedir a revisão do julgado.

Sobre o tema já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça ao assentar que "*O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida – 13 (treze) pedras de "crack" – justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3*" (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje de 05-06-12).

Do mesmo modo, "*Em se tratando dos crimes previstos na Lei de Drogas, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06*" (STJ, AgRg no HC 244370/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 19-12-2014).

Também "*Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas*

Acesso ao Sumário

acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes" (STJ, HC 187330/MG, Relator Ministro GILSON DIPP, DJe 19-05-2011, grifei).

Na segunda etapa da dosimetria, a reprimenda foi pifiamente exacerbada de um sexto (1/6) em face da reincidência específica e da agravante representada pelo cometimento do crime durante estado de calamidade pública (artigo 61, I, "j", do CP) atrelada à pandemia de covid-19, chegando-se ao patamar definitivo de cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, mais multa no importe de quinhentas e oitenta e três (583 diárias, unidade no piso, à míngua de outras causas modificadoras.

Aqui, inegável que o tráfico se verificou em momento de calamidade pública, pouco importando eventual flexibilização decretada pelo Estado ou Município, que editam normas sanitárias justamente em virtude do quadro pandêmico e consoante Decreto Legislativo nº 06/20.

De qualquer forma, observa-se que a duplicidade de agravantes exigia incremento mais severo, ainda mais porque a condenação pretérita e definitiva decorre de crime idêntico a desnudar a **reincidência específica** (fls. 72/73).

"*Hipótese em que a **fração de 1/3**, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se no fato de ser o paciente reincidente específico, argumento que se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes*" (STJ, HC 348170/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 26/04/2016, grifei e destaquei).

"*2. Verificando-se que a reincidência operou-se em razão de condenação anterior por idêntico delito ao em exame, mostra-se proporcional a motivação apresentada para a manutenção do aumento da pena, na segunda etapa da dosimetria, pelo reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP*" (STJ, HC 356841/SP, Relator JORGE MUSSI, julgado 28-6-2016).

"*2. Verificando-se que a reincidência operou-se em razão de condenação anterior por idêntico delito ao em exame* – tráfico de drogas –*, mostra-se proporcional a motivação apresentada para a manutenção do aumento da pena em **1/3 (um terço)**, na segunda etapa da dosimetria, pelo reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP*" (STJ, HC 340783/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, julgado 18-10-2016, sem grifo e destaque no original).

Precedente da mais alta Corte não discrepa: "*A reincidência específica é agravante que sempre determina a exacerbação da pena, inclusive em maior grau do que a recidiva genérica, por evidenciar que o réu persiste na senda do crime*" (STF, HC 101918/MS, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, grifei).

Despropositada a atenuante da confissão aventada pela Defesa.

A propósito, imperioso repisar que o apelante assumiu apenas a posse dos tóxicos, negando o tráfico (fls. 14 e *link* a fls. 142).

Acesso ao Sumário

Na hipótese, a reforçar a lógica, depara-se com a Súmula 630 do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual "*A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio*".

De qualquer forma, como já assentou o Supremo Tribunal Federal, "*A atenuante da confissão espontânea* é inaplicável às hipóteses em que o agente é preso em flagrante" (STF, HC 102.002, grifei).

"*A prisão em flagrante é situação que afasta a possibilidade de confissão espontânea, uma vez que esta tem como objetivo maior a colaboração para a busca da verdade real*" (STF, HC 108.148, sem grifo no original).

No mais, desimportante a discussão, porquanto, mesmo que se verificasse a atenuante em pauta, duplicidade de agravantes, especialmente a reincidência, prevalente sobre circunstância cogitada via apelo, obstaculizaria a compensação, tal como assentou a **SUPREMA CORTE** de forma pacífica (RHC 115994/DF, Relatora Ministra CARMEM LÚCIA; HC 108.391/MG, Relator Ministro DIAS TOFFOLI; RHC 120677/SP, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI; HC 105543/MS, Relator Ministro ROBERTO BARROSO; RE 942066/GO, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA).

Descabida a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxico ante óbice legal expresso representado pela reincidência.

De resto, acertadamente, estipulou-se o regime fechado para início de cumprimento da corporal, único adequado ao crime de natureza hedionda, a par da recidiva também impedindo tratamento carcerário menos severo.

Incogitáveis, ainda, a substituição da corporal e a concessão de "sursis" em razão do montante da sanção e da recidiva reportada.

À vista do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU**, mantendo a sentença impugnada.

Comunique-se.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500244-65.2020.8.26.0546, da Comarca de Itapira, em que é apelante DÊNIS BERNARDO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: De-

ram parcial provimento ao recurso para anular o processo, a partir da denúncia (inclusive), remetendo-se os autos ao Juizado Especial Criminal, para o seu regular processamento. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.748)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 5 de julho de 2021.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Tráfico de entorpecentes. Insuficiência do conjunto probatório. Quantidade de "crack" portada pelo réu que é compatível com o consumo corriqueiro de usuários adictos. Elementos apontados como indicativos da traficância que são coincidentes com os de porte para uso. Desclassificação para o delito do art. 28 da Lei de Tóxicos e, com ela, a anulação de todo o processo, desde a denúncia (inclusive). Remessa ao Juizado Especial Criminal para fins de avaliação da transação penal. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Acrescenta-se ao relatório da r. sentença de fls. 153/158 que a ação penal foi julgada procedente, condenado o réu Denis Bernardo dos Santos à pena de seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento seiscentos e oitenta dias-multa, no piso, pela prática do crime previsto no aet. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Apela o réu. Alega, em síntese, insuficiência do conjunto probatório. Pede a absolvição e, subsidiariamente, a redução da pena-base, o afastamento da majorante do art. 40, inciso III, da Lei de Tóxicos, a concessão do redutor do art. 33, § 4.º, do mesmo diploma, com a fixação de pena substitutiva e o regime mais brando (fls. 188/192).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 200/208), e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento, para reduzir a pena (fls. 223/240).

É o relatório.

Segundo se apurou, no dia 15 de agosto de 2020, o apelante trazia consigo, para fins de tráfico, 25 porções de *crack*, com peso aproximado de 8g, substância esta que determina dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Acesso ao Sumário

A materialidade está devidamente demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fl. 7, pelos laudos de fls. 139/141 e 142/147 e pelas demais provas produzidas.

O réu, na fase policial, exerceu seu direito constitucional ao silêncio (fl. 14). Em juízo, afirmou que portava o entorpecente para consumo próprio. Acrescentou que os guardas sempre o abordavam, mas era liberado (fls. 151/152).

Os guardas civis municipais Thiago Castiglioni e Joel Cassio Martins, em depoimentos harmônicos e complementares, em ambas as fases, narraram que foram comunicados por transeuntes de que o acusado estaria praticando a traficância no local dos fatos. Informaram que se dirigiram para lá, abordaram-no e, com ele, localizaram diversas pedras de *crack*. Disseram que o local é afamado ponto de traficância e que o apelante também é conhecido nos meios policiais pela prática, registrando incursões na menoridade (fls. 5, 6 e 151/152).

Com o devido respeito ao entendimento da culta sentenciante, é o caso de absolver o apelante. Indicou a MM. Juíza *a quo*, como elementos de convicção, a natureza e a quantidade da droga, o local em que o apelante foi apreendido, seu histórico e a validade dos depoimentos dos guardas civis.

Pois bem, a natureza da droga, por si só, é claro, nada significa: se todos os que trazem *crack* consigo fossem traficantes, o comércio já teria acabado há muito tempo – quem as compraria? Infelizmente, como todos sabem, não é assim. É certo que a Lei de Drogas, no art. 28, § 2.º, determina que, para determinar se a droga se destina ao comércio, "o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida"; porém, há de tomá-las **em conjunto**: é claro que o consumo de maconha é maior, em quantidade absoluta, que o de *crack*. Assim, importa mesmo é verificar a quantidade.

E este argumento, aqui, chega a ser – infelizmente – patético: a triste realidade, conhecida de todos, é que 6,15g de *crack* (cf. fl. 140) são consumidos por um usuário em horas, quiçá minutos. Mas, se se deseja algo de mais "científico", um estudo realizado pela FIOCRUZ, em parceria com o Ministério da Saúde, apontou que "os usuários de *crack* e/ou similares **referem consumir**, num dia 'normal' (padrão) de uso, **13,42 pedras/porções destas drogas** (IC95%: 11,97-14,88). Obviamente, não há como definir de forma minimamente precisa o peso em gramas e conteúdo do que cada usuário denomina pedra".[1] (destaquei)

Este estudo confirma outro anterior, realizado por profissionais da Escola Paulista de Medicina - Universidade Federal de São Paulo (Unifesp/EPM), num período de onze a cento e vinte meses, que concluiu que "[a] quantidade de 'crack' consumida nesses períodos variou de 1 a 15 gramas por dia, sendo a mediana 3g"[2]. É dizer: a quantidade que o réu trazia é, em unidades, equivalente

1 BASTOS, Francisco Inácio *et al* – org. **Pesquisa nacional sobre o uso de crack**. Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014, p, 62 – (endereço eletrônico constante no texto original).

2 SILVEIRA, Dartiu X da *et al*. **Fatores associados a perfusão cerebral anormal em dependentes**

Acesso ao Sumário

ao consumo por dois dias e, em peso, pode chegar a não durar um dia (em um uso médio contínuo de 80 meses, segundo o primeiro estudo, a compra para uso ao longo de dois dias é razoável).

A quantidade apontada como suficiente para a traficância é muito relativa, pois o perfil do usuário de *crack* é o indivíduo arruinado, paupérrimo, que comete pequenos furtos ou mendiga e usa os trocados que obtém para comprar droga. Para atender a essa massa, o peso da unidade é proporcionalmente adaptado a ponto de atingir décimos de grama, sempre o menor possível pela versatilidade e conveniência de não deixar ninguém sem *crack*, por menos dinheiro que tenha.

Dito de outro modo, o tráfico não deixará de vender *crack* para quem tem R$ 1,00 por não dispor de porção condizente com este valor; também não se ocupará de personalizar os tamanhos dos pacotes de entorpecente para quem tem mais: se o usuário dispõe, por exemplo, de R$ 5,00, vai sair com uma pedra. Se aparecer com R$ 500,00, vai levar cem, não um "*pack*" de pedras maiores, sem que, em razão disso, deixe de ser usuário.

Acerca do indício de ter sido o acusado preso em conhecido ponto de tráfico, o argumento, com o maior respeito, não faz sentido. Se um indivíduo com um pacote de açúcar União fosse visto na porta de um supermercado, isto aumentaria as "evidências" de que ia vendê-lo? Claro que não; afinal, quem compra algo compra-o onde costuma ser vendido.

Todas as características da ocorrência indicam, sim, a existência de um crime, mas que crime? A eventual concentração de pessoas em um mesmo local pode indicar tanto a traficância quanto o uso comum (aliás, o usuário de *crack* raramente é visto sozinho; pelo contrário, está sempre em grandes aglomerações). É sempre difícil crer que alguém abandonou o vício de drogas (até do cigarro comum), por que seria crível que alguém que foi pego com 6,15g de *crack* não o usa? Até porque as circunstâncias mostram que, se ele é traficante (pode muito bem sê-lo: apenas, a meu ver, não há prova alguma disto) é para poder usar a droga.

Não há nem mesmo a famigerada "confissão informal" feita aos agentes da lei, no momento da prisão. Eles o prenderam enquanto estava com o tóxico consigo, sem flagrar qualquer ato de mercancia. Referiram, sim, a denúncia anônima (que não pode ser valorada sequer como indício) e o passado réu, quando da menoridade, informação esta que não consta dos autos. Pouco importa também: não é porque um indivíduo é criminoso contumaz – mesmo traficante – que não poderá ser, também, um usuário de entorpecentes.

Acesso ao Sumário

Sintetizando: sempre com o maior respeito, não vejo nos autos **nenhuma** evidência de que a droga se destinasse ao comércio; daí por que diante da dúvida insanável, recomendam a prudência e a justiça a manutenção da solução mais

de cocaína. Rev. Bras. Psiquiatr. [online]. 2001, vol. 23, n.º 1, pp. 9/14 – (endereço eletrônico constante no texto original).

favorável ao réu, reconhecendo-se o *non liquet* quanto ao delito de tráfico, sendo até preferível absolver um traficante a condenar um usuário por delito muito mais grave.

Como se trata de réu primário, tem direito à aplicação da Lei do Juizado Especial Criminal e, nesta, à transação penal. De tal sorte, é necessário anular a denúncia e, aplicando o art. 383, § 2.º, do Código de Processo Penal, remeter os autos ao juízo competente.

Pelo exposto, meu voto **dá parcial provimento** ao recurso para **anular** o processo, a partir da denúncia (inclusive), remetendo-se os autos ao Juizado Especial Criminal, para o seu regular processamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500526-03.2020.8.26.0062, da Comarca de Bariri, em que é apelante MARCIO CORRADINI, é apelado 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: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.312)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EXTORSÕES e AMEAÇAS – Autoria e materialidade delitivas nitidamente delineadas nos autos – Absolvição ou desclassificação das extorsões para exercício arbitrário das próprias razões – Impossibilidade – Alegação de inexistência de grave ameaça, bem como que o pai entregava, de bom grado, dinheiro que lhe pertencia, inclusive, por conta de herança – Firmes e seguras palavras dos ofendidos sobre as ameaças e constrangimentos – DESOBEDIÊNCIA – Descumprimento de medida protetiva que encontra consequências jurídicas específicas, nos termos da Lei 11.340/06, bem assim a decretação

Acesso ao Sumário

de prisão preventiva – Crime de caráter subsidiário – Conduta atípica – Recurso defensivo parcialmente provido para absolvição do crime de desobediência, mantendo-se, no mais, a r. sentença.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **MARCIO CORRADINI** contra a r. sentença de fls. 124/128 que o condenou por incursões, em continuidade delitiva, ao art. 158, *caput* e § 1º, do Código Penal e, ainda, em concurso material com o art. 330, ambos c.c. art. 61, II, "e" e "h" e, por fim, com o art. 147, *caput*, do mesmo Estatuto Repressivo, a **07 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, mais 01 mês e 15 dias de detenção, em regime inicial fechado, além de 16 dias-multa, no piso.**

Consta da denúncia, resumidamente, que na noite de 20 de junho de 2020, em horário incerto, o réu constrangeu seu genitor Urbano Corradini, idoso com 78 anos de idade, mediante grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica consistente na quantia de R$ 8.300,00 a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. Na tarde de 04 de agosto do mesmo ano, por volta das 16h30, o réu desobedeceu ordem legal de funcionário público, consistente em decisão judicial proferida nos autos nº 1500370-15.2020.8.26.0062 que decretou medidas cautelares pessoais alternativas à prisão em seu desfavor e, nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço, por duas vezes, constrangeu seu genitor Urbano Corradini, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica consistente na quantia de R$ 15.600,00, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. Consta, por fim, que nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço, ele ameaçou, por palavras, a vítima Eliana Cristina Bueno da Costa Corradini de causar-lhe mal injusto e grave.

Segundo apurado o réu exigia constantemente dinheiro de seu genitor, pessoa idosa, para aquisição de drogas ou pagamento de dívidas e, em 20 de junho de 2020 o constrangeu, mediante ameaça de atear fogo em sua casa, obrigando-o a lhe entregar R$ 8.300,00. Após tal fato, foram decretadas medidas cautelares de proibição de manter contato com a vítima, por qualquer meio de comunicação; de aproximação a menos de 200, e afastamento do lar do idoso. Intimado da decisão judicial, contudo, o réu a descumpriu e invadiu a residência do idoso para novamente extorqui-lo e, desta vez, portando um fuzil de amolar facas, constrangeu seu genitor, mediante ameaça ao dizer que se ele chamasse a polícia "iria enfiar o fuzil na sua barriga", exigindo R$ 15.600,00. Visando pedir socorro e distrair o investigado, a vítima dirigiu-se até a casa de seu outro filho, local em que sua nora Eliana foi ameaçada pelo réu que disse que "*sabia onde*

Acesso ao Sumário

o filho dela trabalhava e que iria mata-lo" e "*que iria pegar a vítima e bater, além de tacar fogo em sua casa; ainda iria pegar o marido dela e sua outra filha*". Após tais fatos, a vítima Urbano encontrou o investigado na via pública, oportunidade em que foi constrangido mais uma vez pelo réu que, visando obter indevida vantagem econômica o ameaçou dizendo: "*se você não me arrumar o dinheiro até amanhã, você vai ver o que vai te acontecer. pode esperar (sic)*" (fls. 01/04).

Inconformado, busca a absolvição por atipicidade das extorsões, principalmente por conta dos depoimentos contraditórios da vítima e, ainda, "ANTE A AUSÊNCIA DE 'GRAVE AMEAÇA', *vez que não infundiu temor em ninguém, pois a dita ameaça proferida por Marcio, não teve o condão de intimidar a vítima, seu pai" (sic),* já que saíram juntos, a passeio, em direção à casa do outro filho. Alega, ainda, ter havido mero crime famélico, pois precisava do dinheiro para comprar comida, pagar a mercearia e a lanchonete e, de outro lado, porque "*tem DIREITO no dinheiro que seu pai tem guardado para o acusado e também de herança da mãe, que o pai finge ignorar, desfrutando sozinho desta herança" (sic)* e, por isso, busca a desclassificação para exercício arbitrário das próprias razões. Quanto à desobediência, afirma que a previsão de sanções específicas na Lei Maria da Penha afasta sua tipicidade e, subsidiariamente, quer a revisão das penas, notadamente na terceira fase, e abrandamento do regime prisional com substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 156/175).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 181/190), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 205/209).

Relatei.

Os boletins de ocorrência (fls. 08/09, 27/28 e 31/32) e a prova oral, colhida e armazenada digitalmente e disponibilizada por meio de links: (*endereço eletrônico constante no texto original*) e (*endereço eletrônico constante no texto original*), não deixam dúvidas sobre autoria e materialidade delitivas.

Na primeira oportunidade que teve para se defender MARCIO informou que sempre ingeriu grandes doses de bebida alcoólica e, nas oportunidades em que ameaçou seu genitor, sempre estava alcoolizado. Afirmou, ainda, estar cumprindo as Medidas Protetivas, mantendo-se distante de seu pai e, inclusive, tentando afastar-se da bebida, pois sabe que a mesma o deixa com um temperamento agressivo (fls. 10).

Dias depois, contudo, seu pai informou o descumprimento das medidas protetivas que havia alcançado por conta de extorsão praticada pelo filho que, em 04 de agosto, voltou a entrar em sua casa, desta feita exigindo R$ 15.600,00 para pagamento de dívidas a traficantes. Explicou ter dito que não tinha dinheiro e que chamaria a Polícia, quando então o autor, de posse de um fuzil de amolar facas, o ameaçou dizendo que: "*se chamasse a polícia, ele enfiaria o fuzil em*

Acesso ao Sumário

minha barriga". Temeroso, tratou de distrair o filho dizendo que fossem até à casa do outro filho para ver se conseguia o dinheiro e, chegando lá, na presença de sua nora, tentaram argumentar que não tinham o dinheiro exigido, mas ele não aceitou e passou a discutir, ameaçando também a nora do declarante, bem como ao marido dela e filhos, dizendo que "mataria todos" (fls. 29).

Em juízo explicou que houve outras ocasiões em que seu filho o ameaçou pedindo dinheiro, na última R$ 15.600,00. Disse que antes havia entregado R$ 8.000,00 e uma motocicleta e que, "ultimamente", o réu tentou agredi-lo. Relatou ter procurado primeiro a área da saúde, pois viu que o caso de seu filho seria de internação, mas como não conseguiu, precisou "pelejar" na Delegacia. Afirmou que o réu o ameaçou dizendo que amigos dele tacariam fogo em sua casa e o cortariam no meio e que, depois de já ter entregado dinheiro para o filho, disfarçou indo à casa do outro filho.

Ao MP disse que ultimamente, nos últimos dias, tinha medo do filho e que, seu plano, era interna-lo. Questionado sobre os fatos descritos na inicial confirmou a ameaça sofrida quando entregou R$ 8.300,00 ao filho, o descumprimento de medidas protetivas e a nova extorsão, quando MARCIO pegou o fuzil de amolar e, sem falar nada, o ameaçou, tendo desviado do golpe. Negou, contudo, ter presenciado seu filho ameaçar a nora, mas confirmou que naquele mesmo dia o encontrou na rua, oportunidade em que mais uma vez foi por ele ameaçado.

À defesa relatou que o réu morou com ele até cerca dos 20 anos de idade, ocasião em que comprou uma casa para ele, que se mudou, mas retornava para pedir dinheiro. Disse que seu filho era trabalhador, fazia bicos, e que a mãe dele morreu em 2009. Questionado se a mãe deixou herança disse que tem "duas casinhas humildes, só" e, como tem só dois filhos, "vai deixar uma para cada um", embora não tenha feito inventário ainda. Perguntado se o dinheiro que entregava ao filho era da herança disse que não, que o ganhou "com seu suor".

Eliana Cristina Bueno da Costa Corradini contou que estava em casa quando seu sogro Urbano Corradini, embora estivesse amparado por medidas protetivas em razão de constantes extorsões, chegou acompanhado do filho MÁRCIO que, na ocasião, exigia R$ 15.600,00. Explicou que ele e o sogro diziam que não tinham o dinheiro, mas MÁRCIO o exigia e, durante discussão, a ameaçou dizendo que: "*sabia onde meu filho trabalhava... que ia pegar ele e matar ele...*" (sic) e que "*ia me pegar e bater... que ia tacar fogo na minha casa... que também ia pegar meu marido e minha outra filha...*" (*sic*). Manifestou, por fim, seu desejo em representar contra o autor, uma vez que está temerosa em relação às ameaças que sofreu, extensivas a seus familiares (fls. 30).

Em juízo confirmou ter sido ameaçada. Contou que o réu foi até seu portão com seu sogro e, quando pediu que ele fosse embora, lembrando-o que não

poderia se aproximar do pai e avisando que chamaria a Polícia, ele passou a xinga-la e ameaçar tacar fogo em sua casa e matar todo mundo – seu esposo e filho, por conta de dívidas de drogas. Explicou que MARCIO queria que ela, ou o pai dele, lhe entregasse dinheiro vindo a saber, depois dos fatos, que ele extorquia o pai. Afirmou que seu marido tentou dissuadir Urbano para que não entregasse dinheiro ao réu, que foi usuário de drogas e acredita que voltou a usar, pois acabou com o dinheiro do pai, que não tem mais nada. Contou que MARCIO já havia sido preso e que tentaram interna-lo, mas ele não ficava, tendo buscado ajuda-lo com remédios, que ele não aceitava, pois tem um distúrbio na cabeça e, com a droga, fica pior.

Ao MP explicou que Urbano entregou dinheiro diversas vezes a MARCIO, sempre sob ameaça, segundo seu sogro contou, embora não tenha visto. Ouviu, ainda, que um traficante foi na casa do Urbano e, no dia dos fatos, viu na casa do ofendido marcas do amolador que, segundo a vítima, foi usado para ameaçar.

À Defesa explicou que depois que MARCIO "pediu dinheiro" para seu sogro, Urbano contou que foi ameaçado. Disse que seu marido levou Urbano até o banco e tentou impedir que ele sacasse, mas ainda assim ele retirou o dinheiro e entregou ao réu, acredita que por conta das ameaças que sofria. Urbano diz que toda sexta-feira o réu ia pedir dinheiro e, inclusive, comprou para ele uma moto, escondido.

Interrogado em juízo o réu alegou que trabalhava como servente de pedreiro "desde a infância", deixando todo o dinheiro com seu pai e, depois que sua mãe morreu, pediu R$ 8.300,00 que seu pai entregou e usou para pagar contas da mercearia e lanchonete. Afirmou que passados alguns dias seu pai prometeu lhe dar mais 15.600,00, que não entregou. Questionado sobre eventual razão para a acusação do pai, disse que foi intimado sobre a medida protetiva, oportunidade em que explicaram que se não a cumprisse seria preso, tendo acreditado ter sido esse o motivo de sua prisão.

Disse que na ocasião dos fatos estava alcoolizado e foi xingar sua família, arrependendo-se disso. Negou, contudo, ter proferido qualquer ameaça. Disse que seu pai o internou uma vez e sempre diz que não é filho dele, xingando-o e, no dia, o xingou de volta. Questionado sobre a ameaça à cunhada disse que seu pai afirmou que lhe daria o dinheiro, mas que antes queria passar na casa do irmão, mas como sabia que ele não estava em casa, não queria ir, o que fez somente quando o pai afirmou que iria pegar o dinheiro e lhe entregar. Afirmou que lá chegando a cunhada o xingou de vagabundo e, nervoso, a xingou de volta, mas não ameaçou.

À defesa alegou que seu pai trata melhor seu irmão do que ele, tendo sido sempre "esfarrapado" e xingado, pois seu pai fala que não é filho dele. Seu pai

Acesso ao Sumário

deu R$ 100.000,00 para ajudar o irmão e, quando pediu dinheiro para pagar contas de lanchonete e mercearia, ele o acusou sentindo- se, por isso, rejeitado. Repetiu que o dinheiro que pede é seu, pois quando trabalhava deixava com ele. Alegou que sua mãe era empregada e dava tudo que ganhava para seu pai que, para ficar com o dinheiro dela, a internou num manicômio, sem necessidade. Afirmou que seu pai tem uma casa no centro da cidade que vale R$ 230.000.00 e outra no bairro, entre R$ 100.000,00 e R$ 120.000.00. Asseverou, por fim, acreditar que tem direito a elas, mas que seu pai não abriu o inventário e só deu R$ 8.300,00 "com a mão dele" – foi no banco, sacou e entregou dinheiro que já era seu.

Diante de tal panorama não restam dúvidas sobre a ocorrência das condutas descritas na inicial.

A alegação defensiva de que nunca proferiu ameaças ou extorquiu o pai vai de encontro às medidas cautelares obtidas judicialmente, bem como às palavras dos ofendidos pai e cunhada do réu, que motivo algum teriam para uma falsa acusação.

Questionado, aliás, sobre eventual intenção do genitor em prejudica-lo, o réu primeiro silenciou, mas ao ser novamente indagado por sua defensora, alegou ser tratado com desprezo pelo ofendido que, além de negar a paternidade, teria doado R$ 100.000,00 ao irmão, silenciando, entretanto, sobre o imóvel em que morou ao deixar a casa do pai.

Sua alegação, ainda, de que depois que a mãe morreu, deixando herança para ele, pediu dinheiro ao pai, não se coaduna com a informação de que sua genitora faleceu em 2009, cerca de uma década antes dos primeiros fatos aqui tratados.

Ficou claro no conjunto probatório, de qualquer modo, que Urbino sentia-se ameaçado pelo filho, tanto que buscou e alcançou medidas protetivas, não convencendo a tese defensiva de que, ao sair com o réu em direção à casa do irmão dele, foram "passear".

Não convence, ainda, a alegação de que tudo não passou de crime famélico, pois nenhuma das condutas, segundo a prova dos autos, foi movida pela fome, sendo incrível que em três ou quatro meses o réu tivesse feito dívidas de R$ 15.600,00 numa mercearia e lanchonete, tanto que deixou de juntar provas nesse sentido, o que não seria difícil.

Impensável, de outro lado, a desclassificação para exercício arbitrário das próprias razões.

O réu, 28 anos depois de sair da casa do pai, alega ter deixado com o genitor todo o dinheiro que auferiu trabalhando como servente de pedreiro desde a infância e, ainda, que os imóveis deixados por sua mãe seriam seus de direito.

Olvida, contudo, que do monte-mor, em caso de inventário, seu quinhão

Acesso ao Sumário

seria de somente ¼.

De qualquer modo, como bem apontado na r. sentença, não se verifica dolo ou intuito característico de exercício arbitrário das razões, pois as exigências realizadas foram desconexas com qualquer fundamento, nem direcionados a fazer valer qualquer direito, mas consoante firme relato das vítimas, o móvel foi a expropriação do patrimônio do genitor, o que fez mediante graves ameaças.

De absolvição, portanto, em relação aos crimes de extorsão e ameaça, não cabe sequer cogitar-se.

Na hipótese dos autos, contudo, a desobediência possui caráter subsidiário e não resta caracterizada nos casos em que a própria legislação impõe sanção de natureza civil ou administrativa à aludida desobediência.

In casu, o descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06 encontram consequência específica (prisão preventiva), prevista no artigo 20 da mencionada Lei e no artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal.

Acerca do tema, remansoso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, materializado nos seguintes julgados:

> *"RECURSO ESPECIAL. DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CP. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. IMPOSIÇÃO COM AMPARO NA LEI MARIA DA PENHA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PREVISÃO DE SANÇÕES ESPECÍFICAS NA LEI DE REGÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que para a caracterização do crime de desobediência não é suficiente o simples descumprimento de decisão judicial, sendo necessário que não exista cominação de sanção específica. 2. A Lei n. 11.340/06 determina que, havendo descumprimento das medidas protetivas de urgência, é possível a requisição de força policial, a imposição de multas, entre outras sanções, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal. 3. Ademais, há previsão no art. 313, III, do Código de Processo Penal, quanto à admissão da prisão preventiva para garantir a execução de medidas protetivas de urgência nas hipóteses em que o delito envolver violência doméstica. 4. Assim, em respeito ao princípio da intervenção mínima, não se há falar em tipicidade da conduta imputada ao ora recorrido, na linha dos precedentes deste Sodalício. 5. Recurso especial a que se nega provimento."* (REsp 1477671/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 02.02.2015).

> "HABEAS CORPUS. *IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. LEI MARIA DA PENHA. POSSIBILIDADE DE PRISÃO PREVENTIVA. FAL-*

Acesso ao Sumário

TA DE JUSTA CAUSA PARA O DELITO DO ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM EX OFFICIO.

1. (...)

2. O descumprimento de medida protetiva, no âmbito da Lei Maria da Penha, não enseja o delito de desobediência, porquanto, além de não existir cominação legal a respeito do crime do art. 330 do Código Penal, há previsão expressa, no Código de Processo Penal, de prisão preventiva, caso a medida judicial não seja cumprida.

3. (...)

4. Impetração não conhecida, mas concedida a ordem, ex officio, para trancar a ação penal pelo crime de desobediência, em razão da falta de justa causa." (HC 293.848/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 16.09.2014 – destaquei).

Não se olvida que em 2018 a Lei 13.641 inseriu no ordenamento jurídico o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, como foi o caso dos autos, ao introduzir o artigo 24-A na Lei Maria da Penha prevendo como crime a conduta de "*descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei*" com pena de detenção de 03 meses a 02 anos.

O réu, contudo, foi processado e condenado por "*Desobedecer a ordem legal de funcionário público*", conduta prevista no art. 330 do Código Penal com pena de detenção de 15 dias a 06 meses, e multa.

Estar-se-ia, portanto, diante de caso de *emendatio libelli* que, entretanto, implicaria em resposta jurisdicional mais gravosa, obstada pela proibição da *reformatio in pejus*.

A dosimetria, de qualquer modo, foi realizada com critério e correção e, pudesse ser modificada, seria para seu recrudescimento.

O culto magistrado partiu, corretamente, das penas-base rasas, diante da primariedade e ausência de quaisquer circunstâncias negativas, fixando-as em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa pelo crime de extorsão e 01 mês de detenção pelo crime de ameaça.

Na segunda etapa, contudo, embora admitindo a presença de duas agravantes – art. 61, II, alíneas "e" (crime praticado contra ascendente) e "h" (contra idoso), optou pela exasperação das penas da extorsão em somente 1/6, conduzindo-as a 04 anos e 08 meses de reclusão, mais 11 dias-multa.

Diante da inércia ministerial neste ponto e, mais uma vez, da proibição da *reformatio in pejus*, nada há para ser feito nessa fase.

Na terceira fase, presente o emprego de arma numa das extorsões, a pena do crime foi elevada em 1/3, chegando ao patamar de 06 anos, 02 meses e 20

Acesso ao Sumário

dias de reclusão, mais 14 dias-multa que, na sequência, pela continuidade delitiva, sofreu exasperação em 1/6, restando fixada definitivamente em 07 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, mais 16 dias-multa.

Os crimes de ameaça, um contra o pai e outro contra a cunhada, malgrado o primeiro também tenha sido praticado contra ascendente e idoso, tiveram as penas mantidas no mínimo legal e, no momento do cúmulo material, uma delas foi desprezada, mais uma vez beneficiando o réu que, por isso, não tem do que reclamar.

O cúmulo material, por fim, agora afastada a condenação pela desobediência, leva as penas, em definitivo, a 07 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, mais 16 dias-multa, bem como a 01 mês de detenção, tal qual lançadas no juízo monocrático.

O regime prisional, de outro lado, foi corretamente eleito, considerando o montante da pena, a gravidade do concurso de crimes e as circunstâncias negativas (contra ascendente e idoso) sendo impossível, por fim, a substituição por pena alternativa ou *sursis* diante do montante da pena, das circunstâncias desfavoráveis mencionadas e prática de delitos com violência ou grave ameaça, razão pela qual ausentes os requisitos do art. 44, inciso III, e art. 77, II, ambos do Código

Posto isto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação interposta e, absolvendo MARCIO CORRADINI da acusação de ter infringido o art. 330 do Código Penal, mantenho sua condenação, por dupla incursão, em continuidade delitiva, ao art. 158, *caput* e § 1º, c.c. art. 61, II, "e" e "h" do Código Penal, em concurso material com o art. 147, *caput*, do mesmo Estatuto Repressivo, a 07 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, mais 1 mês de detenção, em regime inicial fechado, além de 16 dias-multa, no piso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002501-91.2018.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOÃO BAPTISTA 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: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.153)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES

Acesso ao Sumário

BARBOSA DIODATTI (Presidente) e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso – Crime tipificado no artigo 105, do Estatuto do Idoso – Absolvição – Pleito ministerial pugnando pela condenação – Para a configuração do delito em espécie, não se faz necessário que a veiculação injuriosa seja de caráter coletivo – Tipos penais previstos no Estatuto do Idoso tutelam qualquer pessoa maior de 60 anos – Veiculação de informações depreciativas contra vítima maior de 60 anos – Conduta que se subsumiu perfeitamente ao tipo previsto no artigo 105, da Lei nº 10.741/03 – Prova amealhada aos autos que se reveste de contundente robustez, plenamente apta, portanto, a ensejar a condenação do réu – Recurso ministerial provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. sentença de fls. 345/348, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a denúncia para absolver **JOÃO BAPTISTA DA SILVA**, devidamente qualificado nos autos do processo, da imputação a ele intentada pela prática do delito inserto no artigo 105, do Estatuto do Idoso, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Pretende, com o presente recurso ministerial, a reforma da r. sentença recorrida, objetivando a condenação do apelado nos exatos termos da denúncia, tendo em vista que, para a configuração do delito imputado ao réu, não se faz necessário que a veiculação injuriosa seja de caráter coletivo, sendo suficiente, para a sua configuração, que tenha como vítima qualquer pessoa maior de 60 (sessenta) anos (fls. 355/358).

Acesso ao Sumário

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões às fls. 366/373, vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo provimento do apelo (fls. 388/391).

É o relatório.

O recurso interposto merece provimento.

O apelado foi denunciado com incurso nas sanções do artigo 105, do Estatuto do Idoso, pois, nas condições descritas na exordial acusatória, por diversas vezes, em datas incertas, porém durante o ano de 2018, exibiu e veiculou, por qualquer meio de comunicação (sítio da internet – (endereço eletrônico constante no texto original) informações depreciativas e injuriosas à pessoa de Jesus Adib Abi Chedid, prefeito da cidade de Bragança Paulista, à época com 79 (setenta e nove) anos de idade.

Restou apurado que a vítima, nascida em 06 de agosto de 1938, é prefeito do município de Bragança Paulista, sendo considerada, por lei, pessoa idosa e, portanto, protegida pelo Estatuto do Idoso.

Apurou-se, ainda, que o réu, através de sítio eletrônico denominado "Joaninha do Toró", utilizando o endereço eletrônico (endereço eletrônico constante no texto original), publicou diversas informações depreciativas e injuriosas acerca do estado de saúde de Jesus Adib Abi Chedid.

Dentre as diversas publicações realizadas em seu site, o recorrido se referiu ao ofendido, bem como ao seu estado de saúde, de maneira depreciativa e pejorativa, chamando-o de "verme", "ancião moribundo", afirmando, ainda, que o funeral do atual prefeito da cidade de Bragança Paulista já vinha sendo preparado, pois o ofendido estaria "prestes a morrer", chamando-o, inclusive, de "pré-morto".

Finda a instrução processual, a MM. Juíza *a quo* julgou improcedente a ação penal, absolvendo o réu da imputação a ele intentada, sob o fundamento que, para a configuração do crime inserto no artigo 105, do Estatuto do Idoso, faz-se necessário que a conduta se dirija ao aspecto da vítima ser idosa, e não somente o fato de ter atingido pessoa maior de 60 (sessenta) anos.

Em que pese o entendimento da Magistrada de primeiro grau, razão assiste ao pleito ministerial, devendo o réu ser condenado nos termos da denúncia, não havendo como subsistir a r. sentença.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada nos autos por meio da Portaria de fls. 13/14, que instaurou o devido inquérito policial para apuração dos fatos, ofício de fl. 15, documentos de fls. 28/34, que demonstraram as publicações feitas pelo apelado no site "Joaninha do Toró", relatório final de investigação de fls. 70/74, bem como pela prova oral colhida.

A autoria também restou induvidosa.

A vítima, ouvida em Juízo, afirmou que leu todas as publicações feitas pelo recorrido, tendo se sentido muito ofendido, uma vez que o réu era seu amigo e frequentava o seu escritório. Disse, ainda, que as matérias atingiram também a sua família, esposa e filhos, pelo fato de ser político. Aduziu que foi prefeito de Bragança Paulista por quatro vezes, e duas vezes em Serra Negra. Tem 80 (oitenta) anos de idade e possui diabetes, sendo que, quando tal doença

Acesso ao Sumário

não está controlada, acaba por descontrolar, também, a sua pressão arterial.

A testemunha de defesa Fernão Dias da Silva Leme afirmou que também era político, esclarecendo, ainda, que era amigo do apelado, e não do ofendido. Por ser político, sabe que é necessário ter uma tolerância maior ante o que é comentado e o que é rotineiro, sendo certo que, com o advento da internet, as pessoas manifestam-se desejando a morte de diversos políticos, sendo que eles não buscam tomar providências. Tem conhecimento de que o réu trabalha com comunicação há muito tempo. Por fim, disse que já processou várias pessoas por conta de questões políticas, porém nunca teve êxito em nenhuma ação.

O réu, a seu turno, permaneceu silente em solo policial (fls. 41/43). Em Juízo, não obstante tenha sido devidamente intimado acerca da audiência de instrução e julgamento designada (cf. certidão de fl. 315), a ela não compareceu, razão pela qual foi decretada a sua revelia, desinteressando-se pela sorte do processo (fl. 316).

Por fim, dentre as publicações veiculadas pelo réu no portal "Joaninha do Toró", as quais foram devidamente juntadas aos autos às fls. 28/34, destacam-se os seguintes trechos:

"Sr. Joaninha

Você fala tanto que o prefeito Jesus irá morrer muito em breve. Pelo que sei, ele mora em Serra Negra, e toda sua família mora fora de Bragança.

Se ele morrer onde será sepultado o corpo dele? Em Serra Negra ou em Bragança?

"Irene.

Dona Irene.

Embora essa família não resida aqui em nossa cidade, "GRAÇAS A DEUS", pois quem iria querer ter um vizinho desses, qualquer dia eu conto a história dessa família em Itatiba, e porque vieram para nossa cidade, quando alguém deles morre, são enterrados aqui no Cemitério da Saudade, mas, cá entre nós, ***um verme a mais ou a menos, não vai fazer diferença, ou vai****?"*

"ISSO JÁ É FALTA DE RESPEITO

Já vem acontecendo em nossa cidade, bolão sobre o dia em que Jesus Chedid irá falecer. No bolão você terá que acertar, o dia mês de ano*. Há quem diga que está sendo muito procurado por apostadores.*

Bolão estes que já está sendo feito entre os funcionários municipais, entre funcionários de duas grandes indústrias aqui em nossa cidade e um Banco.

Quero alertar a esses fazedores do Bolão, que proíbam a Beth Chedid de fazer parte, pois ela sabe de coisas que nós não sabemos".

Acesso ao Sumário

"ATENÇÃO

Funcionários Municipais, parentes, familiares e amigos, na próxima terça-feira ***o pré-morto Jesus Chedid****, pretende aprovar um projeto de lei de n. 52/2017 que suspende praticamente todos os pagamentos de ações dos servidores municipais ".*

"SE A PL 52 FOR APROVADA

Vamos fazer um enterro simbólico do Jesus Chedid, assim ele saberá como será seu velório assim que bater as botas*".*

"MEU PAI MORREU HÁ 30 ANOS

Ou mais, sei lá, nunca me preocupei com isso, e pensando nele, estava redigindo uma carta para entregar ao Dr. Jesus Chedid para dar a ele.

Mas aí um amigo me disse que seria perda de tempo, pois conheceu meu pai e disse que ela era uma pessoa boníssima, honesta e um exemplo de chefe de família, ***e nunca andou biscateando e nem pagando putinha para fazer chupeta nele, e que logicamente estaria em um bom lugar, e que Jesus Chedid, depois de morto, não tem chances nenhuma de se encontrar com ele, pois na certa deverá ficar em setor diferente****".*

"Eu chego a triste e verdadeira conclusão:

Se denunciar no Ministério Público, Jesus Chedid, como está com os dias contados, não irá responder por nada, pois só se o chamarem em uma sessão espírita para isso.

Resumindo, elegendo um ancião moribundo para prefeito, é isto que está acontecendo*.*

A ratatuia que se encontra atualmente na prefeitura está mandando e desmandando na cidade, em benefício próprio.

Votou em Jesus... bem feito... levou no cú".

Diante da prova colhida, conclui-se que a condenação do recorrido, nos exatos termos da denúncia, é medida que se impõe, eis que o arcabouço probatório amealhado aos autos se revestiu de contundente robustez, plenamente apto, portanto, a ensejar o decreto condenatório.

Destaque-se que não há que se falar em mero exercício da liberdade de expressão e de pensamento, sendo certo que, consoante já decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, "*a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a veiculação de insultos ou de crimes contra a honra de terceiros, especialmente quando as expressões moralmente ofensivas – manifestadas com evidente superação dos limites da crítica e da opinião jornalísticas – transgridem valores tutelados pela própria ordem constitucional*." STF. ARE nº 891.647 ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª

Acesso ao Sumário

T, j. 15.09.2015).

Dessa forma, tem-se que as publicações veiculadas pelo réu extrapolaram os limites razoáveis que determinam, em um plano ético-jurídico, a prática da liberdade jornalística, descambando para o insulto e a ofensa, de modo a não fazerem jus à proteção constitucional.

Além disso, ao contrário do que entendeu a D. Magistrada de primeiro grau, o delito inserto no artigo 105, do Estatuto do Idoso não exige, para a sua configuração, que o crime seja cometido contra a coletividade de pessoas idosas, sendo suficiente que a veiculação de informações ou imagens depreciativas tenha como vítima qualquer pessoa maior de 60 (sessenta) anos.

Corroborando tal entendimento, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, ao analisar o referido tipo penal, estabelece que o sujeito passivo é o idoso, assim considerado todo indivíduo maior de 60 (sessenta) anos. Observa-se, ainda, que o referido jurista, em momento algum de sua análise, faz qualquer menção ao caráter coletivo do crime (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – vol. 1. 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 500).

Dessa forma, ao veicular informações depreciativas em relação à vítima, e sendo esta maior de 60 (sessenta) anos, percebe-se que a conduta do apelado se amoldou perfeitamente ao tipo penal inserto no artigo 105, do Estatuto do Idoso.

Registre-se, por fim, que o apelado, ao se referir ao ofendido, de forma depreciativa, como "**ancião moribundo**", revelou clara ofensa à sua condição de idoso, humilhando-o não apenas em razão do seu estado de saúde, mas também em virtude de sua idade.

Feitas essas considerações e atribuída a responsabilidade penal do réu, passa-se à dosimetria da pena.

Na primeira fase, em atenção ao disposto no artigo 59, do Código Penal, verifica-se que as condições não são inteiramente favoráveis ao recorrido, tendo em vista os maus antecedentes que ostenta (cf. folha de antecedentes de fls. 127/137). Observo, ainda, que o recorrido ostenta três condenações com trânsito em julgado, de modo que sopeso duas delas para efeitos de maus antecedentes, ao passo que a terceira será utilizada na segunda fase, para caracterizar a reincidência.

Anote-se, também, que as circunstâncias e consequências do delito não extrapolaram os limites inerentes ao próprio tipo penal, não havendo maior reprovabilidade na conduta do réu. Assim, considerando a presença de somente uma circunstância judicial desfavorável, promovo a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto), totalizando uma pena de 01 (um) ano de detenção, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa, no mínimo valor legal, montante este adequado para a reprovação e prevenção do crime cometido pelo réu.

Acesso ao Sumário

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (condenação nº 0003943-05.2012.826.0099, cf. 136), promovo o aumento das penas no patamar de 1/6 (um sexto), resultando em 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de detenção, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, no mínimo valor legal.

Na derradeira fase, não existem causas de aumento ou de diminuição, de modo que as reprimendas restam definitivamente fixadas tal como na etapa anterior.

Quanto ao regime prisional, de rigor a fixação do inicial semiaberto, uma vez que a condição de reincidente do réu impõe o estabelecimento de regime prisional mais gravoso, consoante disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que os maus antecedentes, bem como a reincidência que ostenta o réu impedem tal medida, por expressa previsão legal, a teor do artigo 44, inciso II, e § 3º, do Código Penal.

Assim sendo, e nestes termos, dá-se provimento ao apelo ministerial para condenar o réu **JOÃO BAPTISTA DA SILVA** como incurso nas sanções do artigo 105, do Estatuto do Idoso, ao cumprimento de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de detenção, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, no mínimo valor legal. Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0089588-09.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NIVEA MARIA DE ARAUJO RODRIGUES NASCIMENTO, 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 44.649)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 16 de julho de 2021.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Apropriação indébita – Apelante revel. Afirmação de exercício do "direito ao si-

lêncio", ao não se apresentar para interrogatório. Direito Constitucional ao silêncio que não se confunde com o ato rebelde de não se apresentar interrogatório que, hoje, vai além das perguntas sobre o tópico em julgamento, necessitando de informes quanto a pessoa. Ausente conhecimento prévio das perguntas, o exercício do "direito ao silêncio" se mostra desencontrado de forma lógica e legal como apresentado: pode a pessoa comparecer ao interrogatório e não responder perguntas; a ausência continua sendo ato de rebeldia. Consideração de ser o interrogatório momento de Defesa: ausente a interessada, nada trouxe a seu favor aos autos deste processo crime.

Afirmação de assinatura de confissão sob pressão, tão só esboçada em alegações, posto que rebelde a apelante, nada falou quanto a isso. Afirmação das vítimas e de testemunhas que comprovam a apropriação por razoável lapso temporal. Conduta típica demonstrada.

Art. 59, CP, a pena foi fundamentada. O critério trifásico foi observado em face dos autos, reconhecido o concurso de crimes. O regime prisional tem previsão legal.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Não se conformando com a R. decisão de fls. 825/829 dos autos, contra ela apresenta recurso de apelação NIVEA MARIA DE ARAUJO RODRIGUES NASCIMENTO, pedindo sua reforma. A apelante foi condenada por fato de período de janeiro de 2014 a julho de 2016, como incursa no artigo 168, § 1º., III, e três vezes – c.c. artigo 71, "caput", todos artigos do Código Penal, à pena de um ano, sete meses e seis dias de reclusão, em regime prisional aberto e com substituição – duas restritivas de direito –, e multa – 15 dias, no piso legal.

Não se conformando com a R. Sentença, apresenta apelação em que (fls. 890/895) a Defesa Apelante postula absolvição considerando insuficiente o conjunto probatório coletado sob o crivo do contraditório. Aponta divergências. Discorre quanto a variação de valores por diversos modos apresentados e que a apelante (fls. 892) "*não teve a mesma oportunidade de consolidar essa mesma versão em juízo, entretanto, sua ausência deve ser entendida tão somente como manifestação do seu direito ao silêncio*". Nega o dolo de apropriação. Princípio

Acesso ao Sumário

"in dubio pro reo".

Razões de apelação com tempestividade, com razões apresentadas, dada vista ao Ministério Público e ao Assistente de Acusação, que também arrazoaram. Pela Procuradoria de Justiça oficiante foi manifestado não provimento ao apelo, pela manutenção da sentença atacada em seus termos e extensão.

É O RELATÓRIO.

A apelante procurou justificar sua revelia dizendo ter exercido o "direito ao silêncio". "Data maxima venia", não há como se confundir os atos.

A revelia consiste em se tornar revel, rebelde, não acatar o chamado para comparecimento em Juízo. Comparecendo em Juízo, pode exercitar o "direito ao silêncio", nada falando.

Se pretender que, "não vou responder" já significa que não irá comparecer ao ato não atinge esse "direito ao silêncio", mas sim, a revelia. Mesmo porque, não tem como saber por antecipação, premonição que seja, o que lhe será indagado. Ademais, fazendo parte do conjunto probatório perguntas a respeito da pessoa que está sendo interrogada, estas não comprometem por qualquer modo a apreciação de provas.

A final, se tem que a apelante é revel mesmo, o que não podendo ser utilizado contra ela, também nenhum significado tem. Não compareceu porque não o quis fazer, direito que lhe assiste.

Mas como se coloca em variadas razões de apelação, oriundo da doutrina, que o interrogatório é meio de prova, meio e modo de Defesa, ausente do ato demonstrou que não quis exercitar esse Direito que lhe é concedido, nada trazendo para demonstrar alguma versão. Rejeito as ponderações, argumentos da Defesa Apelante em contrário a este entendimento, como um todo. A versão antípoda é repelida por esta conclusão.

Da prova colhida se tem que os representantes da empresa vítima afirmaram que sendo a apelante gerente financeira da empresa, recebendo pagamentos efetuados por clientes, veio a se apropriar de alguns cheques, os quais depositava em sua conta corrente, como também de valores em espécie, moeda corrente.

Ao ser questionada pelos sócios da empresa vítima, admitiu e assinou confissão de dívida que foi dita como sendo de R$ 10.000,00. Entretanto, apurados os fatos depois, chegou a R$ 250.000,00.

Foram ouvidas testemunhas, Letícia, Maria Lúcia e José Lenarte, que afirmaram desse modo.

O Laudo pericial de fls. 596/600 dos autos comprova o desvio de R$ 7.290,00.

A apelante assinou confissão de dívida. Agora, em razões de apelação (posto que não sendo interrogada por não ter tido interesse em apresentar sua

Acesso ao Sumário

versão naquela oportunidade, se tornando revel), apresenta manifestação quanto a ter sofrido para apor tal assinatura.

No entanto, há que nada demonstrou quanto a isso. 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.

Com isso se tem que ocorreu, mesmo, apropriação de valores. Em que pese a apresentação de valores diferenciados, o apurado em perícia já é suficiente para demonstrar que ocorreu, sim, apropriação e por valor algumas vezes superior ao salário mínimo daquela época em 2016 o salário mínimo era de R$ 880,00 e o valor apropriado, assim reconhecido na sentença atacada, é de mais de oito (8) vezes tal valor.

Na fase do artigo 59, do Código Penal, a pena foi fundamentada a partir da base. Foi fixada a pena base, analisadas as formas de acréscimo, dentro do critério trifásico, considerando a forma de crime continuado. O regime prisional tem previsão legal, aberto com duas substituições.

Em relação a detração penal, não constando que tenha ocorrido prisão durante o desenvolvimento do procedimento ou fase processual, a análise será efetuada no momento próprio pela Vara das Execuções Penais competente.

ISTO POSTO e o que mais dos autos consta, conhecendo do apelo apresentado por NÍVEA MARIA DE ARAUJO RODRIGUES NASCIMENTO, com qualificação nos autos, é **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1507670-70.2018.8.26.0394, da Comarca de Cordeirópolis, em que é apelante FERNANDO DE SOUZA SANTOS, 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: DERAM PROVIMENTO ao recurso do réu para absolvê-lo da acusação, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.995)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente), SÉRGIO MAZINA MARTINS e VICO MAÑAS.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

Acesso ao Sumário

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Roubo Majorado – Prova débil de autoria – Hipótese na qual a prova produzida restou absolutamente frágil vítima não reconheceu o acusado – Firme negativa do réu, que apresentou justificativa crível para a posse do veículo roubado.

Apelação provida para absolver o acusado por insuficiência de provas.

VOTO

FERNANDO DE SOUZA SANTOS foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Cordeirópolis, às penas de 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprido no regime prisional semiaberto, somado ao pagamento de 93 (noventa e três) dias-multa, na diária mínima (fls. 708/718).

A Defesa do acusado se insurgiu contra a r. sentença, pugnando pela absolvição do acusado por insuficiência de provas (fls. 749/754).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 765/766), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 775/783).

É o relatório.

O réu foi condenado porque, segundo a denúncia, no dia 16 de agosto de 2018, juntamente com ao menos três agentes não identificados, em concurso, mediante violência e grave ameaça, em face de Paulo Alves de Oliveira, mantendo-o em seu poder, restringindo-lhe a liberdade, subtraiu, para si, um veículo cavalo mecânico *Mercedes Bens/Actros 2546LS*, ano/modelo 2013/2013, placas (...)/Birigui-SP, pertencente a Welson Pontes, o semirreboque *Rodotécnica SRT TQ2*, ano/modelo 2011/2012, placas (...)/Paulínia-SP, pertencente a *Transjordano Ltda*., carregado com 43.000 (quarenta e três mil) litros de combustível gasolina, pertencentes a *Distribuidora Raizen*, bens avaliados em R$ 429.932,73 (quatrocentos e vinte nove mil novecentos e trinta e dois reais e setenta e três centavos).

O Magistrado a quo condenou Fernando, sob o fundamento de que "*A jurisprudência é pacífica no sentido de que, em crimes patrimoniais, a apreensão da coisa subtraída em poder do acusado gera para ele o ônus de demonstrar que a origem da posse é lícita*".

Ocorre que, como se verá, Fernando justificou satisfatoriamente, a posse do bem, conforme se verá.

A vítima Paulo Alves, sempre que ouvida, relatou que exerce a profissão

Acesso ao Sumário

motorista carreteiro na empresa *Transjordano Ltda*. e, na data dos fatos, estava conduzindo o veículo carregado com quarenta e três mil litros de gasolina, sendo que carregou a mercadoria na cidade de Santos e tinha como destinado a comarca de Ribeirão Preto. Registrou que no dia 15/08/2018, por 16h:40, saiu do pátio da empresa sentido a cidade de Ribeirão Preto, sendo que já na cidade de Cordeirópolis, abasteceu o veículo no posto de combustível Graal e resolveu parar para pernoitar. Aduziu que por volta das 01h:00, da madrugada, estava dormindo na cabine do caminhão, quando ouviu um estouro da janela do passageiro, sendo que ao levantar, um individuo pegou-o pelo pescoço e disse "Não olha para nós, olhe para o fundo da cabine" e, nesse momento, foi para a cama leito da cabine e ficou de baixo da coberta, sendo que um individuo foi para o banco do motorista e o segundo individuo entrou na cabine e sentou no banco de passageiro. Afirmou que passaram a lhe questionar sobre que marca era o rastreador do veículo, além da existência de câmera na cabine do caminhão, então eles ficaram por cerca de vinte minutos na cabine, danificando o painel do caminhão e desativando o rastreador. Ressaltou que posteriormente ligaram o veículo e dirigiram por volta de cinco minutos e, após isso, exigiram que descesse do caminhão e que permanece no meio do canavial juntamente com um dos roubadores, enquanto o outro levava o automóvel. Consignou que ao amanhecer o dia, foi sentido à Rodovia Anhanguera, pediu carona até um posto de combustível e ligou para o gerente da empresa *Transjordano Ltda*. Afirmou que não foi possível visualizar nenhum dos indivíduos, razão pela qual não pode proceder ao reconhecimento do acusado (fl. 06 e mídia audiovisual).

A vítima Ricardo de Mello Soares, ouvida em solo policial, relatou os mesmos fatos consignados pelo motorista Paulo. Ressaltou que a empresa de monitoramento informou que um veículo que estava sob rastreamento havia saído de seu itinerário programado e havia sido detectado pelo rastreador secundário, trafegando pela Rodovia Anhanguera (SP-330), na altura do KM 113, Sumaré/SP, a saber, cavalo mecânico *Mercedes Benz* e semirreboque Rodotécnica, local onde a polícia localizou o acusado. Registrou que quando a polícia localizou o veículo, a carga de gasolina já havia sido descarregada em local ignorado.

Os policiais militares Eder Gonçalves da silva e Daniel Leonardo da Costa Vieira relataram, sempre que ouvidos, que a empresa de monitoramento informou a localização do veículo roubado, indicando que trafegava pela Rodovia Anhanguera, sendo que por volta das 04h20, da madrugada do dia dos fatos, localizaram, no *Auto Posto Cherokee*, o cavalo mecânico do veículo, que estava ligado e, dele, saíra correndo um indivíduo, o qual se embrenhara no meio dos demais caminhões ali estacionados, tendo sido possível detê-lo escondido sob um desses veículos, o qual fora identificado como sendo Fernando. Registraram que ao ser indagado, o acusado afirmou que havia assumido a direção do veículo num posto de combustíveis *Ipiranga*, na cidade de Campinas, momentos antes

Acesso ao Sumário

de sua abordagem, ressaltando que já estava sem a carga e, a pessoa que lhe entregou o caminhão o orientou a conduzi-lo até aquele ponto, onde receberia o valor de R$ 300,00 (trezentos reais). Aduziram que durante vistoria ao veículo, encontraram dois bloqueadores de sinais acoplados em uma tomada de 12v e outro maior, na bateria.

A testemunha Flávia, irmã do réu, em Juízo, disse que Fernando é trabalhador e na data dos fatos, ele estava trabalhando de "chapa". Afirmou que Fernando lhe disse que um homem solicitou o trabalho de levar o caminhão até certo ponto, porque o motorista havia passado mal. Registrou que, pelo que ficou sabendo, Fernando saiu de casa por volta das quatro horas da madrugada para trabalhar, ressaltando que havia um ano que ele desempenhava a função de "chapa".

Maria Luiza é esposa do acusado. Em Juízo, relatou que Fernando é trabalhador e saiu de casa para fazer serviços de "chapa".

A testemunha Lindoval narrou, em Juízo, que trabalhou por 15 anos com Fernando e sabe que ele é uma boa pessoa.

A testemunha Caroline, ao ser ouvida em Juízo, consignou que é amiga da esposa do réu e tem conhecimento de que ele trabalhava como "chapa". Ressaltou que Fernando é boa pessoa.

Ao ser interrogado em solo policial, Fernando narrou que fora contratado para levar um caminhão trator, acoplado a um semirrreboque para combustível, do Posto Ipiranga, localizado na Rodovia Dom Pedro, em Campinas, até o posto *Cherokee*, na Rodovia Anhanguera, comarca de Nova Odessa, serviço pelo qual receberia a quantia de R$ 300,00 (trezentos reais). Ressaltou que pegou o conjunto veículo já vazio, sem qualquer carga. Disse que no veículo já estava instalado os equipamentos dotados de antenas. Afirmou que nunca foi preso ou processado.

Em Juízo, reiterou sua versão dos fatos. Acrescentou que o homem que lhe abordou se apresentou como Manoel Rodrigues, que lhe disse que seu motorista havia passado mal. Afirmou que Manoel disse que o seguiria até o destino. Ressaltou que não desconfiou de qualquer ilicitude relativa ao caminhão. Consignou que dirigiu o veículo por cerca de vinte e cinco minutos. Negou ter tentado fuga ao ser abordado.

Não houve reconhecimento formal em solo policial, nem tampouco em Juízo.

Pois bem.

Como já alinhavado anteriormente, é certo que Fernando apresentou relato convincente, em ambas as fases da persecução penal. Disse que estava oferecendo seu trabalho de "chapa" no posto Ipiranga da cidade de Campinas, quando foi contratado verbalmente por um indivíduo que lhe disse que o motorista

Acesso ao Sumário

do caminhão havia passado mal e ofereceu-lhe certa quantia para que levasse o veículo até a comarca de Nova Odessa.

Note-se que o acusado não tem qualquer registro policial e as testemunhas consignaram sua boa conduta. Ademais, a irmã afirmou que naquele dia, Fernando saiu de casa por volta das quatro horas da madrugada, como fazia havia algum tempo, para o fim de trabalhar de "chapa". Insta salientar que o roubo ocorreu por volta da uma hora da manhã.

Não se olvide que o réu negou a autoria delitiva e sequer foi reconhecido pela vítima.

Diante do quadro apresentado, impõe-se aplicar o brocardo *in dubio pro reo*, absolvendo o acusado por insuficiência de provas.

No sistema jurídico pátrio, no que diz respeito a toda e qualquer acusação, o *status libertatis* é a regra, sempre se presumindo a inocência. Em outras palavras, o acusado é inocente até prova inequívoca em sentido contrário. Nos presentes autos, em que pese respeitável ótica em sentido contrário, prova inequívoca de autoria não há.

Frente ao exposto, **DERAM PROVIMENTO** ao recurso do réu para absolvê-lo da acusação, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0008163-23.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado PAULO HENRIQUE FERRAZ SANTOS, é apelado/apelante 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 defensivo para JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL e ABSOLVER PAULO HENRIQUE FERRAZ SANTOS, qualificado nos autos, da acusação de ter infringido o artigo 157, *caput*, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e; por consequência, JULGAR PREJUDICADO o apelo ministerial. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.106)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 27 de julho de 2021.

Acesso ao Sumário

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA. ROUBO SIMPLES. Artigo 157, *caput*, do Código Penal. Sentença de parcial procedência. Insurgência da acusação contra o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo. Pleito defensivo pela absolvição. Pretensão absolutória acolhida. Conjunto probatório frágil. Inexistência de prova contundente acerca da autoria da subtração. Dúvida que deve favorecer o acusado. Absolvição que se impõe. Artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Sentença reformada. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO, PREJUDICADO O EXAME DO MÉRITO DO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença (fls. 293/300) que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva para condenar PAULO HENRIQUE FERRAZ SANTOS a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e no pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incurso no artigo 157, *caput*, do Código Penal.

O Ministério Público, em suas razões, busca o reconhecimento da majorante do emprego de arma de fogo (fls. 320/324).

A Defensoria Pública, em seu arrazoado (fls. 328/338), requer a absolvição pela insuficiência do conjunto probatório.

Ofertadas contrarrazões (fls. 340/342 e 353/355), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial, apenas (fls. 366/374).

É o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os requisitos de desenvolvimento válido e regular, e de admissibilidade para, no mérito, dar provimento ao da defesa e, por consequência, julgar prejudicado o exame do mérito do apelo da acusação.

Consta dos autos que no dia 24 de setembro de 2016, por volta de 11h45, na Rua Agissê, nº 128, Pinheiros, cidade e comarca da Capital, PAULO HENRIQUE FERRAZ SANTOS subtraiu para si, mediante grave ameaça, o veículo BMW/320-i, placas (...), o respectivo documento de trânsito e o aparelho de telefone celular, pertencentes a Álvaro Toledo Bandoni.

A materialidade delitiva foi comprovada pelo boletim de ocorrência (fls.

Acesso ao Sumário

9/10) e pela prova oral colhida.

Quanto à autoria, contudo, ressalvada convicção em contrário, tenho que a prova amealhada nos autos não permite, com a certeza necessária, responsabilizar o sentenciado pelo cometimento do crime descrito na inicial acusatória.

A vítima, na fase policial, narrou que estava parada com seu veículo no local dos fatos quando foi abordada por uma pessoa que, exibindo uma arma de fogo, anunciou o roubo, exigiu a entrega do automóvel e demais pertences e, em seguida, evadiu-se na posse dos bens. Cerca de 20 (vinte) dias após os fatos, reconheceu PAULO HENRIQUE fotograficamente nos álbuns da delegacia como o autor da infração penal. Nessa ocasião, descreveu o agente como *um indivíduo do sexo masculino, magro e aparentando entre 23 e 25 anos, de cútis branca, aproximadamente 1,70m, trajando calça jeans e blusa de lã verde claro.*

Em juízo, repetiu, em linhas gerais, a narrativa anterior, esclarecendo que cerca de um mês e meio a dois meses depois do roubo compareceu ao distrito policial e identificou o acusado dentre várias fotografias que lhe foram mostradas. Sob o crivo do contraditório constitucional, transcorridos quase cinco anos entre a data dos fatos e a audiência de instrução e julgamento, não pôde reconhecer PAULO HENRIQUE com segurança, dizendo apenas ser parecido com o roubador.

Inquiridos em juízo, os policiais civis Ângelo A. Torres e *Eduardo M. Alves* relataram que, à época dos fatos, a vítima noticiou o roubo de seu veículo e aparelho celular, analisou o álbum de fotos existente na delegacia e reconheceu o réu como o autor do delito.

PAULO HENRIQUE, nas oportunidades em que foi ouvido, negou a prática do crime. Afirmou acreditar que foi acusado por ter passagens anteriores. Explicou que à época trabalhava com o pai no CEAGESP, não se recordando o que fazia no dia dos fatos.

Muito embora a palavra da vítima ganhe especial relevo nos crimes patrimoniais, notadamente quando praticados longe dos olhos de testemunhas, isso não implica que sua versão dos fatos não possa ser relativizada, especialmente nas hipóteses em que ela revele inconsistência diante das demais provas produzidas, notadamente quando fique demonstrada a existência de circunstâncias suficientes para lhe retirar ou atenuar a força probatória.

Acesso ao Sumário

Com efeito, caracterizada a divergência entre a palavra da vítima e do acusado, somente haverá preponderância daquela nas hipóteses em que não exista nos autos qualquer motivo comprovado que lhe retire a credibilidade, não sendo esse o caso dos autos.

Em verdade, a condenação é baseada no reconhecimento fotográfico realizado na fase preliminar, onde um álbum contendo fotografias de diversas pessoas foi apresentado à vítima, que reconheceu, na do acusado, o autor do crime.

Oportuno registrar que a 6ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, recentemente, passou a perfilhar a orientação de que o reconhecimento realizado sem a observância das regras previstas no artigo 226, do Código de Processo Penal, não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado em juízo:

> *HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ANTERIOR COMETIMENTO DE DELITOS. ARGUMENTO INIDÔNEO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ART. 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*
>
> *1.* ***Na hipótese, a prova utilizada para fundamentar a condenação do Paciente - reconhecimento fotográfico em sede policial - é de extrema fragilidade, haja vista a inobservância das recomendações legais dispostas no art. 226 do Código de Processo Penal, as quais, inclusive, também não foram observadas em juízo.***
>
> *2. As instâncias ordinárias, ao fundamentarem a condenação do Paciente, consignaram que o reconhecimento fotográfico foi utilizado juntamente com a prova testemunhal para determinar a autoria do delito. Entretanto, o depoimento prestado pelo Policial Civil em juízo limitou-se a, tão somente, afirmar que o reconhecimento fotográfico na fase investigativa de fato existiu, não acrescentando nenhum elemento sobre a autoria do crime ocorrido. Assim sendo, é evidente que a condenação imposta ao Paciente foi baseada unicamente no reconhecimento fotográfico, que nem sequer foi confirmado judicialmente.*
>
> *3. Salienta-se que a única vítima ouvida em juízo apenas ratificou o que já havia afirmado em sede policial, não tendo sido observadas as formalidades mínimas previstas no aludido art. 226 do Código de Processo Penal, nos termos da interpretação conferida a tal preceito por esta Corte.*
>
> *4. Dessa forma, não há como concluir, como o fez o Tribunal de origem, pela manutenção da condenação, valendo ressaltar, ainda, que "a longa ficha de furtos e roubos praticados pelo apelante", a que se refere aquele Sodalício, não é fundamento idôneo para se impor ao Paciente uma nova condenação, se não houver provas robustas para tanto.*
>
> *5. Ordem de habeas corpus concedida para absolver o Paciente condenado pela prática do crime previsto 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e, por conseguinte, determinar a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.*
>
> (HC 545.118/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020) (destaquei).

Acesso ao Sumário

Nesse quadro, forçoso reconhecer que, no caso, o reconhecimento do réu, realizado na fase preliminar somente por fotografia, não foi reafirmado com segurança pela vítima em juízo.

Prossigo para anotar que eventual passado criminal do acusado não implica conclusão automática de que tenha praticado o crime objeto desta ação penal, sendo vedada a condenação com base em presunções, observada ainda a ilegitimidade do denominado Direito Penal do Autor, sobretudo à luz do Estado Democrático de Direito.

Do mesmo modo, inviável a condenação lastreada exclusivamente em elementos informativos, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, nos termos do artigo 155, do Código Penal.

Destarte, o sentenciado não foi preso em flagrante pela prática do crime *sub examine* e nada relacionado aos fatos foi localizado em seu poder.

O processo penal é regido pelo princípio segundo o qual a prova, para alicerçar um decreto condenatório, deve ser consistente. A condenação penal é juízo de certeza, consubstanciado em prova incontroversa. Eventual dúvida sobre a culpabilidade de alguém, por menor que seja, é fundamento idôneo para determinar sua absolvição.

Sob esse enfoque, se a autoria não ficou inequivocamente demonstrada, embora haja indícios, na dúvida não pode o Magistrado decidir pela condenação; acolhe-se, por cautela, o princípio do *in dubio pro reo*.

Portanto, diante do frágil quadro probatório e em consonância com a principiologia que orienta a interpretação do Código Penal, de rigor a absolvição por insuficiência de prova, solução que mais se afigura adequada para a espécie.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso defensivo para **JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL** e ABSOLVER PAULO HENRIQUE FERRAZ SANTOS, qualificado nos autos, da acusação de ter infringido o artigo 157, *caput*, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e; por consequência, **JULGAR PREJUDICADO** o apelo ministerial.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0007665-61.2017.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EILTON TIBURTINO PIRES.

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 19.685)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente), MARCELO SEMER e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 28 de julho de 2021.

MARCELO GORDO, Relator

Ementa: Inserção de dados falsos em sistema de informações – Sentença absolutória – Recurso ministerial voltado à condenação – Impossibilidade – Atipicidade da conduta – Recurso desprovido

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 628/631) que julgou improcedente a ação penal e absolveu o réu **Eilton Tiburtino Pires** da imputação que lhe fora irrogada na denúncia (art. 313-A do Código Penal) com fundamento nos incisos III e VII, do art. 386, do Código de Processo Penal.

Inconformado, apela a Justiça Pública; pretende, em apertada síntese, a condenação do réu, nos termos da denúncia, que entendeu provada (fls. 637/654).

Respondido o recurso (fls. 657/666), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 675/678).

É o relatório.

Segundo a incoativa, nas circunstâncias de tempo e lugar ali descritas, **Eilton Tiburtino Pires** e **Elson Mamede Rodrigues**, teriam concorrido para que **Raphael Rodrigues Batalha**, funcionário público autorizado à época, inserisse dados falsos no sistema informatizado da Administração Pública, com o fim de obter vantagem indevida para ambos.

Dito isto, cumpre esclarecer que a denúncia foi rejeitada em relação a **Raphael Rodrigues Batalha**, diante do reconhecimento da litispendência, na medida em que já respondia por fatos idênticos no processo nº 0017684-97.2015.8.26.0361 (fl. 408/409).

Insta destacar, outrossim, que os autos foram desmembrados em relação a Elson Mamede Rodrigues (cf. fl. 411).

Feito o introito, ingressa-se no mérito recursal.

O reclamo não comporta provimento.

Interpelado, em juízo, **Eilton** declarou que diligenciou até a "Autoescola Sinal Verde", a fim de obter sua carteira de habilitação. Lá chegando, após afirmar que não seria capaz de realizar os exames necessários para a obtenção

Acesso ao Sumário

da CNH, a recepcionista convocou Elson, que lhe prometeu a entrega do documento, sem que tivesse que se submeter a qualquer exame, mediante pagamento de R$ 3.000,00. Efetuou o pagamento solicitado e, quarenta e cinco dias depois, retornou à autoescola, ocasião em que recebeu sua carteira de habilitação provisória. Passado um ano, retornou àquele estabelecimento e recebeu de **Elson** a carteira de habilitação definitiva. Intimado pela polícia acerca dos fatos tratados na presente, seguiu à delegacia e entregou sua CNH. Indagado, explanou que tinha ciência de que o procedimento, através do qual obteve sua habilitação, não era o regular e afirmou estar arrependido (cf. gravação inserta em autos digitais).

A seu turno, delegado de polícia Júlio Gustavo reportou, apenas, haver atuado em expedientes relacionados à carteiras de habilitação falsas; no que toca aos fatos tratados nos presentes autos, referiu não se recordar de qualquer detalhe (cf. gravação inserta em autos digitais).

Viviana, diretora técnica do Detran de Mogi das Cruzes, relembrou que o colega Luiz Gustavo, outro diretor técnico do departamento de trânsito em que labora, comentou que, ao conferir atas de exames práticos e teóricos, não identificou o nome dos condutores descritos naqueles documentos. De acordo com o entendimento da depoente, tal circunstância, possivelmente, indicaria que carteiras de habilitação haviam sido emitidas sem que os interessados realizassem os exames necessários (cf. gravação inserta em autos digitais).

Ouvido em juízo, Luiz Gustavo confirmou o dito pela colega de trabalho (cf. gravação inserta em autos digitais); esclareceu, outrossim, haver verificado que a emissão de carteiras de habilitação, sem a devida aprovação dos interessados em prova teórica e prática, fora possível graças à utilização de um código restrito. Informou as irregularidades aos seus superiores, os quais determinaram a realização de investigações a respeito pelo setor competente. Cerca de 80 (oitenta) carteiras de habilitação foram emitidas de forma fraudulenta. À época dos fatos, **Raphael** laborava como oficial administrativo e era um dos dois responsáveis pela emissão dos documentos de habilitação. Nada sabe, porém, acerca da participação do acusado nas irregularidades em questão.

Acesso ao Sumário

De outro giro, Margarida e Luiz Ricardo, ambos funcionários do Detran, nada acresceram de relevante à elucidação dos fatos em ensejo (cf. gravação inserta em autos digitais).

Daí concebida a prova oral, a tanto resumida.

E o *Parquet* bem resumiu em suas razões recursais o que se apurou através dos documentos que instruíram os autos, conforme se infere do trecho a seguir transcrito (fls. 650/651):

"(...) *os documentos juntados às fls. 5/15 e 70/92 dão conta da realização de auditoria interna e de procedimento de sindicância convertido em PAD junto ao DetranSP, em razão de irregularidades na emissão de CNHs neste munici-*

pio com uso de código interno "090700", vinculado a casos de servidores das Forças Armadas e Auxiliares, com posterior remoção do código em prontuário do condutor com o nítido fim de dificultar a localização dos responsáveis pela inserção de dados fraudulentos nos registros informatizados.

Dentre tais documentos, juntou-se pesquisa de prontuário em nome de EILTON, criado pelo servidor público Raphael Batalha (fls. 7/8).

Além disso, o relatório de auditoria interna às fls. 9/11 explica a forma de emissão nas carteiras, sendo que, à fl. 96, número 76, e às fls. 32/33, o nome de EILTON consta expressamente como um dos beneficiários da prática de inserção ilegal de dados falsos em sistema de dados do Detran-SP. A obtenção da vantagem exigida pelo tipo penal vem demonstrada pela CNH emitida com base em tal expediente ilícito de alimentação de dados (fl. 51).

Também há consulta de condutor em que o réu está registrado como pessoa habilitada na categoria AB, com exames médico e psicológicos realizados em 21.8.2014, exame teórico em 29.9.2014 e exame prático em 06.11.2014 (fl. 31), os quais o próprio denunciado negou ter realizado, tanto em fase policial (fls. 43/44 e 126/127), como em Juízo.".

Ocorre que, conquanto amplamente demonstrado que a CNH de **Eilton** fora emitida através da inserção de dados falsos no sistema informatizado do Detran, não há prova alguma no sentido de que o apelado tivesse ciência de tal circunstância, muito menos de que tenha, de alguma forma, concorrido para a concretização de tal crime.

Com efeito, ao que se provou, o réu sequer conhecia o funcionário que, de maneira contumaz, inseria dados falsos no sistema do Órgão de Trânsito. Afinal, sua conduta se limitou ao pagamento de importância a funcionário de autoescola, o qual, ao que tudo indica, atuou como intermediário, mas sem fornecer maiores detalhes acerca da irregularidade ao apelado, e foi o responsável por contatar o agente capaz produzir habilitações irregulares, através da inserção de dados falsos em sistema do Detran.

Destarte, conquanto se trate de fato notório que a CNH somente seja obtida após prévio exame, que compreende, desde provas práticas e teóricas, até inspeção médica e psicológica, a indicar que o apelado tinha absoluta ciência de que o documento em questão fora irregularmente adquirido, tal conclusão não é suficiente para caracterizá-lo como infrator ao tipo previsto no art. 313-A, do Código Penal.

Embora não se desconheça que a qualidade de funcionário público devidamente autorizado a lidar com o sistema informatizado ou banco de dados, nos termos do artigo 30, do Código Penal, pode comunicar-se ao agente particular, este não é o caso dos autos, em que o réu tratou, exclusivamente, com funcionários da autoescola, sendo-lhe irrelevante, a toda evidência, os meios empregados

Acesso ao Sumário

no âmbito da administração pública com o intuito de produzir o documento desejado.

E, na medida em que o réu não direcionou sua vontade à inserção de dados falsos em sistema de informações e ausente qualquer evidência de que tenha concorrido para a inserção dos dados falsos junto ao Órgão de Trânsito, ainda que tenha sido o beneficiário de tal irregularidade, sua conduta não configura o crime previsto no art. 313-A, do Código Penal.

E diante desse cenário, bem optou o d. juiz pela absolvição do acusado, *in verbis* (fl. 630):

"Note-se que, não obstante a confissão do réu no sentido de que efetivamente pagou para conseguir uma carteira de habilitação sem a necessidade de exames, não há qualquer comprovação nos autos de que o réu tenha concorrido para a inserção dados falsos em sistema informatizado por funcionário público, uma vez que o réu manteve contato exclusivo com a autoescola procurada para obtenção de sua CNH.

Inexiste demonstração nos autos de qualquer ligação entre o réu e algum funcionário público do Detran, com a intenção de colaborar com a prática criminosa, tampouco há evidências nos autos de que a importância paga ao dono da autoescola Elson tenha sido destinada para o funcionário público que confeccionou a sua carteira de habilitação.

Sabe-se que o particular pode, de fato, ser coautor ou partícipe de crime praticado por funcionário público contra a Administração Pública, desde que conheça a qualidade de funcionário do outro agente, o que também não restou comprovado nos presentes autos.

Não há dúvidas de que o réu agiu de forma contrária ao direito, tendo inclusive confessado em juízo a ciência sobre a ilicitude de sua atuação. A configuração do crime, no entanto, exige mais do que a mera percepção subjetiva da inidoneidade da atuação, mas exige a conformação típica da conduta à previsão legal, o que não se mostra presente na situação.

Não vislumbro possível, ainda, a desclassificação da conduta do réu. Não existe falsidade de documento público apta a ensejar a aplicação do artigo 297 do Código Penal. Também não entendo possível a aplicação do tipo do artigo 333 do Código Penal, diante da ausência de consciência do réu em relação à qualidade de funcionário público daquele que, efetivamente, fez a inserção falsa de dados.".

Acesso ao Sumário

Enfim, a descrição condicional dos fatos não se confirma na prova consequente, esta haurida sob o crivo do contraditório, a tornar acertada a decisão da origem.

A absolvição, pois, é mesmo a solução mais acertada para o caso em apreço.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0109586-26.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIZE NERY, 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: Deram provimento ao recurso interposto por Marize Nery para o fim de, com base precípua no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, absolver a apelante em relação à imputação inicial, cuidando o juízo de origem de proceder às anotações e comunicações de rotina, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.279)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), VICO MAÑAS e PAULO ROSSI.

São Paulo, 29 de julho de 2021.

SÉRGIO MAZINA MARTINS, Relator

Ementa: Apelação criminal. Furto. Tipicidade objetiva. Insignificância penal. Tratando-se de subtração de mercadorias expostas em grande rede varejista, com valor de mercado de R$ 171,00 e consistente em gêneros alimentícios e peças avulsas de vestuário, comportando o episódio ínfima conflituosidade social, faz-se admissível o reconhecimento da chamada cláusula da insignificância penal, sem prejuízo da ilicitude da conduta à luz de outras disciplinas normativas.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **Marize Nery** em face da sentença de primeira instância que, julgando-a infratora da norma do artigo 155, *caput*, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, aplicou-lhe a pena total e definitiva de oito (8) meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicialmente aberto, e pagamento de seis (6) dias-multa, arbitrados no patamar legal mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consis-

tente em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da condenação.

Reclama a apelante, em suma, sua absolvição por atipicidade da conduta. Sucessivamente, pede o reconhecimento do chamado furto privilegiado e a redução da pena imposta.

Devidamente recebido e processado o recurso, manifestou- se a parte recorrida por seu não provimento. Já no âmbito deste Tribunal de Justiça, em parecer subsequente, a Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

Dá-se provimento ao recurso interposto.

De fato, e como se verá, é o caso de absolvição da apelante por atipicidade da conduta, aplicando-se ao caso o postulado bagatelar.

Consta dos autos que a apelante Marize subtraiu do hipermercado *Carrefour* bens avaliados em cerca de R$ 171,00. Mais especificamente, subtraiu a apelante duas latas de leite, seis itens de higiene e três cuecas.

Não há nos autos dúvidas quanto aos fatos em si, confirmados pela própria recorrente Marize, bem como pelas testemunhas ouvidas no feito, entre elas os policiais que detiveram a apelante ainda no interior do estabelecimento, na posse dos bens.

No entanto, ainda que comprovada nos autos a conduta da acusada Marize, deve-se admitir que tal conduta, ao menos do ponto de vista penal, é insignificante, todavia sem prejuízo da ilicitude da conduta à luz de outras disciplinas normativas.

A esse respeito, tem-se que a doutrina brasileira, desde há muito e a exemplo do que muito assenta a literatura estrangeira, vem ensinando que o direito penal não deva se ocupar de fatos insignificantes e desprezíveis, que seriam assim materialmente atípicos (MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1994, especialmente p. 55-59; DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148-149). Nesse sentido, o postulado dito *bagatelar* frequenta de modo cotidiano e unânime os julgados das duas turmas de competência criminal do Superior Tribunal de Justiça (5ª T – HC 236.581/RJ – Rel. Gurgel de Faria – j. 6.11.2014; 5ª T – AgRg no HC 223.444/RJ – Rel. Jorge Mussi – j. 04.11.2014; 6ª T – HC 302.049/SP – Rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 04.11.2014; 5ª T – HC 289.869/RJ – Rel. Jorge Mussi – j. 23.10.2014; 6ª T – HC 268.476/RS – Rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 21.10.2014; 6ª T – HC 273.216/SP – Rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 16.10.2014; 6ª T – HC 269.994/SP – Rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 16.10.2014; 6ª T – RHC 43.624/AL – Rel. Nefi Cordeiro – j. 07.10.2014; 6ª T – AgRg no AREsp 490.599/RS – Rel. Sebastião Reis Júnior

Acesso ao Sumário

– j. 23.09.2014; 6ª T – HC 296.986/MS – Rel. Nefi Cordeiro – j. 18.09.2014). Também no âmbito das duas turmas do Supremo Tribunal Federal esse entendimento vem encontrando acolhida unânime (2ª T – HC 114.723/MG – Rel. Teori Zavascki – j. 26.08.2014; 1ª T – HC 122.507/ES – Rel. Dias Toffoli – j. 19.08.2014; 2ª T – HC 122.936/RJ – Rel. Cármen Lúcia – j. 05.08.2014).

É certo que o dimensionamento da significância penal do fato não há de ser feito tão-somente com vistas ao valor puramente econômico da coisa, mas, especialmente, desde uma dimensão propriamente social desse mesmo fato. Ora, o fato há de ser efetivamente avaliado a partir da importância da conflituosidade social sobre a qual nos debruçamos. Tal decorre, a rigor, da estrutura normativa da própria ideia de injusto, sempre dicotômica entre a regência da conduta – norma, portanto, de *determinação* – e a consideração do resultado – norma, por consequência, de *valoração* – polarização, aliás, particularmente rica para o direito penal (ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, tomo I – fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 318-326).

Mesmo assim, faz-se irrecusável que, ainda que aplicada uma peneira bem miúda, o caso em exame acopla-se bem à noção da insignificância penal do fato. Bastante diminutos os transtornos por ele causados à vida da comunidade ou à tranquilidade social das pessoas envolvidas.

Cuida-se de tentativa de subtração praticada furtivamente, sobre coisas de ínfimo valor comercial ou de uso. De todo modo, a acusada Marize, após adentrar o estabelecimento e apoderar-se do modesto bem, acabou flagrada em plena rapina. Não se visualiza, nesses fatos, maiores consequências, danos ou ressentimentos, a ponto de se justificar a gravosa intervenção penal do Estado em tais acontecimentos sociais.

A subtração de mercadorias, tristemente, é ocorrência cotidiana em estabelecimentos que operam com elas expostas em gôndolas. Integra de algum modo sua lógica contábil e, quando caracteriza um ato isolado como aquele aqui em julgamento, em si não chega a abalar, por consequência, a admirável estrutura econômica desses supermercados, lojas de departamentos ou outros comércios de igual natureza e admirável monta. Queiramos ou não, necessário admitir que *En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción de riesgos* (BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo*: hacia uma nueva modernidad. Trad. de Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2001, p. 25).

Também não estamos, ademais, diante de uma ocorrência que comporte um conflito social especialmente exuberante, posto que não ultrapassou, sequer, o procedimento estritamente profissional das zelosas pessoas aqui envolvidas (policiais militares, comerciários, seguranças e vigilantes). Finalmente, é claro,

Acesso ao Sumário

não seria correto descarregar sobre os precários ombros da autora desse ato toda a responsabilidade por todos os furtos de mercadorias expostas, havidos por toda parte, em todos os comércios dessa ordem. A lição é importante e precisa sempre ser rememorada: o julgamento, aqui, é de fatos, não de fenômenos.

Em face do exposto, **dá-se provimento** ao recurso interposto por **Marize Nery** para o fim de, com base precípua no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, absolver a apelante em relação à imputação inicial, cuidando o juízo de origem de proceder às anotações e comunicações de rotina.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0022528-14.2019.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MATEUS SANTOS DE LIMA, 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: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.937)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 30 de julho de 2021.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Colaboração com o tráfico de drogas (art. 37 da Lei nº 11.343/06) e Resistência – Condenação – Recursos ministerial e defensivo – Materialidade e autoria delitivas demonstradas – Depoimentos firmes e seguros dos policiais – Condenação mantida – Penas bem fundamentadas – Concurso material – Regime aberto e substituição da pena corpórea pela restritiva de direitos – Recursos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo **Ministério Público** e por **Mateus Santos de Lima** contra a r. sentença de fls. 455/464, que julgou procedente a ação penal e condenou **Mateus**, por incurso no artigo 37, da Lei nº

11.343/06, e artigo 329, *caput*, do Código Penal, na forma do artigo 69, também do Código Penal, às penas de 02 anos de reclusão, 02 meses de detenção, no regime inicial aberto, e pagamento de 300 dias-multa, substituída a reprimenda corporal pela restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, por igual período, e multa no valor equivalente a 10 (dez) dias-multa.

Inconformadas com a r. sentença, recorrem as partes.

O Ministério Pública pugna pela imposição de regime fechado para início de cumprimento de pena e a manutenção da reprimenda corporal em detrimento da substituição prevista no artigo 44 do Código Penal (fls. 486/493).

A Defesa, por sua vez, requer a absolvição por insuficiência de provas (fls. 519/523).

Os recursos foram contrarrazoados pela Defesa (fls. 516/518) e pelo Ministério Público (fls. 531/536). A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo ministerial e desprovimento do recurso defensivo (fls. 552/560).

Relatei.

Os apelos não merecem provimento.

Consta da denúncia que **Mateus Santos de Lima** teria, no dia 12 de fevereiro de 2019, por volta das 17h30min, na Rua Doutor Elias Chaves – Favela do Moinho, Santa Cecília, nesta Capital, colaborado, como informante, com grupo destinado à prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e, ainda, se oposto à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo, de modo que incurso nas penas do artigo 37, da Lei nº 11343/06, e do artigo 329, *caput*, do Código Penal.

Conforme apurado, policiais civis após investigação de campo levada a efeito no local dos fatos, identificaram **Mateus** como "olheiro" de um ponto de venda de sustâncias entorpecentes. Na data dos fatos, o acusado foi detido em um ponto estratégico, que possibilitava informar a chegada dos policiais aos demais, a cerca de 500 metros do local onde foi encontrado MATEUS DIAS DE OLIVEIRA e ROBSON FERREIRA DE ALMEIDA portando diversas porções de drogas variadas, além de quantia em dinheiro. Em seguida, **Mateus** arremessou seu aparelho de telefone celular no trilho do trem e investiu fisicamente contra os policiais sendo necessário o uso da força física para detê-lo.

Pois bem.

Com efeito, a materialidade dos delitos está demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 12/16), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 17/18), pelo laudo de exame químico- toxicológico (fls. 207/210), bem como pela prova oral trazida aos autos.

A autoria está igualmente comprovada.

Acesso ao Sumário

Mateus, em Juízo, negou os fatos.

Contudo, a negativa encontra-se isolada das demais provas colhidas nos autos.

As testemunhas Dinael Wilson Milochi Júnior e Marcel Amaral, policiais civis, corroboraram em Juízo os termos da denúncia, asseverando que havia uma guarita embaixo da linha férrea que dava acesso à Favela do Moinho, local em que **Mateus** ficava para avisar aos traficantes da aproximação de policiais. O acusado fez menção de que avisaria sobre a presença dos policiais e por isso foi abordado. Estava com celular na mão, mas jogou o aparelho na linha férrea e resistiu à prisão. A Favela do Moinho é conhecido ponto de tráfico de drogas.

O policial Dinael ressaltou, ainda, que o acusado indicava a possíveis usuários de entorpecentes o caminho até os traficantes.

Assim também o depoimento da testemunha Pedro Martins de Paiva Júnior, policial civil responsável pela prisão em flagrante do apelante. Afirmou que **Mateus** foi primeiramente detido pelos policiais Marcel e Dinael, mas, diante da resistência do acusado à prisão, assumiu o lugar de seus colegas para que eles pudessem ingressar na Favela do Moinho e dar andamento à diligência de repressão ao tráfico de drogas. O réu admitiu informalmente exercer a função de olheiro.

No tangente aos depoimentos de policiais, cumpre ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à validade da prova testemunhal prestada por agentes policiais que tenham participado das diligências que culminaram na captura do investigado ou em sua prisão em flagrante. Isso porque não seria razoável afastar a validade de depoimentos prestados por policiais com fundamento tão-somente na respectiva condição funcional, já que estes também são submetidos ao crivo do contraditório, como qualquer outra testemunha.

De forma que as declarações dos policiais têm valor relevante e merecem total credibilidade, vez que são agentes do Estado no exercício de função pública, razão pela qual se presumem legítimos os relatos por eles ofertados, principalmente quando em conformidade às demais provas colhidas nos autos. A propósito:

"É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que agentes públicos, tais como policiais militares, civis e agentes penitenciários não são apenas pela função que ocupam suspeitos como testemunhas em processo criminal. Pelo contrário, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a

Acesso ao Sumário

estes deve ser conferida relevante força probante." (TJSP – Apelação nº 0014391-63.2013.8.26.0176, 4ª Câmara Criminal, Rel. Camilo Léllis, j. 29.09.2015).

"É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte" (STJ – AgRg no Ag 158921/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.05.2011).

Colocá-los sob suspeita pela condição funcional é argumento batido e preconceituoso. Bem por isso a versão oficial deve ser confrontada com as demais provas, como deve ser feito com qualquer outra fonte de informação, tudo para afastar o risco de que a acusação decorra de sentimentos menos elevados ou interesses outros que não o da contribuição para o julgamento justo.

Evidente pelos depoimentos dos policiais que **Mateus** era responsável por alertar a respeito da chegada dos agentes de segurança na Favela do Moinho, de modo a colaborar como informante aos traficantes de droga. O próprio acusado confirmou, em Juízo, a existência da guarita embaixo da via férrea, tal como informado pelos policiais, e foi o responsável por indicar a eles onde estava ocorrendo a mercancia ilícita, tanto que os policiais conseguiram deter MATEUS DIAS DE OLIVEIRA na posse de diversos tipos de entorpecentes e dinheiro.

Frise-se que MATEUS DIAS foi condenado nos autos de nº 1504204-96.2019.8.26.0050 pelo crime de tráfico de drogas.

Em verdade, o tipo penal do mencionado artigo 37 diz respeito a figuras secundárias, não vinculadas ao tráfico de drogas, como na presente hipótese. Nesse sentido leciona Guilherme de Souza Nucci, o intuito do legislador ao adotar a teoria pluralista do concurso de agentes no artigo 37 da Lei nº 11.343/06 é de alcançar "*aqueles que normalmente não integram a associação criminosa, em suas diversas funções hierárquicas, mas acabam colaborando com informações privilegiadas e estratégicas para o exercício da traficância*" (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Ed. Forense, 8ª ed., pg. 367).

Ainda:

"*TRÁFICO e COLABORAÇÃO. Artigos 33 e 37 da Lei nº 11.343/06 Condutas de guardar e trazer consigo, para fins de fornecimento a consumo de terceiros, 195 gramas de maconha, 11 de cocaína e 13 de crack atribuída aos réus MATHEUS e AUGUSTIN. Imputação da colaboração, como olheiro, ao corréu ANDRÉ. Configuração. Prisão em flagrante. Materialidade e autoria demonstradas. Confissão de ANDRÉ na delegacia. Retratação em juízo. Negativa isolada dos demais acusados. Depoimento dos policiais militares que, após campana no local, detiveram ANDRÉ após tentar alertar os corréus, e*

Acesso ao Sumário

apreenderam a droga dispensada por MATHEUS e encontrada na casa deste, bem como na residência do corréu AUGUSTIN. (...) Apelos defensivos desprovidos." (TJSP – Apelação criminal nº 1500905-45.2019.8.26.0072; Rel. Otávio de Almeida Toledo – 16ª Câmara de Direito; j. 27.11.2020).

Igualmente comprovado o delito de resistência. Em razão da oposição oferecida por **Mateus** à prisão em flagrante, os policiais que primeiro o abordaram precisaram do auxílio da equipe do policial Pedro, para que pudessem dar rápido andamento à incursão na Favela do Moinho. Assim, além de ter arremessado o celular para que não fosse apreendido pelos policiais, **Mateus** investiu fisicamente contra os agentes públicos sendo necessário o uso de força física para detê-lo.

Destarte, a condenação do recorrente, nos termos da r. sentença, era mesmo medida de rigor.

No tocante à dosimetria das penas, não há qualquer reparo a ser feito.

A pena-base de ambos os delitos foi fixada nos respectivos mínimos legais, quais sejam, 02 anos de reclusão e pagamento de 300 dias-multa quanto ao delito previsto no artigo 37 da Lei nº 11.343/06, e 02 meses de detenção com relação àquele do artigo 329, caput, do Código Penal.

Na segunda fase, apesar de reconhecida a atenuante da menoridade relativa, a reprimenda permaneceu inalterada, em observância a Súmula nº 231 do c. STJ.

Na terceira fase, ausente causas de aumento ou diminuição de pena.

Adequadamente reconhecido o concurso material, tornaram-se definitivas as penas de 02 anos de reclusão, 02 meses de detenção e pagamento de 300 dias-multa.

Respeitado entendimento do Ministério Público, o regime inicial aberto se mostra adequado em razão do quantum de pena aplicada, das circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado, além de sua primariedade e bons antecedentes.

Igualmente acertada, neste contexto, a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade por igual período, bem como pagamento de prestação pecuniária.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"*APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de DROGAS – Recurso defensivo – PRELIMINAR – Alegação de nulidade da sentença – Inocorrência – Magistrado que condenou o réu pelo delito de tráfico de drogas em detrimento do crime de colaboração como informante – Acusado que se defende dos fatos capitulados na denúncia – Magistrado que pode atribuir definição jurídica diversa, sem modificar a descrição dos fatos, a teor do disposto no art. 383 do CPP – Precedente do STJ – MÉRITO – Absolvição – Impossibilidade – Autoria*

sobejamente demonstrada nos autos – Validade do depoimento dos agentes públicos – Fatos, contudo, que se amoldam ao delito de colaboração, como informante, com grupo para a prática do tráfico, conforme descritos na denúncia – Delito subsidiário que prevalece quando não demonstrados os crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico – Desclassificação de rigor – Pena fixada no piso legal – Cabimento do regime inicial aberto e da substituição da pena – Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido." (TJSP – Apelação criminal nº 1503106-44.2017.8.26.0536; Rel. Camilo Léllis; j. 13.08.2019).

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento** aos recursos de apelação, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502151-93.2020.8.26.0540, da Comarca de Mauá, em que é apelante MAXWEL DE OLIVEIRA SERRA, 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: Deram provimento parcial ao recurso, a fim de mitigar o regime prisional fixado para o cumprimento da pena de detenção para o semiaberto, mantida, no mais, a sentença impugnada. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.006)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 2 de agosto de 2021.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR, ESTELIONATO E DESOBEDIÊNCIA. Prova robusta da autoria, da materialidade e do dolo dos delitos. Confissão judicial quanto à adulteração de sinal identificador de veículo automotor e ao estelionato amparada no restante do conjunto probatório. Condenação mantida. Penas justificadamente estabelecidas. Básicas fixadas no piso legal. Na segunda fase, dupla reincidência

compensada parcialmente com a atenuante da confissão quanto aos delitos dos artigos 171, *caput*, e 311, ambos do Código Penal. Majoração de um terço pela recidiva, relativamente, à desobediência. Na última etapa, redução de dois terços das penas do estelionato, por conta do fato do pai do réu ter pagado ao posto de gasolina o valor de R$ 150,00, dois dias após o cometimento do crime. Regime fechado bem estabelecido para a pena de reclusão. Mitigação para o semiaberto do regime prisional fixado para o desconto da sanção detentiva. Apelo parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por MAXWEL DE OLIVEIRA SERRA de sentença que o condenou, como incurso nos artigos 171, *caput*, 311, *caput*, e 330, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, às penas de 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão e 30 (trinta) dias de detenção, em regime fechado, e 22 (vinte e dois) dias-multa, de unidade mínima, postulando a absolvição por atipicidade da conduta, em razão do "princípio da insignificância" (art. 171, *caput*, do Código Penal), uma vez se tratar de falsificação grosseira (art. 311, *caput*, do Código Penal) e porque **"*uma pessoa em flagrante delito não pode ser condenado por desobediência*"** (art. 330, do Código Penal), e por insuficiência probatória, e, subsidiariamente, a redução das reprimendas, mediante a fixação das basilares nos patamares mínimos e a compensação integral da reincidência com a confissão espontânea, além da mitigação do regime prisional, requerendo, ao final, a abertura de vista aos autos processuais após a apresentação de parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do reclamo (fls. 178/189).

É o relatório.

Consta da denúncia que, anteriormente ao dia 30 de novembro de 2020, em horário e local incertos, MAXWEL DE OLIVEIRA SERRA adulterou sinal identificador do veículo *Hyundai I30*, placas (...), inserindo fita adesiva em placa automotiva, no mesmo dia, por volta das 11h20, na Avenida Luís Gonzaga do Amaral, n° 438, Jardim Zaíra, em Mauá, obteve, para si, vantagem ilícita, no valor de R$ 150,00, em prejuízo do *Posto de Serviços Zaíra*, induzindo a vítima em erro mediante ardil, e, logo em seguida, em torno das 11h30, na rua Jair Balo, também em Mauá, desobedeceu a ordem legal de funcionário público

Acesso ao Sumário

competente para executá-la.

Inicialmente, cumpre observar que a atuação da douta Procuradoria Geral de Justiça, apresentando parecer sobre o apelo defensivo, na condição de *custos legis*, não fere qualquer garantia constitucional, pois o contraditório é observado com a apresentação das razões e contrarrazões de recurso pelas partes. Além disso, o Procurador de Justiça não está vinculado à manifestação do Promotor de Justiça, podendo apresentar parecer até mesmo em sentido contrário, diante da natureza da sua atuação no processo penal.

A jurisprudência neste sentido é farta, valendo mencionar decisão recente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: **"*HABEAS CORPUS. DESOBEDIÊNCIA E DESACATO. PARECER OFERECIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE POSTERIOR MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. PRINCÍPIO DA PARIDADE DAS ARMAS. ATUAÇÃO COMO CUSTOS LEGIS. IMPARCIALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. Após a manifestação ministerial como custos legis em sede de segundo grau, não há contraditório a ser assegurado, tendo em vista que o Parquet não atua como parte da relação processual (Precedentes STJ e STF). 2. 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. 3. Ordem denegada*"** (HC 128.181/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 09.08.2010).

Feitas tais considerações, verifica-se que o recurso comporta parcial provimento, para a mitigação do regime prisional quanto ao crime de desobediência.

Nenhuma dúvida quanto à materialidade dos delitos, que está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), pelo boletim de ocorrência (fls. 10/13), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 14/15), pelo auto de depósito (fls. 70/71), pelo cupom fiscal (fls. 73), pelo laudo (fls. 90/94) e pela prova oral colhida.

A autoria é igualmente induvidosa, uma vez que a vítima Henri Caruzo declarou que o réu chegou em seu posto de gasolina e abasteceu o veículo com R$ 150,00 de combustível. Tão logo o funcionário Tiago tirou o bico da bomba de combustível, o acusado se evadiu com o carro. Viu, pelas imagens das câmeras de segurança, que se tratava de um I30, cor preta, e conseguiu anotar os dados das placas do automóvel. Dois dias depois, um senhor compareceu ao posto e, apresentando-se como pai do recorrente, realizou o pagamento de R$ 150,00 (gravação digital no sistema SAJ).

Acesso ao Sumário

O policial Renato Marioti Machado narrou que estavam em patrulhamento, avistaram o carro em questão, o qual estava em alta velocidade, com a tampa do combustível aberta e o bocal preso com uma "*cordinha*". Deram sinal de parada e o condutor acelerou, somente parando quando o pneu furou. A placa dianteira estava adulterada, com o número 0 modificado para 8, com o uso de fita preta. Em seguida, foi irradiado que aquele automóvel estava envolvido com o não pagamento de combustível. A perseguição se deu por aproximadamente quatro minutos. Destacaram, por fim, que somente de perto era possível verificar a adulteração da placa (gravação no sistema SAJ).

Vale destacar que o fato de a prova estar alicerçada nos depoimentos dos policiais que efetivaram as diligências não lhe retira a credibilidade, pois se trata de agentes públicos que gozam da presunção de idoneidade no exercício da função e, por isso, as suas declarações devem ser acolhidas sem reservas, especialmente se não se demonstrou interesse concreto da sua parte na incriminação de pessoa anteriormente desconhecida, como no caso em exame.

A respeito do assunto é iterativa a jurisprudência no sentido de que **"*o depoimento de policial obedece aos mesmos princípios aplicáveis ao restante das pessoas, não havendo que se falar em suspeição ou inidoneidade considerando-se somente sua condição funcional*"** (RT 752/589).

Por sua vez, o réu assumiu a adulteração da placa do carro, transformando, com fita isolante, o número 0 em 8. Também admitiu que deixou de pagar o valor devido pelo abastecimento do seu carro. Declarou, por fim, que parou o veículo, assim que os policiais sinalizaram (gravação no sistema SAJ).

Portanto, patentes a materialidade e a autoria dos delitos, pois o réu adulterou a placa dianteira do seu carro (transformando, com fita isolante, o número 0 em 8), tendo, ainda, deixado, deliberadamente, de pagar o valor devido pelo abastecimento do automóvel, e, em seguida, desrespeitado sinal de parada emitido por policiais, o que gerou perseguição por cerca de quatro minutos.

Ressalta-se que as placas constituem sinais identificadores externos de veículo automotor, e o crime em exame restou caracterizado na medida em que o elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico, que consiste na vontade livre e consciente de adulterar sinal identificador de veículo automotor, não se exigindo para o seu aperfeiçoamento fim específico, mesmo porque o objeto jurídico do delito é a fé pública, dado o interesse do Estado em proteger a propriedade e a segurança do registro de veículos automotores.

Além disso, no caso dos autos, a conduta do réu foi extremamente reprovável, já que adulterou sinal identificador de veículo com uso de fita isolante, o que, pelos motivos já expostos, caracteriza o crime previsto no artigo 311, do Código Penal. Nesse sentido, o laudo pericial de fls. 90/94 atestou a adulteração.

A propósito, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 311 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. USO DE FITA ADESIVA PARA ALTERAR A PLACA DO AUTOMÓVEL COM O FIM DE BURLAR O RODÍZIO MUNICIPAL DE VEÍCULOS. CONDUTA TÍPICA. DESNECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR A FÉ PÚBLICA. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a norma contida no art. 311 do Código Penal busca resguardar a autenticidade dos sinais identificadores dos veículos automotores, sendo, pois, típica, a simples conduta de alterar, com fita adesiva, a placa do automóvel, ainda que não caracterizada a finalidade específica de fraudar a fé pública. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (grifei – STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1327888/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 11.03.2015).

"PENAL. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. UTILIZAÇÃO DE FITA ISOLANTE. CONDUTA TÍPICA. MATÉRIA PREQUESTIONADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A questão da tipicidade ou não da conduta imputada foi expressamente debatida no aresto recorrido, não havendo que se falar em inobservância do necessário prequestionamento. 2. A orientação jurisprudencial desta Corte é pacífica no sentido de que a simples adulteração de placa de veículo automotor, com a utilização de fita adesiva, configura o crime previsto no art. 311 do Código Penal. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl no REsp 1575337/SP, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 25.10.2016, DJe 18.11.2016).

E não há que se cogitar de adulteração grosseira, uma vez que os policiais verificaram que o réu havia adulterado a numeração com fita adesiva, somente ao se aproximarem do automóvel.

Do mesmo modo, não há de se cogitar de atipicidade da conduta, devido ao reconhecimento do "princípio da insignificância", em face do valor do prejuízo suportado pela vítima (R$ 150,00), pois não pode a vantagem patrimonial ilícita obtida ser considerada insignificante ou mesmo irrisória. Destaque-se, ainda, dupla reincidência do acusado.

A respeito da questão, é esse o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça: ***"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. ATIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIVERSAS CONDENAÇÕES EM CRIMES PATRIMONIAIS. HABITUALIDADE DELITIVA. REGIME MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Acerca da matéria, sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A reincidência e a habitualidade delitiva têm sido compreendidas como obstáculos iniciais***

Acesso ao Sumário

à tese da insignificância, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal. 3. Apesar de o valor dos bens subtraídos ser de R$ 93,93, o agravante foi "definitivamente responsabilizado por três crimes patrimoniais, além de possuir diversas passagens pela polícia". 4. É cabível a adoção do regime prisional fechado aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 anos, se desfavorável circunstância judicial. Inaplicabilidade do Enunciado n. 269 da Súmula do STJ. 5. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 646736/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Olindo Menezes, j. 15.06.2021, DJe 18.06.2021).

Desse modo, é inafastável a condenação, nos termos da sentença.

As penas não comportam alteração.

As básicas partiram do piso legal e, na segunda fase, em relação ao delito de adulteração de sinal de identificação de veículo automotor e ao estelionato, a dupla reincidência (fls. 38/41) foi compensada parcialmente com a atenuante da confissão espontânea, resultando, na segunda fase, em acréscimo de um sexto. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, ***"o agravante é duplamente reincidente, de maneira que não há ilegalidade na preponderância dessa circunstância sobre a atenuante genérica da confissão espontânea, no caso, o que enseja o aumento da sua reprimenda no patamar prudencialmente recomendado de 1/6 sobre a pena-base***" (AgRg no HC 656705/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04.05.2021, DJe 07.05.2021).

E, pela desobediência, aplicou-se acréscimo de um terço pela dupla recidiva, ressaltando-se que o réu não confessou a prática deste crime.

Na terceira fase, as penas do estelionato foram reduzidas em dois terços, uma vez que, dois dias após o crime, o genitor do réu pagou ao posto de gasolina o valor do prejuízo (R$ 150,00).

Assim, as penas alcançaram quatro anos e um mês de reclusão e doze dias-multa, de unidade no piso, para o crime de adulteração de sinal de identificação de veículo automotor, cinco meses e treze dias de reclusão e quatro dias-multa, de valor unitário mínimo, para o estelionato, e vinte e dois dias de detenção e quatorze dias-multa, de unidade no piso, para o delito de desobediência.

Finalmente, foi bem estabelecido o regime prisional fechado para o cumprimento da pena de reclusão, em razão das condenações anteriores do acusado, devendo, contudo, pelos mesmos motivos, ser mitigado para o semiaberto o regime prisional para o desconto da pena detentiva, no caso do crime de desobediência (art. 33, *caput*, parte final, do CP).

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, a fim de mitigar o regime prisional fixado para o cumprimento da pena de detenção para o semiaberto, mantida, no mais, a sentença impugnada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500067-38.2018.8.26.0622, da Comarca de Itapeva, em que é apelante RENATO CAIO CUNHA DE SOUZA, é apelado 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 apelo, a fim de alterar uma pena substitutiva para prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, observado o disposto no artigo 312-A, da Lei nº 9.503/97, permanecendo a restritiva de direitos de prestação pecuniária, na forma como estipulada, mantida, no mais, a r. sentença, por V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.219)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente) e WALTER DA SILVA.

São Paulo, 2 de agosto de 2021.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, qualificada pela embriaguez – Recurso da defesa – Modificação da pena restritiva de direitos imposta para a de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos termos do artigo 312-A, do CTB – Viabilidade – Expressa determinação legal – Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos – Norma geral aplicável ao caso, por ser compatível com a regra especial – Pena corporal e regime prisional fixados com critério – Pena cumulativamente prevista de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor estipulada apenas como substitutiva de interdição temporária de direitos e afastada por conta do acolhimento do pleito defensivo – Ausência de inconformismo ministerial nesse ponto – Apelo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 188/193, cujo relatório se adota, condenou **RENATO CAIO CUNHA DE SOUZA** ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos de

reclusão, em regime inicial aberto, como incurso no artigo 303, § 2º, c.c. artigo 291, § 1º, I, ambos da Lei nº 9.503/97, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na interdição temporária de direitos, relativa à suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo prazo de 06 (seis) meses, e prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo e em favor da vítima.

Inconformado, apela o acusado pretendendo seja aplicada a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos termos do artigo 312-A, do Código de Trânsito Brasileiro (fls. 201/205).

Recurso bem processado e com resposta (fls. 211/216), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial apelo, apenas para substituição da pena de interdição temporária de direitos por prestação de serviços à comunidade (fls. 223/226).

É o relatório.

Ao que consta da denúncia, no dia 01 de setembro de 2018, por volta de 22h03min, na Rua Nove de Julho, nº 1777, Jardim Grajau, cidade e comarca de Itapeva, **Renato Caio Cunha de Souza** praticou lesão corporal culposa na direção de veículo automotor em face da vítima Fernando Carlos Santos Maciel, inclusive tendo conduzido a motocicleta *Yamaha/XTZ*, placas (...)-Itapeva/SP, com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, causando as lesões corporais graves descritas no laudo pericial (fls. 67/68).

Apurou-se que o acusado, após ter ingerido bebida alcoólica, passou a conduzir a motocicleta acima descrita pela Rua Nove de Julho, levando como passageiro Júlio Cezar Souza Santos, quando, em dado momento, atropelou a vítima Fernando Carlos Santos Maciel.

Ato contínuo, policiais militares compareceram ao local e verificaram que o réu estava embriagado, o qual, então, foi submetido ao teste do etilômetro, sendo constatado que conduzia seu veículo com concentração de álcool igual a 0,53 mg/L de ar expelido dos pulmões (fls. 14).

Em razão da manifesta imprudência do acusado, consistente em fazer o uso de bebida alcoólica antes de assumir a direção de veículo automotor, a vítima sofreu as lesões corporais descritas no laudo de exame de corpo de delito.

O apelante admitiu a ingestão de bebida alcoólica (fls. 07).

Ressalto, de proêmio, que a materialidade e a autoria delitivas, sobejamente evidenciadas pelo seguro conjunto probatório coligido, não foram questionadas pelo apelante, pois somente busca a modificação da pena restritiva de direitos imposta.

Passo, então, à análise do tópico do inconformismo, salientando que o apelo comporta acolhida.

Acesso ao Sumário

Deve ser desde logo consignado que a dosimetria da pena privativa de liberdade foi acertadamente elaborada e não merece qualquer reparo, mesmo porque balizada no piso, assim como bem estipulado o regime prisional aberto.

Convém salientar que a atenuante reconhecida na r. sentença, por ter o réu prestado auxílio à vítima logo após os fatos, não tinha mesmo o condão de propiciar a redução da pena aquém do patamar mínimo.

Nesse sentido, o Pretório Excelso já decidiu que "*ao contrário das causas especiais de diminuição da pena, as atenuantes genéricas não podem reduzi-la aquém do mínimo legal*" (HC 77.912/RS, Rel. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 17.11.98).

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já assentou o entendimento de que "*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*" (Súmula nº 231).

Entrementes, cabe anotar que o § 2º do artigo 303, da Lei nº 9.503/97, estabelece uma pena privativa de liberdade, *sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo*, ou seja, há, ainda, a cominação expressa e cumulativa de pena restritiva de direitos, consistente na **suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor**, não fixada, contudo, em primeira instância, o que deverá ser mantido, à míngua de recurso do Ministério Público nesse ponto, não podendo, por isso mesmo, ser acolhido o entendimento apresentado em suas contrarrazões, até porque inoportuno, no sentido de que seja tal penalidade aplicada nesta instância, já que decorrente de disposição legal.

Ademais, foi imposta tal restrição somente como uma das penas restritivas de direitos substitutivas da corporal.

Cumpre consignar, nesse contexto, que não há a incidência, na hipótese, do artigo 312-B, do Código de Trânsito Brasileiro, que veda a aplicação do aludido benefício para os crimes do artigo 302, § 3º, e do artigo 303, § 2º, ambos do mesmo Codex, uma vez que o delito apurado nestes autos foi praticado antes da entrada em vigor do dispositivo em questão, incluído pela Lei nº 14.071, de 13 de outubro de 2020.

De outro tanto, a Lei nº 13.281/16 também alterou a Lei nº 9.503/97 e acrescentou, entre outras providências, nova regra (artigo 312-A), que estabelece que a pena restritiva de direitos, quando aplicada, seja a de prestação de serviços à comunidade ou a entidade públicas, com a determinação de certas atividades, sendo clara a intenção do legislador de inserir o infrator de trânsito em ambiente no qual possa ter contato próximo com pessoas vítimas de acidentes e constatar a grave realidade com que ele, de algum modo, contribuiu, firmando o caráter pedagógico e ressocializador da reprimenda.

Assim, uma vez concedida a benesse ao condenado, como ocorreu no

Acesso ao Sumário

presente caso, deveria obrigatoriamente ter sido fixada aludida pena restritiva de direitos, nos termos do citado artigo, sob o critério da especialidade, o que, todavia, não afasta, à evidência, os parâmetros de individualização, com a incidência da norma geral, porquanto compatível, acerca da aplicação de duas penas restritivas de direitos, já que diante de condenação superior a um ano (artigo 44, § 2º, do Código Penal).

A regra especial, aliás, somente estabelece que, se beneficiado o agente com a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, seja esta a de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, ainda que se estivesse, por outro lado, diante de reprimenda igual ou inferior a 06 (seis) meses, em razão da inexistência de qualquer distinção entre a quantidade de pena imposta, o que deve prevalecer sobre a vedação delineada no Diploma Penal (artigo 46).

Nesse diapasão, viável, malgrado o abrandamento da medida operado em primeira instância, inclusive no tocante à duração da pena restritiva de direitos, o acolhimento da pretensão defensiva, mormente em face de pedido expresso deduzido nesse sentido.

Assim, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos moldes da alteração legislativa vigente e pelo prazo de 06 (seis) meses, mercê do conformismo ministerial também nesse aspecto, com o afastamento da interdição temporária de direitos e a mantença da prestação pecuniária, por ser mais favorável ao acusado, além de inexistir na sua insurgência apontamentos claros acerca de qual pena a ser modificada, ou se o benefício deveria ser concedido com a aplicação de uma única pena alternativa, o que já foi refutado alhures.

Outrossim, insuficiente, para a prevenção e repressão do crime praticado, a singela substituição da pena privativa de liberdade por somente uma restritiva de direitos e multa.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao apelo, a fim de alterar uma pena substitutiva para prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, observado o disposto no artigo 312-A, da Lei nº 9.503/97, permanecendo a restritiva de direitos de prestação pecuniária, na forma como estipulada, mantida, no mais, a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500153-11.2019.8.26.0610, da Comarca de Batatais, em que é apelante JOAO

PAULO MARTINS SOUSA, 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 17.938)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente sem voto), FERNANDO SIMÃO e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 5 de agosto de 2021.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Apelação. Porte de drogas para consumo próprio. Art. 28 da Lei Antidrogas. Pleito de absolvição por atipicidade material, com aplicação do Princípio da Insignificância. Não cabimento. Crime de perigo abstrato, contra a saúde pública. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **JOÃO PAULO MARTINS SOUSA** (fls. 307/310) em face da r. sentença de fls. 254/257 a qual desclassificou a conduta inicialmente imposta a ele (art. 33, *caput* e art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas) para o tipo penal do art. 28 da Lei Antidrogas, impondo-lhe a pena de advertência.

A denúncia foi oferecida (fls. 01/04), o réu foi devidamente notificado (fls. 92), apresentou defesa prévia (fls. 101/104), e houve recebimento da inicial (fls. 117/118). Foi realizada audiência de instrução e julgamento e sobreveio sentença condenatória, contra a qual o réu se insurge.

Pugna o apelante pela aplicação do Princípio da Insignificância, a fim de que se reconheça a atipicidade da conduta, ante a baixa quantidade de drogas encontradas em seu poder e, por conseguinte, afirma que de rigor sua absolvição.

Em contrarrazões o *parquet* pugnou pelo não provimento do apelo (fls. 316/319).

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça foi pelo não provimento do recurso (fls. 327/332), e os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

Consta da inicial acusatória que em 05 de julho de 2019, na Comarca de Batatais, **JOÃO PAULO MARTINS SOUSA** foi flagrado na posse de

Acesso ao Sumário

12.331,430g (doze mil trezentos e trinta e um gramas e quatrocentos e trinta miligramas) de maconha, divididas em 15 (quinze) porções.

Afirma-se que policiais militares em fiscalização de trânsito abordaram automóvel Honda Civic que era conduzido por **JOÃO PAULO**, sendo certo que notaram que ele estava acompanhado dos adolescentes T.L.S. e P.H.R.O., e o último apresentou nervosismo ao avistar a Polícia.

Houve revista pessoal e os policiais encontraram R$ 730,00 (setecentos e trinta reais) com P.H.R.O., R$ 1.365,00 (mil trezentos e sessenta e cinco reais) com **JOÃO PAULO**, um saco plástico contendo maconha no banco traseiro, R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) na carteira de P.H.R.O., além de uma porção de maconha e R$ 177,00 (cento e setenta e sete reais) próximos ao painel do carro.

Ante tal quadro fático, **JOÃO PAULO** foi preso em flagrante por tráfico de drogas. Regularmente denunciado e processado, ao cabo da instrução processual penal houve desclassificação delitiva, sendo imputada a **JOÃO PAULO** a prática do delito previsto no art. 28 da Lei Antidrogas, razão pela qual se insurge.

De início, em respeito ao efeito devolutivo amplo do apelo criminal ressalto que a materialidade delitiva restou comprovada por meio do laudo de fls. 56/58, e a autoria firmou-se após análise da prova oral.

Com efeito, o apelante confessou que a porção de maconha encontrada nas proximidades do painel do automóvel era sua, para uso próprio, o policial militar **OLIVER PORTO DE SOUZA** confirmou a apreensão de tal porção de droga, e os adolescentes T.L.S. e P.H.R.O. narraram que, com exclusão da porção de maconha localizada perto do painel (32,0 gramas), o restante das drogas pertencia a P.H.R.O.

Não há dúvida, portanto, que restou demonstrada a autoria.

No que tange ao pleito de aplicação do princípio da insignificância, conforme há muito foi definido pelo E. STF, "***Para a incidência do princípio da insignificância, além de serem relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato – tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada –, devem ser analisados, em cada caso, de forma cautelar e rigorosa, a realidade sócio-econômica do País e o conjunto de valores éticos juridicamente aproveitados pelo sistema penal para determinar se a conduta pode ou não ser considerada típica para a configuração do delito***" (HC 97051, Rel. Min. Cármen Lúcia, C. 1ª Turma, j. 13/10/2009).

Ademais, conforme jurisprudência pacífica do C. STJ, "***não se aplica o princípio da insignificância ao delito descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em razão de se tratar de crime de perigo abstrato, contra a saúde pública,***

sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida" (AgRg no RHC 147.158/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 01/06/2021).

Vale trazer à tona, também, ensinamento de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

> ***"Crime de bagatela: em tese, seria viável, neste contexto, a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade quando a quantidade da droga apreendida fosse mínima. Entretanto, pela atual disposição legal, não nos soa mais razoável que assim se faça. O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de mínimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação de sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado"*** (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 335).

É evidente que com a edição da atual Lei Antidrogas houve um abrandamento das penas aplicadas ao usuário de entorpecentes (advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo), as quais notadamente ostentam caráter educativo, visando sempre à recuperação do usuário e coibir a reiteração.

Ademais, repise-se que o objeto jurídico tutelado pela norma do art. 28 da Lei Antidrogas (crime de perigo abstrato, que dispensa a comprovação de risco concreto ao bem jurídico) é a saúde pública, haja vista que sua conduta transborda o âmbito individual, ostentando potencialidade ofensiva à sociedade.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** à apelação de **JOÃO PAULO MARTINS SOUSA**, mantendo-se a r. decisão atacada como posta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0009484-48.2012.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante/apelado CRISTINE JACIRA ROSSI, é apelado/apelante 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: Negaram provimento ao apelo do Ministério Público e, de ofício, julgaram extinta a punibilidade de Cristine Jacira Rossi pela prescrição da pretensão punitiva,

Acesso ao Sumário

nos termos dos arts. 107, IV, 109, V, e 110, § 1º, todos do Código Penal, ficado prejudicado o recurso da ré. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.860)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 9 de agosto de 2021.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – VENDA DE MEDICAMENTO FALSIFICADO – Recurso do Ministério Público objetivando a aplicação da pena prevista no art. 273, §1º, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 – Recente decisão do Pleno do C. Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal e, por repristinação, restabeleceu as penas de 1 a 3 anos e multa previstas antes da edição da Lei 9.677/98 – Apelo improvido.

APELAÇÃO CRIMINAL – VENDA DE MEDICAMENTO FALSIFICADO – Recurso da defesa – Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva – Declaração de ofício.

VOTO

CRISTINE JACIRA ROSSI foi condenada nas penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, piso mínimo, como incursa no art. 273, §1º, do Código Penal (fls. 196/198).

Irresignada apela a representante do Ministério Público, requerendo a aplicação do preceito secundário previsto no art. 273, §1º, do Código Penal que prevê pena de reclusão de 10 (dez) a 15(quinze) anos e multa (fls. 213/222).

Recorre, também, a ré, pleiteando, em preliminar, a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.677/98, assim como o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia. No mérito, pede sua absolvição por insuficiência probatória ou por atipicidade, invocando o princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer a desclassificação para a modalidade culposa, a redução da pena e aplicação das penas alternativas (fls. 243/247).

Recursos tempestivos, bem processados, contrariados (fls. 230, 243/247 e 251/257), com parecer da Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso do ministerial (se não sobrestado o feito ante a existência de reconhecimento

Acesso ao Sumário

repercussão geral a respeito a constitucionalidade da pena cominada ao crime) e pelo improvimento do apelo da ré (fls. 259/272).

É o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

A pretensão do Ministério Público restringe-se à aplicação do preceito secundário previsto no art. 273, §1º, do Código Penal que prevê pena de reclusão de 10 (dez) a 15(quinze) anos.

Ocorre que, em 24 de março de 2021, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 979.962, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal e, por repristinação, restabeleceu as penas de "1 a 3 anos e multa" prevista antes da edição da Lei 9.677/98, cuja ementa do julgado foi assim redigida: *Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.003 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público Federal e deu parcial provimento ao recurso de Paulo Roberto Pereira, determinando o retorno do processo ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região para aplicação da tese jurídica fixada neste julgamento, nos termos do voto reajustado do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux (Presidente) e Marco Aurélio, nos termos de seus votos. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: "É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa)", vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin. Plenário, 24.03.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).*

É certo que, para que a decisão do C. Supremo Tribunal Federal que julgou a inconstitucionalidade da lei tenha efeitos "erga omnes", é necessário que o Senado Federal determine a "suspensão da execução da lei, no todo ou em parte", nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Porém, este E. Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Desembargador Otávio Rocha, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 2101742-05.2021.8.26.0000, em caso análogo, decidiu que, "ainda não se tem notícia de comunicação ao Senado Federal (art. 52, X, CF) quanto à declaração de inconstitucionalidade, em caráter definitivo, do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, proclamada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 24.3.2021, nos autos do Recurso Extraordinário nº 979.962. Mas é inegável que tal decisão assinala uma estabilização do entendimento jurisprudencial da *Suprema Corte* acerca da matéria, tanto que nesse julgamento foi ele fixado como Tema de Repercussão Geral (nº 1.003), o que é suficiente para fazer incidir a obrigatoriedade de sua

Acesso ao Sumário

observância pelos juízes e tribunais inferiores, *ex vi* do artigo 927 do CPC/2015.

Daí que, no caso em apreço, a partir de uma análise em perspectiva, única possível em sede de *habeas corpus*, é forçoso convir que na hipótese de que seja o paciente condenado ao término da ação penal mencionada na petição inicial, a ele será aplicada a pena corporal cominada originalmente no artigo 273 do Código Penal, antes da Lei nº 9.677/98 vale dizer, de 1 a 3 anos e multa ante a repristinação determinada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão acima mencionada" – grifo nosso.

Desta forma, fica improvido o recurso do Ministério Público que pretendia a majoração da pena.

Outrossim, considerando a pena reclusiva aplicada na r. sentença, é de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva.

A reprimenda sofrida prescreve em 04 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal.

Esse lapso temporal decorreu entre a publicação da sentença (12/12/2016 – fls. 199) e o presente julgamento.

Isto posto, nega-se provimento ao apelo do Ministério Público e, de ofício, julga-se extinta a punibilidade de Cristine Jacira Rossi pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V, e 110, § 1º, todos do Código Penal, ficado prejudicado o recurso da ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0057239-50.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DENIS DE ALMEIDA SILVA, ERIELTON JOHNNY TAVARES DOS SANTOS, GABRIEL LOMBARDI RENZO, GABRIEL MACHADO DOS SANTOS, MARCELO ALVES MOREIRA, SEBASTIÃO MARCIO BATISTA DA SILVA, THIAGO LUCHINI VANDERLEI, WALTER FERNANDO MACHADO e THIAGO DE SOUZA MARTINS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.802)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e CARLOS BUENO.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

Acesso ao Sumário

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – PROMOVER TUMULTO, ART. 41-B, DO ESTATUTO DE DEFESA DO TORCEDOR – ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – PRELIMINAR – POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA EXCLUSIVAMENTE PELA ACUSAÇÃO – ART. 401, § 2º, CPP – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA A DEFESA – **MÉRITO – MATERIALIDADE DELITIVA E AUTORIA DEMONSTRADAS – PENAS MANTIDAS NOS MÍNIMOS LEGAIS – OPERADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ESTATUTO DE DEFESA DO TORCEDOR – REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO ADEQUADO QUANTO AOS DEMAIS CRIMES – PRELIMINAR REJEITADA E, QUANTO AO MÉRITO, RECURSOS IMPROVIDOS.**

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos interpostos por Thiago de Souza Martins, Gabriel Machado dos Santos, Walter Fernando Machado, Erielton Johnny Tavares dos Santos, Marcelo Alves Moreira, Thiago Lunchini Vanderlei, Sebastião Márcio Batista da Silva, Gabriel Lombardi Renzo e Denis de Almeida Silva contra a r. decisão monocrática de fls. 1999/2066.

Os nove acusados recorrentes foram denunciados como incursos, em concurso material, no art. 157, § 2º, II, do Cód. Penal, no art. 163, parágrafo único, I e III, do Cód. Penal, no art. 288, parágrafo único, do Cód. Penal, e no art. 41-B, parágrafo 1º, II, do Estatuto de Defesa do Torcedor.

A r. sentença recorrida julgou parcialmente procedente a inicial e:

I) julgou extinta a punibilidade de Thiago de Souza Martins, Gabriel Machado dos Santos e Walter Fernando Machado, com fulcro no art. 107, IV, primeira parte, do Cód. Penal, em relação ao crime previsto no art. 41-B, do Estatuto de Defesa do Torcedor;

II) condenou os acusados Thiago de Souza Martins, Gabriel Machado dos Santos e Walter Fernando Machado como incursos no art. 157, § 2º, II, do Cód. Penal, a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e a 10 (dez) dias-multa,

Acesso ao Sumário

e, em concurso material, como incursos no art. 288, *caput*, do Cód. Penal, a 1 (um) ano de reclusão;

III) condenou os acusados Erielton Johnny Tavares dos Santos, Marcelo Alves Moreira, Thiago Lunchini Vanderlei, Sebastião Márcio Batista da Silva e Gabriel Lombardi Renzo como incursos, em concurso material, no art. 157, § 2º, II, do Cód. Penal, a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e a 10 (dez) dias-multa, no art. 288, *caput*, do Cód. Penal, a 1 (um) ano de reclusão, e no art. 41-B, segunda parte, do Estatuto de Defesa do Torcedor, a 1 (um) ano de reclusão, pena substituída em pena impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realiza evento esportivo, quando houver jogo do Santos Futebol Clube, pelo prazo de 1 (um) ano;

IV) absolveu, com fulcro no art. 386, VII, o réu Denis de Almeida Silva da imputação de se achar incurso nos crimes descritos na inicial.

A r. decisão recorrida transitou em julgado para a acusação (fls. 2188).

Todos os acusados recorreram.

Pugna a defesa dos acusados Walter Fernando Machado, Erielton Johnny Tavares dos Santos, Marcelo Alves Moreira, Thiago Lunchini Vanderlei, Sebastião Márcio Batista da Silva e Gabriel Lombardi Renzo, preliminarmente, pelo pronunciamento de nulidade processual por cerceamento de defesa decorrente de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa (fls. 2149/2160).

Sustenta, a propósito, que a desistência de oitiva judicial de uma testemunha arrolada pela acusação, testemunha protegida identificada como "Japão", impossibilitou a elucidação de pontos imprescindíveis para a defesa dos réus.

Sustenta, ainda, que a "desconsideração" da testemunha em questão dá ensejo ao reconhecimento da nulidade de todos os atos do processo a partir da oitiva da fase extrajudicial da testemunha "Japão".

Buscam as respectivas defesas, quanto ao mérito, a absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória (fls. 2098/2117).

Pugna a defesa de Gabriel Machado dos Santos, em suma, pela absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória (fls. 2098/2117 e 2167/2170,).

Pedem, subsidiariamente, a redução das penas, o reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade relativa (Gabriel) e da participação de menor importância, bem como pela desclassificação do crime de roubo.

Pleiteiam, ainda, a redução da exasperação relativa à causa de aumento do crime de roubo e a fixação do regime prisional aberto para o início de cumprimento das respectivas penas privativas de liberdade.

A defesa de Denis de Almeida Silva objetiva, em suma, a alteração do fundamento de sua absolvição, sob alegação de que não há demonstração de que esteve no local dos fatos ou que tenha se dirigido à quadra da Torcida Jovem

Acesso ao Sumário

junto aos demais acusados para eventual confronto (fls. 2121/2144).

Os autos retornaram à primeira instância para apresentação de contrarrazões (fl. 2181).

Contra-arrazoados os recursos (fls. 2185/2187), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo improvimento dos apelos (fls. 2190/2213).

Houve, ao ensejo do recebimento da denúncia, o indeferimento do pedido de prisão preventiva dos acusados, com a imposição de medidas cautelares de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, proibição de ausência da Comarca sem autorização e afastamento dos estádios nos dias das partidas disputadas pelo Santos (fls. 534/539).

Quanto ao réu Marcelo, posteriormente, dada a notícia de seu envolvimento no homicídio de um torcedor do Sport Club Corinthians, foi decretada sua prisão preventiva (fls. 1650/1651).

As medidas cautelares impostas foram, depois, revogadas quanto aos demais réus (fls. 1760 e 1775).

É, em síntese, o relatório.

A matéria preliminar não comporta acolhimento.

Importa anotar, de início, que o pronunciamento de nulidade, a teor do art. 563, do Cód. de Proc. Penal, tem como pressuposto a demonstração de prejuízo para a parte, o que não se demonstrou, concretamente, no caso em tela.

Nos termos do § 2º do art. 401 do Cód. de Proc. Penal, ressalvado o disposto no art. 209, do Cód. de Proc. Penal, a parte pode desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas.

Há que se considerar, ainda, como bem anotado pelo D. Representante Ministerial de primeiro grau de jurisdição, que, caso fosse de seu interesse, a defesa poderia ter arrolado referida testemunha ou requerido sua oitiva a qualquer tempo (fl. 2186).

Insta consignar, de qualquer forma, que a defesa não suscitou a alegada nulidade no momento oportuno, razão pela qual, também por este motivo, a questão foi atingida pela preclusão (fls. 1929/1937).

No mais, a matéria preliminar confunde-se com o mérito e com este será analisada.

Quanto ao mérito, os recursos não procedem, merecendo prevalecer, sem qualquer reparo, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ficou demonstrado, com a necessária segurança, que os (8) acusados Erielton, Gabriel Lombardi, Marcelo, Sebastião, Walter, Gabriel Machado, Thiago de Souza e Thiago Luchini associaram-se para o fim específico de cometerem crimes.

Acesso ao Sumário

Ficou demonstrado que, nas mesmas condições de tempo e lugar, os (8) acusados Erielton, Gabriel Lombardi, Marcelo, Sebastião, Walter, Gabriel Machado, Thiago de Souza e Thiago Luchini, agindo em concurso e mediante violência, subtraíram, para si, uma camiseta da torcida organizada Gaviões da Fiel (imagem 23).

Ficou demonstrado que, nas mesmas condições de tempo e lugar, os (5) acusados Erielton, Gabriel Lombardi, Marcelo, Sebastião e Thiago Luchini, agindo em concurso, promoveram tumulto e praticaram violência durante o trajeto de ida ao local de realização de evento esportivo.

Na data referida na inicial, dia de jogo entre as equipes Corinthians e Santos, na Arena Corinthians, os acusados, integrantes da Torcida Jovem dos Santos, sabendo que torcedores do Corinthians passariam pela estação Penha do Metrô, marcaram um encontro no local.

Os réus Erielton, Marcelo, Walter, Gabriel Lombardi e Thiago Souza fizeram parte de um primeiro grupo de torcedores do time do Santos, que chegaram à espação de Metrô Penha e agrediram, pelas costas, torcedores do Corinthians, que estavam na bilheteria.

Uma das vítimas caiu ao solo, oportunidade em que Marcelo subtraiu sua camisa do Corinthians, enquanto o ofendido continuava a ser agredido com chutes na cabeça.

Nessa oportunidade, chegou ao local o segundo grupo de torcedores da Torcida Jovem dos Santos, integrado pelos réus Thiago Luchini, Sebastião e Gabriel Machado, que contribuíram para a prática do roubo, aderindo à conduta criminosa e também passavam a investir contra os torcedores rivais.

Os torcedores vítimas foram perseguidos pelo saguão da estação de Metrô. O acusado Marcelo desferiu uma voadora, enquanto Walter orientava os demais acusados a seguir em direção dos torcedores rivais, que corriam para se proteger.

Durante as investigações, mediante análise das imagens captadas pelas câmeras de segurança do local, informações complementares recebidas pelo "Disque Denúncia" e imagens das redes sociais dos acusados, investigadores de polícia da DRADE – Delegacia de Repressão aos Delitos de Intolerância Esportiva identificaram os réus, membros da torcida organizada Torcida Jovem do Santos, apuraram que aparecem juntos em várias imagens de redes sociais e que são praticantes artes marciais (fls. 33/34 35/36 37/39 40/41 42/44 46/47 48/50 51/53).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelos depoimentos das testemunhas presenciais, funcionários do Metrô, Antônio Gean do N. Filho, José do Nascimento Filho, Josias Gonçalves do Nascimento, Marcos dos Reis Cavalcante, Maurílio Alves, Adalberto Carlos Spavier,

Cláudio Roberto da Silva (fls. 281/282, 519/523 e 524/529), bem como pelos testemunhos dos investigadores de polícia Celso Augusto Gonçalves e Lucas Cazarini, que descreveram a dinâmica dos fatos a partir da verificação das imagens captadas pelas câmeras de segurança.

Nada há a infirmar a prova oral da acusação.

Quanto à versão exculpatória apresentada pelos réus ao longo da persecução penal, no sentido de se eximir de qualquer participação ou de que apenas se defenderam das agressões perpetradas pelos integrantes do time rival, porque afastada, com segurança, pelo conjunto probatório, não merece acolhimento.

Como bem considerado na r. decisão recorrida, as imagens captadas pelas câmeras de segurança do Metrô apontam que as agressões foram iniciadas pelos acusados, bem como que as vítimas tentaram se evadir do local, mas foram perseguidas pelos réus, dinâmica que foi confirmada pelos depoimentos das testemunhas presenciais.

Também não corrobora a versão exculpatória o fato de que alguns dos acusados utilizavam as camisas cobrindo os rostos, a fim de tentar evitar sua futura identificação.

Não é demais anotar que os réus, que foram condenados, reconheceram-se nas imagens captadas pelas câmeras de segurança da estação do Metrô.

A prova oral da defesa não se presta a alterar o panorama do conjunto probatório.

O conjunto probatório, no âmbito da materialidade delitiva, é complementado pelos autos de exibição e apreensão (fls. 208, 216, 224, 236/237, 241/242 e 254/255), laudo do direcionador de fluxo danificado (fls. 1337/1338), imagens capturadas do arquivo de vídeo obtido das câmeras de segurança do Metrô (fls. 1119/1331).

Como bem anotado na r. decisão recorrida, o conjunto probatório demonstrou, com segurança, que os réus agiram em concurso de agentes para a prática dos crimes pelos quais foram condenados.

Não é demais destacar, a propósito, os termos da r. sentença recorrida:

> *"Assim, das provas colhidas sob o crivo do contraditório, restou clara a aderência entre as vontades dos réus. Da dinâmica dos fatos narrados e a partir das imagens obtidas, tem- se que os réus se encontraram na estação Penha do Metrô, previamente ajustados, sob a desculpa de se dirigirem juntos à sede da Torcida Jovem para assistirem ao jogo em um telão lá instalado e juntos investiram contra torcedores do Corinthians, agredindo- os, perseguindo-os e subtraindo uma camisa. Ademais, tendo em vista a partida realizada na data dos fatos entre as duas equipes, sabiam que torcedores corintianos passariam pelo local para dirigirem-se ao Estádio em Itaquera.*

Acesso ao Sumário

Como já consignado, a versão dos réus de que todos se encontraram apenas e tão somente para ir até a quadra da Torcida e que teriam se defendido das agressões iniciadas pelos corintianos restou isolada dos autos. Evidente que não era somente essa a vontade dos réus, uma vez que, chegando na estação, sem qualquer motivo ou provocação anterior, iniciaram as investidas contra as vítimas, pelas costas.

Das provas colhidas sob o crivo do contraditório, restou clara a aderência entre as vontades dos réus. Todos são integrantes da mesma torcida organizada, praticantes de artes marciais (a maioria na própria sede da torcida) e combinaram o encontro na estação Penha do metrô; chegaram ao local agressivos e provocando tumulto e agredindo as vítimas. Agiram todos em um mesmo contexto que foi criado e proporcionado pela ação conjunta dos réus, divididos em dois grupos, claramente organizados (grifei). Desde já, anote-se, que a intenção dos réus restou clara, uma vez que, desde o início, sem qualquer provocação, briga ou motivo prévio que o justificasse, causaram tumulto e agrediram "torcedores rivais".

Mais precisamente em relação ao delito de roubo – eis que todos praticaram diretamente a elementar "promover tumulto" –, é certo que a conduta agressiva de todos os réus, em grande número, possibilitou a sua prática, Isto porque – e também no tocante ao requisito da relevância causal do comportamento – a investida contra os torcedores do Corinthians, no interior da estação Penha, por um grande número de pessoas, possibilitou, com facilidade, a subtração do pertence da vítima e as agreções."

Como se vê, a solução condenatória, nos moldes em que se deu em primeiro grau de jurisdição, era de rigor.

Os pleitos defensivos subsidiários também não comportam acolhimento.

No que tange à qualificação jurídica da conduta dos apelantes, não há dúvida de que foram praticados os crimes de promover tumulto, roubo consumado, agravado pelo concurso de agentes, e associação criminosa.

Ficou demonstrado que os acusados provocaram importante desordem na estação do metrô, quebra da ordem pública, levando as pessoas presentes a um estado de pânico, medo e terror.

Da mesma forma, não há dúvida da ocorrência de desapossamento patrimonial mediante violência física.

Em relação a estes crimes, como bem justificado na r. decisão recorrida, não há dúvida de que os acusados agiram em concurso de agentes e que a adesão de todos foi determinante à execução das práticas ilícitas em questão, com o mesmo grau de importância.

Ademais, como bem demonstrado pela digna julgadora de primeiro grau de jurisdição, os acusados encontravam-se associados para a prática de crimes,

Acesso ao Sumário

como os em tela, com razoável grau de estabilidade e permanência, merecendo destaque o fato de serem torcedores da mesma agremiação futebolística, integrante da mesma entidade de torcedores e, é importante frisar, dirigiram-se à estação do metrô, onde notoriamente encontrariam torcedores da agremiação futebolística adversária, no dia da realização do jogo, algum tempo antes de seu início.

Insta consignar, por derradeiro, que, tanto no que tange ao reconhecimento da figura típica do *caput* do art. 41- B do Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei 10.671/2003), como no que se refere ao afastamento do parágrafo único do art. 288 do Cód. Penal, com base no art. 383, do Código de Processo Penal, devem prevalecer, pois se tratam de requalificações a partir dos elementos de prova colhidos durante a persecução penal e não são desfavoráveis aos acusados.

No que concerne à dosimetria das penas, a r. decisão recorrida também não merece qualquer reparo.

As penas-base dos crimes de promover tumulto, roubo e associação criminosa, em relação ao respetivos os réus, foram fixadas nos mínimos legais, razão pela qual a circunstância atenuante da menoridade relativa de Walter, Gabriel Machado e Thiago de Souza não importa em redução aquém dos mínimos legais (Súmula 231, C. STJ).

Quanto ao crime de roubo, houve a posterior majoração de 1/3 (um terço), índice legal mínimo, dada a causa especial de aumento de pena do concurso de agentes, devidamente demonstrada, como já anotado.

O cúmulo material das penas era de rigor, dada a diversidade de espécies delitivas e dos respectivos momentos consumativos, bem como por decorrerem de desígnios autônomos, em que pese ter a presente persecução penal decorrido do mesmo contexto fático.

No que tange ao crime previsto no art. 41-B, do Estatuto de Defesa do Torcedor, a pena de reclusão foi substituída em pena impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realiza evento esportivo, nos termos do parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal.

O prazo fixado para a pena substitutiva, 1 (um) ano, apresenta-se como adequado e foi devidamente motivado (fl. 2047).

O regime prisional fixado para o início de cumprimento das penas privativas de liberdade relativas aos crimes de roubo e de associação criminosa, o semiaberto, apresenta-se como compatível com o *quantum* das penas, a natureza dos crimes, as concretas circunstâncias do caso em tela, bem como com o disposto no parágrafo 1º do art. 69 do Cód. Penal, como bem anotado na r. decisão recorrida.

Inviável, também, o acolhimento do pleito de detração em relação ao crime de promover tumulto.

Acesso ao Sumário

Os réus responderam ao processo em liberdade e não há previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) (fls. 539 e 175).

Por derradeiro, quanto ao recurso de Denis de Almeida Silva, seu pleito de alteração do fundamento de sua absolvição não comporta acolhimento.

Importa considerar, a propósito, que, apesar de não haver suficientes elementos para a condenação de Denis, não verte dos autos, com segurança, a demonstração de que efetivamente não estivesse no local dos fatos, mas, ao contrário, há indícios remotos em seu desfavor.

Há indícios desfavoráveis ao acolhimento do pleito defensivo, como imagem obtida das câmeras de segurança do local e a oitiva do investigador de polícia Eloy, no sentido de não ter existido equívoco na identificação desse réu.

Face ao exposto, rejeitada a matéria preliminar, meu voto nega provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500196-24.2020.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante CLÓVIS PEREIRA DOS SANTOS, 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.398)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 17 de agosto de 2021.

LEME GARCIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Injúria racial. Recurso defensivo. Absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. Conjunto probatório harmônico e coeso que comprova a materialidade e autoria do delito. Acusado que atingiu a dignidade e o decoro da vítima, por meio de manifestação de desprezo e depreciação em relação à sua raça ou etnia. Condenação mantida.

Pena e regime prisional bem fixados, com escorreita substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Negado provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por CLÓVIS PEREIRA DOS SANTOS contra a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito José Gilberto Alves Braga Junior, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Fé do Sul, que o condenou à pena de 01 ano e 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena imposta, e uma pena de multa, fixada no valor de 10 dias-multa, em razão da prática do crime previsto no artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal (fls. 227/323).

Em razões de recurso, pugna a Defesa pela absolvição do apelante por insuficiência de provas ou pela atipicidade de sua conduta, em razão da ausência de dolo. De forma subsidiária, pleiteia a concessão do perdão judicial previsto no artigo 140, §1º, incisos I e II, do Código Penal (fls. 238/246).

Em contrarrazões, manifesta-se a Promotoria de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 260/261).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Edson José Rafael, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 276/282).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O apelante foi condenado porque, em 19 de dezembro de 2019, por volta das 10h30, na Câmara Municipal de Santa Fé do Sul, injuriou Norma Aparecida de Jesus, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro, utilizando-se de elementos referentes à raça.

Conforme apurado, o réu e a vítima participavam de uma sessão na Câmara dos Vereadores de Santa Fé do Sul. Durante a reunião, iniciou-se uma discussão entre os presentes, oportunidade em que o acusado ofendeu a vítima, chamando-a de "negrinha fedida".

A referida ofensa ocorreu na presença de várias pessoas, haja vista que foi realizada na Câmara dos Vereadores, local em que se concentravam diversas pessoas.

A materialidade do crime restou comprovada pela portaria (fls. 02), pelo boletim de ocorrência (fls. 03/05) e pela prova oral produzida.

A autoria delitiva, do mesmo modo, é inequívoca.

O réu, nas duas oportunidades em que foi ouvido, negou a autoria do

Acesso ao Sumário

delito (fls. 12 e mídia digital). Em juízo, narrou que, no dia do ocorrido, ocorreu uma votação na Câmara Municipal de Santa Fé do Sul sobre o reparcelamento de uma dívida da Prefeitura junto ao Fundo Municipal de Previdência. Atestou que todos os funcionários públicos, aposentados e os sindicatos estavam na sessão. Afiançou que, durante a reunião, ocorreu uma confusão. Disse que a vítima estava "falando, gritando, falando dos vereadores, do prefeito" e apenas a advertiu de que ela não poderia fazer aquilo, pois poderia se arrepender. Reiterou que apenas advertiu a vítima, não proferindo qualquer xingamento contra ela.

Contudo, suas escusas em nada o beneficiam, porquanto restaram isoladas nos autos, ausentes elementos probatórios a lhes dar guarida.

A vítima Norma Aparecida de Jesus, tanto na Delegacia de Polícia quanto em juízo (fls. 06 e mídia digital), confirmou os fatos descritos na denúncia. Ela narrou que, no dia ocorrido, estava participando de uma sessão na Câmara dos Vereadores em que se discutia o projeto da "Santa Fé Prev". Afiançou que, durante a reunião, ocorreu uma discussão entre os participantes. Nesse ínterim, o acusado chamou-a de "negrinha fedida e titica de galinha". Aduziu que, na saída da reunião, o réu abordou-a novamente e disse que "iria pegá-la". Asseverou que se sentiu ofendida com a falta de respeito do apelante. Afirmou que nunca teve qualquer problema com o acusado. Explicou que ambos trabalhavam juntos na prefeitura, mas "cada um vivia em seu canto".

A testemunha Gilvan César de Melo, em juízo, informou ser filiado a um partido político e, por isso, costumava a frequentar a Câmara dos Vereadores. Aduziu que, no dia do ocorrido, durante a sessão, o réu agrediu a ofendida verbalmente, chamando-a de "titica de galinha e negrinha fedida". Aduziu que outras pessoas que estavam no local também ouviram as ofensas, pois a Câmara Municipal estava lotada naquele dia. Afirmou que não conhecia a vítima anteriormente (mídia digital).

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Aline Silva Bittencourt, sob o crivo do contraditório. Afirmou que conhecia as partes apenas de vista. Aduziu que, no dia do ocorrido, durante uma sessão tumultuada na Câmara dos Vereadores, o réu chamou a vítima de "macaca e preta fedida" e afirmou que "ela deveria estar na cozinha". Ao fim da sessão, ele chamou-a de "galinha" e disse que "a pegaria na rua". Atestou que, durante a reunião, por diversas vezes, ele se levantou e mandou a vítima calar a boca (mídia digital).

A testemunha arrolada pela Defesa Ana Paula Pelaio Garcia Toppam, em juízo, informou conhecer a vítima e o acusado. Narrou que, no dia do ocorrido, ocorreu uma sessão acalorada na Câmara dos Vereadores. Afiançou que a ofendida e o réu discutiram. Durante o entrevero, a vítima se exaltou e ofendeu CLOVIS, salientando algo sobre "cabides de emprego". Asseverou que o recorrente apenas advertiu a vítima para que ela tomasse cuidado com o que dizia,

Acesso ao Sumário

pois poderia se arrepender. Afirmou que estava ao lado das partes no momento da discussão e não houve qualquer xingamento entre elas. Ao fim da sessão, todos foram embora do local juntos (mídia digital).

Com efeito, diante das declarações da vítima em juízo, reforçadas pelos depoimentos das testemunhas arroladas pela Acusação, ficou comprovado que o réu, durante uma discussão ocorrida no interior da Câmara dos Vereadores do município de Santa Fé do Sul, injuriou a vítima Norma, chamando-a de "negrinha fedida".

Nesse ponto, a despeito das alegações defensivas, é certo que as declarações da vítima foram corroboradas pelas testemunhas Gilvan e Aline, pessoas que não possuíam qualquer vínculo com acusado e vítima e, por isso, não teriam motivos para acusar o réu injustamente.

Ademais, em relação ao depoimento da testemunha Ana Paula, como bem salientado pelo i. sentenciante "*Muito embora a testemunha de defesa ter declarado que não houve xingamento por parte do acusado, de outro lado, não ficou comprovado que ela permaneceu durante todo o tempo ao lado de Clóvis. Outrossim, como bem salientado pelo Ministério Público, diante da discussão acalorada em local público com várias pessoas, as ofensas podem não ter sido presenciadas por outras pessoas que lá estavam*." (fls. 230).

Assim, ficou comprovada, de forma estreme de dúvidas, a autoria do delito.

Ademais, é certo que o §3º, do artigo 140, do Código Penal, estabelece que a injúria será qualificada se houver a *utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.*

Embora a Defesa alegue que as ofensas não foram perpetradas com o intuito de discriminar a vítima em razão de sua raça/etnia, uma vez que foram proferidas durante discussão ocorrida na Câmara dos Vereadores, local em que "*Há muita discussão, barulho, gritos de protesto, tumulto, etc*.", restou demonstrado nos autos que ele atingiu a dignidade e o decoro da ofendida, por meio de manifestação de desprezo e depreciação em relação à raça dela, chamando-a de "negrinha fedida".

Outrossim, nada obstante as ponderações trazidas pela Defesa, cumpre ressaltar que o Poder Legislativo é casa democrática e representativa de todos os cidadãos, local em que se deve preponderar a discussão de ideias, e não de ofensas, mormente aquelas que se referem a raça ou etnia de terceiros.

Evidente, portanto, que a ofensa à honra subjetiva da vítima foi realizada valendo-se o réu de elementos relativos à sua raça/etnia, menosprezando-a.

Desta forma, torna-se inconteste a responsabilidade criminal do apelante, porquanto devidamente comprovado que sua conduta se amolda aos elementos

Acesso ao Sumário

do tipo previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal.

Por fim, o pedido de concessão do perdão judicial, com fulcro no artigo 140, §1º, incisos I e II, do Código Penal, não comporta guarida. Isso porque, não ficou evidenciado nos autos que a ofendida provocou a injúria (inciso I e tampouco tratava-se de retorsão imediata (inciso II), inexistindo provas de que ela tenha dado início à discussão ou que tenha proferido injúrias contra o acusado.

Confirmado o mérito da sentença condenatória, passo à análise da dosimetria da pena.

Ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, o d. juízo *a quo* corretamente fixou a pena-base no mínimo legal de 01 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Em seguida, na segunda etapa, inexistindo agravantes ou atenuantes a serem consideradas, a pena acima referida se manteve no mesmo patamar.

Na terceira fase, reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 141, inciso III, do Código Penal, a reprimenda foi corretamente majorada na razão de 1/3, resultando em 01 ano e 04 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, no valor mínimo legal.

Devido ao *quantum* da pena aplicada, aliado à primariedade do acusado, correta a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda, nos termos do que dispõe o artigo 33, parágrafo 2º, alínea "c", do Código Penal.

A par disso, verifico que, no caso em apreço, presentes estão os requisitos do artigo 44, do Código Penal, porquanto não se trata de crime praticado com violência ou grave ameaça e a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do agente permitiram a manutenção da pena-base no mínimo legal, de tal modo que se revela cabível a concessão de pena alternativa.

Presentes, portanto, os requisitos estabelecidos no artigo 44, do Código Penal e por ser medida socialmente recomendável, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade imposta por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena imposta, e uma pena de multa, fixada em 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Posto isso, pelo meu voto, nego provimento ao recurso defensivo, subsistindo, na íntegra, a r. sentença de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502771-50.2020.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DANIEL BOR-

GES SOARES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso do Ministério Público para, afastada a aplicação do § 4º do artigo 33 da lei especial, e, 'ex officio' promovendo-se a 'reformatio in mellius' para cancelar a agravante do crime perpetrado em período de calamidade pública, readequar as penas de Daniel Borges Soares a 06 anos de reclusão, sob regime prisional fechado, e 600 dias-multa, no piso legal, cancelada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Vencido parcialmente o 2º Juiz, Dr. Juscelino Batista, o qual mantinha a agravante da calamidade pública, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.291)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), JUSCELINO BATISTA e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 23 de agosto de 2021.

MAURICIO VALALA, Relator

Ementa: Tráfico de drogas – Coesão e harmonia do quadro probatório – Circunstâncias do episódio que positivam a traficância – Condenação mantida.

Pena-base – Quantidade e natureza das drogas apreendidas que autorizam a exasperação – Fração de 1/5 consentânea.

Agravante do crime perpetrado em estado de calamidade pública – Relação de causalidade entre o período da calamidade pública e a perpetração do delito – Não ocorrência – Estado de vulnerabilidade como agente facilitador da prática não verificado – Afastamento – Necessidade – Precedente.

Aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 – Circunstâncias em que perpetrado o delito, que contou com apreensão de droga no interior de veículo previamente preparado para o seu transporte, além de expressiva importância em dinheiro e petrechos utilizados no acondicionamento da ilícita substância, alinhadas à ausência de comprovação de ocupação lícita pelo réu e aos coerentes depoimentos policiais, a indicarem sua dedicação a atividade criminosa ou participação em organização criminosa – Afastamen-

Acesso ao Sumário

to – Necessidade.

Conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos – 'Quantum' das penas que 'de per si' inviabiliza a substituição, a par das peculiaridades do caso e da hediondez do delito, que não se coadunam com a natureza das penas alternativas, ademais insuficientes para a hipótese e socialmente não recomendáveis – Cancelamento – Necessidade.

Regime prisional fechado – Adequação – Gravidade concreta do delito perpetrado, que contou com a apreensão de expressiva quantidade de droga, cuja nocividade não se desconhece, certos seu potencial de disseminação e sua natureza desagregadora, alinhada à dedicação do réu ao ofício criminoso.

Apelo acusatório parcialmente provido.

VOTO

A r. decisão de fls. 178/189, do d. juízo de direito da 2ª Vara da Comarca de Salto, cujo relatório se adota, julgou procedente a presente ação, condenando Daniel Borges Soares por infração ao artigo 33, "caput", c/c o seu § 4º, da Lei 11.343/06, e com o artigo 61, inciso II, alínea "j", do Código Penal, às penas de 02 anos e 02 meses de reclusão, sob regime prisional aberto, e de 216 dias-multa, no piso legal, substituída, a pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária no importe de dois salários mínimos em favor de entidade pública ou privada com destinação social, a ser designada oportunamente pelo juízo da execução; determinado, outrossim, o perdimento de bens e valores apreendidos, além da expedição de alvará de soltura clausulado em favor do réu.

Apelou, o representante do Ministério Público, bradando pelo recrudescimento da reprimenda sob os vieses do aumento da pena-base, do afastamento da aplicação da benesse da lei especial ou sua aplicação com redutor mínimo, do cancelamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e da fixação do mais gravoso dos regimes prisionais.

O apelo foi regularmente processado.

Sobreveio parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso acusatório.

Expedido alvará de soltura em favor do réu, cumprido a fls. 198.

É o relatório.

Merece parcial agasalho o brado ministerial.

Acesso ao Sumário

Centrou-se a Acusação, em seu pleito, no que diz com o recrudescimento das penas sob os vieses do agravamento da pena-base, do afastamento da aplicação da benesse da lei especial ou sua incidência com patamar mínimo de redução, do cancelamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e da fixação do mais gravoso dos regimes prisionais, o que não impede registrar que robustas as provas da materialidade e da autoria do delito trazidas para os autos, calcadas nos autos de prisão em flagrante delito, de exibição e apreensão e de constatação provisória e nos laudos de exames de peças, de exame do veículo e de exame químico-toxicológico, bem como na prova oral coligida aos autos.

Interrogado, o acusado negou a prática delitiva, realçando que havia sido contratado para o transporte do veículo, desconhecendo que em seu interior havia droga.

O agente policial Antonio reportou-se a informes recebidos de populares dando conta do transporte e da distribuição de drogas na região em dado veículo por certo sujeito. Localizado o automóvel, suspeita a atitude do réu, deu-se a abordagem, sendo apreendida expressiva importância em dinheiro com ele e no interior do carro, em dado compartimento, as drogas, além de rolo de papel filme, apreendidos; o réu negou a prática delitiva, concluiu, linhas gerais sendo acompanhado, em sua versão por seu colega de equipe Eduardo.

A forma como embalada, acondicionada e ocultada a droga, as circunstâncias de sua apreensão, em compartimento previamente preparado no interior do veículo conduzido pelo réu, além de expressiva importância em dinheiro, não justificada a contento, a quantidade da ilícita substância – pouco mais de 528 gramas de cocaína em pó, dispersos em mil, duzentos e nove microtubos plásticos – a consequente prisão em flagrante do indigitado, somadas a sua situação econômica não trouxe prova de ocupação lícita –, e aos coerentes depoimentos dos agentes policiais, não deixam margem a dúvidas da prática da traficância.

De rigor, pois, a condenação.

Não obstante, as penas merecem redimensionamento.

A quantidade e a natureza da droga apreendida autorizam a exasperação, consentâneo o patamar eleito a esse título, com elevação das penas a 06 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Não era caso de reconhecimento da agravante do crime perpetrado em estado de calamidade pública, que ora se cancela.

Nem minimamente foi comprovada a relação de causalidade que haveria entre o período da calamidade pública e a perpetração do delito de tráfico, não havendo notícia no sentido de maior vulnerabilidade social a facilitar a perpetração da execrável prática; pelo contrário, ao que consta o policiamento seguia e segue regular, nos moldes que antecederam ao período em que inserido o estado

Acesso ao Sumário

de calamidade pública.

Precedente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Ação Penal – Tráfico de Drogas – Sentença condenatória – Apreensão de crack, cocaína e maconha – Autoria e materialidade comprovados – Insurgência do réu quanto à dosimetria- Primeira fase – Pena-base fixada no mínimo legal, em observância aos art. 42 da Lei de Entorpecentes e ao art. 59 do Código Penal (05 anos de reclusão e 500 dias-multa) – Segunda fase – Magistrado que considerou a preponderância da agravante de reincidência específica sobre a confissão espontânea e, ainda, aumentou a pena em razão da agravante prevista na alínea "j", II, do art. 61, CP, na fração de metade – Respeitado o entendimento do d sentenciante, tem-se que a agravante de reincidência específica não tem preponderância sobre a atenuante de confissão espontânea – Compensação devidamente realizada – Agravante contida no art. 61, II, alínea "j", CP, que não tem aplicação no caso – Inexistência de relação de causalidade entre a situação vivenciada no período de calamidade pública (Coronavírus) e a prática do tráfico de drogas – A exasperação da pena é devida quando o agente se aproveita de uma situação, para o cometimento do crime, o que não ocorre na espécie – Agravante afastada – Terceira fase – Redutor que não tem aplicação na espécie – Réu reincidente – Regime fechado que fica mantido – Recurso provido em parte para redimensionar o *quantum* da reprimenda. (TJSP; Apelação Criminal 1508766-65.2020.8.26.0228; Relator: Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/09/2020; Data de Registro: 21/09/2020)".

As circunstâncias em que perpetrado o delito, que contou com apreensão de droga no interior de veículo previamente preparado para o seu transporte, consoante atestado no laudo pericial, além da expressiva importância em dinheiro, não justificada a contento, e dos petrechos utilizados em seu acondicionamento, alinhadas à ausência de comprovação de ocupação lícita pelo réu e aos coerentes depoimentos policiais, estão a indicar sua dedicação a atividade criminosa ou participação em organização criminosa.

Acesso ao Sumário

O réu não trouxe comprovação de que se dedicasse, ao tempo do desatino, a trabalho lícito, não se exigindo grande esforço mental para se deduzir que pela quantidade de droga por ele transportada, gozava da confiança de seu fornecedor, o que não se adquire em parco espaço de tempo.

Destarte, quedam, as penas, inalteradas em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, no menor valor unitário, ausentes circunstâncias outras a serem sopesadas.

Registra-se a nocividade da droga apreendida – cocaína em pó –, e sua capacidade de provocar dependência, conduzindo os que optam por enveredar por essa seara a caminhos muitas vezes sem volta, em total descompasso com

os valores apregoados pela Sociedade.

O 'quantum' da pena, que 'de per si' seria suficiente a não se vislumbrar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em observância ao preconizado no artigo 44 do Código Penal, alinhado às peculiaridades do caso, que contou com apreensão de expressiva quantidade de droga, cuja nocividade não se desconhece, não estão a recomendar qualquer benesse ao apelante, que poderia soar como incentivo a novas investidas na senda criminosa, traduzindo-se em verdadeira impunidade, contrário do que busca a Sociedade; cancelada, pois, a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Imperioso se fixe o mais gravoso dos regimes prisionais, que ora se fixa, dada a gravidade concreta do delito perpetrado, consoante razões supra expendidas, valendo realçar que a prática vem colocando em alerta as famílias brasileiras, cujas bases vêm sendo minadas com a disseminação do vício propiciado pela traficância e pelo seu vertiginoso crescimento, não acompanhado pelas políticas de segurança que buscam coibi-lo, tamanha a estrutura dos que o professam.

Vale acentuar que o tráfico de drogas – no caso habitual – é verdadeiro fomentador de crimes das mais variadas estirpes, no mais praticados sob o manto da violência, não se coadunando com a natureza das penas alternativas ou mesmo com regimes prisionais menos severos que o fechado, insuficientes para a hipótese e socialmente não recomendáveis.

Diante do exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso do Ministério Público para, afastada a aplicação do § 4º do artigo 33 da lei especial, e, 'ex officio' promovendo-se a 'reformatio in mellius' para cancelar a agravante do crime perpetrado em período de calamidade pública, readequar as de penas de Daniel Borges Soares a 06 anos de reclusão, sob regime prisional fechado, e 600 dias-multa, no piso legal, cancelada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500619-11.2019.8.26.0123, da Comarca de Capão Bonito, em que é apelante B.J.P., 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: De-

Acesso ao Sumário

ram parcial provimento ao apelo para fixar as penas de B.J.P. em 01 (um) mês e 21 (vinte e um) dias de detenção, em regime semiaberto, mantida, no mais, a r. sentença recorrida. Expeça-se mandado de prisão oportunamente. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.261)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 24 de agosto de 2021.

DAMIÃO COGAN, Desembargador Relator

Ementa: Apelação Criminal. Ameaça decorrente de violência doméstica de forma continuada. Pretensão de absolvição por não constituir o fato infração penal e por insuficiência de provas, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*. Pedidos subsidiários de redução da pena e aplicação do regime aberto. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação nos termos da r. sentença. Penas readequadas. Regime prisional mantido face o Princípio da Suficiência Penal. Recurso parcialmente provido.

VOTO

B.J.P. foi condenado como incurso no art. 147, do Código Penal, c.c. art. 61, inciso II, "f" (decorrente de violência doméstica) na forma do art. 71, do Código Penal, às penas de 03 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de detenção, em regime semiaberto (fls. 126/135 e fls. 157/158).

Irresignado apela pretendendo a absolvição por não constituir o fato infração penal e por insuficiência de provas, nos termos do art. 386, incisos III e VII, do Código Penal, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*. Subsidiariamente, requer a diminuição da pena imposta e a aplicação do regime aberto (fls. 172/179).

Foi contrariado o reclamo e a D. Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo improvimento do recurso (fls. 185/187 e fls. 195/198).

É o relatório.

Consta dos autos que no final do mês de abril de 2019, na Rua (...), (...), Jardim Novo Mundo, na cidade de Votorantim/SP, B.J.P., ora apelante, ameaçou causar mal injusto e grave, por palavras e mensagens escritas, a sua ex-namorada H.N.B.

Consta ainda, que, na data de 07 de junho de 2019, em horário indeterminado, na Rua (...), (...), Vila São Paulo, na cidade e comarca de Capão Bonito,

Acesso ao Sumário

B.J.P., ora apelante, ameaçou causar mal injusto e grave, por mensagens escritas, a sua ex-namorada H.N.B.

Segundo o apurado, apelante e a vítima tiveram um relacionamento amoroso que perdurou por aproximadamente dois meses, certo que estavam separados há três meses.

Consta também que, após a separação, a ofendida mudou-se para a cidade Votorantim/SP, onde, em meados do mês de abril, B. passou a ameaça-la de morte, ocasião em que disse à vítima que caso ela não ficasse com ele, não ficaria com mais ninguém.

Além disso, o acusado passou a ameaçar H. por meio de mensagens de texto, enviadas através do telefone celular, conduta que incutiu fundado medo na ofendida, que retornou para a casa dos pais, na cidade de Capão Bonito.

Contudo, já quando a vítima estava nesta cidade, B.J. continuou ameaçando H.N., por meio de mensagens enviadas ao seu telefone celular, ocasião em que escreveu: "eu mato você e me mato"; "você vai ver a cagada que eu vou fazer" (fl. 09); "eu vou te achar"; "vai ser tiro de papum" (fl. 10); "eu arranco sua cabeça primeiro e de quem entrar na minha frente"; "vocês não sabe com quem mexeram" (fl. 12).

Representação da vítima por fls. 04.

A materialidade do delito está confirmada pelo boletim de ocorrência às fls. 03/04, bem como pelos "prints" de aparelho celular de fls. 08/12.

A autoria é inconteste.

O apelante na fase policial negou a prática dos fatos. Alegou que apenas discutiu com a vítima após o fim do relacionamento e disse que se ela "não ficasse com ele não ficaria com mais ninguém". Disse que chegou a ameaçar a vítima por mensagens de celular porque estava nervoso, mas que não faria qualquer mal à ofendida. Pediu desculpas à vítima e não manteve mais contato com ela (fls. 17). Em Juízo, não compareceu para ser ouvido tendo sido decretada sua revelia (fls. 124 e 157/158).

Todavia, a negativa de autoria do apelante restou isolada no conjunto probatório amealhado nos autos eis que os relatos da vítima e da testemunha comprovam que o apelante ameaçou à vítima, conforme crime descrito no art. 147, do Código Penal.

A vítima, em Juízo, confirmou que namorou com o réu e que tinham um relacionamento estável. Mudou-se de Capão para Sorocaba em razão de trabalho e o réu passou a visitá-la. Disse que o começou a ter crises de ciúmes após ter se mudado para Sorocaba e passou a ameaçá-la. O réu dizia que se ela não fosse dele não seria de mais ninguém. Sentiu medo do réu depois das mensagens enviadas. Não reataram o relacionamento e o réu ficou bravo por ter feito a denúncia. Asseverou que o réu também ameaçou seu pai e sua mãe por mensagens

Acesso ao Sumário

(cf. sistema audiovisual SAJ – *via streaming* – fls. 166).

H.Z.B., pai da vítima, disse que o réu ameaçou a vítima por mensagens de celular, porém não se recorda do conteúdo exato (cf. sistema audiovisual SAJ – *via streaming* – fls. 166).

O acervo probatório é forte e coeso no sentido da prática pelo réu do crime de ameaça contra a vítima H.N. (ocorrência policial, representação da vítima e prova oral colhida), razão por que a manutenção da condenação é medida que se impõe.

Anote-se que o bem jurídico protegido no crime de ameaça é a liberdade psíquica da vítima, além da liberdade física, que poderá ser atingida em razão do fundado temor de que venha a sofrer mal injusto e grave.

E as declarações da vítima e da testemunha são coerentes e uniformes entre si e também com as demais provas, o que lhes confere merecida credibilidade, razão por que a manutenção da condenação é medida que se impõe, não se podendo falar em absolvição por ausência de dolo na conduta do apelante ou por não constituir o fato infração penal, vez que evidenciado que o réu atuou com vontade livre e consciente de ameaçar sua ex-namorada de causar-lhe mal injusto e grave, não se podendo invocar o princípio *in dubio pro reo.*

De outro lado, a alegação de que as ameaças foram proferidas em contexto de discussão e ciúme, *in casu*, não tem o condão de afastar o caráter ilícito tampouco reduzir a reprovabilidade da conduta, uma vez que o conjunto probatório aponta que não decorreu simplesmente no contexto de mera discussão como exposto nas mensagens copiadas de fls. 8/12.

Não obstante, o crime de ameaça é de natureza formal, consumando-se no momento em que a vítima é alcançada pela promessa, manifestada pelo agente de forma verbal, por escrito ou palavras, de que estará sujeito a mal injusto e grave, incutindo-lhe fundado temor, não reclamando sua caracterização a produção de qualquer resultado material efetivo.

E a vítima confirmou em Juízo que sentiu medo do réu após as ameaças proferidas por meio de mensagens de texto, enviadas através do telefone celular, como visto (fls. 08/12).

O certo é que a conduta do réu incutiu fundado medo na ofendida que, em razão das ameaças, retornou para a casa dos pais, na cidade de Capão Bonito.

A condenação nos termos da r. sentença era mesmo medida de rigor.

A dosimetria, todavia, merece pequeno reparo.

Fixo as básicas acima dos patamares mínimos em 1/8 (um oitavo) em razão dos maus antecedentes (cf. certidão de fls. 54 – Processo nº 0002710-71.2007.8.26.0123 – furto qualificado – data do trânsito: 12/08/2008), resultando em 01 (um) mês e 03 (três) dias de detenção.

Acesso ao Sumário

Na segunda fase da dosimetria, as penas foram majoradas em 1/3 (um terço) pelas agravantes da reincidência (cf. certidão de fls. 53 – Processo nº 0001574-97.2011.8.26.0123 – art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 – data do trânsito: 28/03/2014) e do art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, tendo em vista que o agente cometeu o crime com violência contra a mulher na forma da Lei nº 11.340/06. As penas perfazem 01 (um) mês e 14 (quatorze) dias de detenção.

Reconhecido o crime continuado, vez que o apelante, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes da mesma espécie narrado na inicial, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, elevo as penas em 1/6 (um sexto), perfazendo 01 (um) mês e 21 (vinte e um) dias de detenção.

Inaplicável, ao caso *sub judice*, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nem tampouco o benefício do *sursis*, vez que o apelante não preenche os requisitos previstos no art. 44 e art. 77, ambos do Código Penal, vez que se trata de réu reincidente e ostenta maus antecedentes.

O regime para cumprimento da pena imposta foi o inicial semiaberto, que fica mantido, eis que adequado face ao Princípio da Suficiência, sendo que o apelante ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis e é réu reincidente, demonstrando ter a vida pautada pela prática de crimes o que faz merecer maior reprovabilidade de sua conduta e uma terapêutica penal mais rigorosa.

O réu respondeu solto ao processo e a r. Sentença concedeu o apelo em liberdade.

Isso posto, **dá-se parcial provimento ao apelo para fixar as penas de B.J.P. em 01 (um) mês e 21 (vinte e um) dias de detenção, em regime semiaberto, mantida, no mais, a r. sentença recorrida. Expeça-se mandado de prisão oportunamente.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500079-22.2020.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante A.D., 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: Rejeitadas as preliminares, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.099)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES

(Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 26 de agosto de 2021.

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Ementa: Apelação Criminal – DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. PRELIMINARES – Nulidade – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Ausência de assistência de advogado quando o réu foi inquirido perante a autoridade policial – Faculdade do investigado, no curso do inquérito policial – O próprio acusado optou em comparecer ao ato sem estar acompanhado de um defensor.

Alegação de que não foi juntado aos autos prova da materialidade e de que foi ele o autor de denúncia anônima – Tese que se confunde com o mérito e nele foi analisado.

PRELIMINARES REJEITADAS.

MÉRITO – Materialidade delitiva e autoria demonstradas.

Prova – Palavras de informantes, confirmadas pelo depoimento de policial civil – Validade – Prova tranquila para manutenção do decreto condenatório.

Penas corretamente fixadas.

Rejeitadas as preliminares, recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 402/407, acrescenta- se que a ação penal foi julgada procedente para condenar o réu A.D. foi condenado às penas do artigo 339, *caput*, e § 1º, do Código Penal, em 4 anos e 8 meses de reclusão e 23 dias-multa no valor mínimo, em regime inicial fechado.

Inconformado, recorre o réu. Preliminarmente, argui cerceamento de defesa, pela ausência de assistência de advogado quando inquirido perante a autoridade policial e porque não juntado aos autos prova da materialidade e de que foi ele o autor de denúncia anônima. No mérito, pugna por sua absolvição por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, fixação da pena-base no mínimo legal e regime inicial aberto (fls. 440/450).

Apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 453/461), nesta instância, a Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento (fls. 475/482).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Inicialmente, sem razão o recorrente nas preliminares arguidas.

Em primeiro lugar, não se vislumbra que tenha ocorrido qualquer cerceamento de defesa, uma vez que o acusado não foi acompanhado por um defensor quando ouvido perante a autoridade policial.

Consta dos autos que na oportunidade de seu interrogatório extrajudicial (fls. 52), o apelante foi cientificado da imputação que lhe é feita e de seus direitos e garantias constitucionais.

Além disso, como já bem analisado pelo magistrado sentenciante, o réu possui formação acadêmica em Direito, o que revela que tem conhecimento jurídico, inclusive porque já possui condenações pretéritas por se passar por advogado, sendo que inegável, portanto, que maior conhecimento que um cidadão comum sobre a possibilidade de comparecer ao interrogatório policial acompanhado de advogado. Porém, por se tratar de uma faculdade do investigado, no curso do inquérito policial, o próprio acusado optou em comparecer ao ato sem acompanhamento de um advogado, sendo que agora não pode alegar qualquer irregularidade.

Por outro lado, a alegação de ausência de elementos probatórios para demonstração da materialidade e autoria delitiva se confunde com o mérito e nele será analisado.

Assim, como vigora a regra do prejuízo como condição para a nulidade ("*pas de nullité sans grief*") e ele não restou demonstrado, não seria caso mesmo de reconhecer a nulidade.

Isto posto, rejeitam-se as preliminares.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Com efeito, a materialidade delitiva está provada pelo documento de fls. 3/6 em que o Ministério Público requisitou investigação para apurar a notícia anônima transcrita a fls. 4/5, pela ordem de serviço (fls. 7/15), relatório do Conselho Tutelar (fls. 19/23), bem como pelas demais provas produzidas sob o crivo do contraditório.

A autoria é certa.

Constou na exordial acusatória que no dia 12 de setembro de 2019, por volta das 13h16min, desde local incerto mas com efeitos na Comarca de Fernandópolis, o réu A.D., por motivo fútil e servindo-se de anonimato, deu causa à instauração de investigação administrativa e policial contra R.S.M., por imputar-lhe a prática de estupro de vulnerável em face de M.C.F., crime de que o sabia inocente.

Apurou-se que A. manteve união estável com A.F.S., tendo ambos gerado M.C.F. e outro filho. Findo o relacionamento, A. passou a se relacionar com

Acesso ao Sumário

R.S.M.

O acusado, porém, enciumado e inconformado com o término do relacionamento com A. e visando prejudicar R., motivação evidentemente fútil, nas circunstâncias de data e horário indicadas no primeiro parágrafo, imputou de forma anônima, mediante denúncia ao Disque-100 (Disque Direitos Humanos), a prática por R.S.M. de estupro de vulnerável e de ameaça em face de M.C.F., filha do denunciado, afirmando que "*M., criança, é abusada sexualmente e agredida psicologicamente pelo padrasto. B. e negligenciada pela genitora A. Os fatos ocorrem há aproximadamente um ano, ocasionalmente, na casa da vítima. B. alisa as partes íntimas da vítima e faz ameaças de morte se contar para alguém. O (a) demandante informa que o suspeito já deu celular, patinete, corrente de ouro e vários presentes para a vítima*." (fl. 04).

Referida notícia foi remetida pelo Disque-100 ao Ministério Público, que iniciou a investigação administrativa do fato e remeteu cópia da denúncia à Polícia Civil, que também instaurou investigação policial sobre os fatos.

Sucede que as investigações policiais, como se nota do relatório de fls. 07/15, evidenciaram que os crimes imputados nunca ocorreram e que, em verdade A. imputara falsamente a prática criminosa a R., tanto que o réu isso admitiu, em ligação telefônica a N.A.F. (avó materna de M.C.) quando interpelado a respeito, asseverando ainda que formularia outras denúncias até que conduzisse à cadeia R. e A.

Quanto interrogado, na Polícia e em Juízo, o réu negou a prática do delito, alegando que não é o autor da denúncia registrado no "Disque Direitos Humanos" contra os ofendidos "B." e A. (fls. 52 e link de fls. 193).

Contudo, suas escusas não encontram respaldo na prova acusatória e, portanto, foram corretamente rechaçadas.

A informante A.F.S. confirmou que o réu não se conformava com o término do relacionamento que teve com ela. Esclareceu que teve dois filhos com o réu, inclusive sua filha mais velha M.C.F. Acrescentou que A. já fez denúncias no Conselho Tutelar, a ameaçou de morte, a difamou nas redes sociais, foi preso em razão da falta de pagamento de pensão alimentícia e, quando estava preso, mandou vídeos a ameaçando para o celular da filha. Em uma ligação para sua genitora, A. admitiu que fez a denúncia falsa contra seu namorado R., acusando-o da prática de estupro de vulnerável contra sua filha M.C. (link de fls. 193).

O informante R.S.M. confirmou o relatado por A. Contou que iniciou relacionamento com A. após ela se separar do acusado. Afirmou ser falsa a acusação de ter praticado estupro de vulnerável contra M.C. Negou passar tempo sozinho com a menor. Tomou conhecimento de que A. admitiu ter feito a acusação falsa para a genitora de A. Informou que o réu fez registro no SAC da empresa para qual presta serviço, reclamando sobre sua vida pessoal (link de fls. 193).

Acesso ao Sumário

Estes fatos foram ratificados pela informante N.A.F., a qual acrescentou que atendeu ligação telefônica do réu, no curso da apuração do crime de estupro de vulnerável, oportunidade em que ele confessou de ser o autor da notícia falsa feita (link de fls. 193).

A policial civil W.A.G.A. relatou que atuou na investigação de apuração da prática de estupro de vulnerável por parte do informante R. após uma denúncia anônima. Esclareceu que havia um inquérito, instaurado por fatos ocorridos por volta de maio de 2019, antes destes fatos, em que A., ex-convivente do réu, tinha relatado que, após ingressar com ação de execução de alimentos em razão dos dois filhos que eles tinham em comum, ele passou a constantemente a injuriá-la. Em outubro do mesmo ano, chegou a denúncia anônima sobre o estupro de vulnerável contra M.C., filha comum entre as partes. Na apuração destes fatos, a depoente percebeu a falta de verossimilhança nas alegações, principalmente que a menor não ficava sozinha com R., atual namorado de A. Acrescentou que houve diversos episódios em que o acusado ameaçou A., sendo que A. já era conhecido nos meios policiais, por possuir extensa ficha criminal por estelionatos e por já ter sido autuado por porte ilegal de arma. A depoente não teve contato com M.C. por ela ser menor de idade. Esclareceu que não tem acesso ao registro das ligações do disque-denúncia quanto ao denunciante. Formulou seu relatório final oferecido ao término das investigações, após ouvir relatos de vizinhos próximos à família e familiares, em que todos informaram que havia tido problemas em diversos em órgãos de proteção, Polícia Militar e relacionadas a denúncias anônimas, sendo que A. dizia que "iria até o fim" e poderia prejudicá-los de alguma maneira (link de fls. 193).

A informante M.I.B. disse ser vizinha da família de N. há anos e confirmou que A. constantemente ameaça a família de A. na frente do imóvel e toda vizinhança presencia estes fatos. Foi ouvida na Delegacia sobre a acusação de estupro contra R., que disse ser infundada, porque a menor M.C. não fica sozinha com o namorado da mãe. Sabe que o réu fez diversas denúncias contra A., inclusive para ela perder o benefício "Bolsa Família". Ouviu a ligação pelo viva voz que A. fez para sua vizinha N. falando que ia "colocar A. na cadeia" (link de fls. 193).

Assim sendo, como se vê, as palavras ditas pelos informantes e pela testemunha W. são harmônicas e coesas, sendo que, embora os informantes mantinham relação conflituosa com o acusado, a policial civil, que é pessoa imparcial e não tinha relação com as partes, não tendo interesse em acusar falsamente o réu, confirmou que, ao apurar a acusação de estupro de vulnerável contra a menor M.C., que teria supostamente praticado pelo informante R., concluiu que as acusações eram falsas.

Além da prova oral, foi observado ainda na r. sentença, que a policial W. foi responsável pela transcrição de diversos diálogos e mensagens de A. no

Acesso ao Sumário

celular de N., os quais se observa ameaças diversas direcionadas a A. e "B.".

Outrossim, esse "modus operandi" do réu veio demonstrado com precedente recente originado naquele Juízo, em que houve condenação pela prática de crime de ameaça também contra a informante A. Nos termos da sentença proferida pelo Exmo. Juiz de Direito Glariston Rezende, nos autos (...):

O relatório do Conselho Tutelar (f. 18/23) também aponta para a insistência do réu em atacar a ex-esposa e R. por meio de denúncias, o que revela sua reiterada conduta importunatória.

Assim, ao contrário do alegado pela combativa defesa, é certo que o deferimento das diligências requeridas não afastaria o édito condenatório, pois os informantes disseram que o réu constantemente trocava de chip de celular exatamente para ocultar o chamador e assim ser atendido por A. ou pela genitora dela, motivo pelo qual também seria inócua apuração da origem da linha telefônica que efetuou a denúncia anônima.

Ademais, os elementos probatórios constantes nos autos, como já analisado, confirmam ser o apelante o autor da falsa denúncia tratada nos autos, imputando a R.S.M. a prática de crime, que o sabia inocente, configurando o crime previsto no art. 339, do CP, sendo, portanto, impossível sua absolvição.

Assim sendo, provadas a autoria e a materialidade, a condenação do réu era mesmo de rigor.

As penas foram corretamente fixadas e se mostraram suficientes e proporcionais ao delito praticado.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 4 anos de reclusão e 20 dias-multa, ao considerar especialmente desfavoráveis as circunstâncias do art. 59, do CP, principalmente, a "*personalidade criminosa e culpabilidade do réu, maus antecedentes e circunstâncias do crime.*

A prova oral revela que o réu vem se organizando e administrando sua vida para frustrar o pagamento de pensão alimentícia e atacar A. e R. em razão do fim do relacionamento amoroso que mantivera com aquela e por força de cobranças de pensão alimentícia.

O réu ataca repetidamente A. e R., além de causar abalo à tranquilidade de N., porque mãe daquela, declarando publicamente que tudo fará para lesá-los.

Troca de chips, uso de vários meios para atacar A .e R., inclusive para comprometer-lhes o trabalho, é revelador de intensa dedicação do réu para causar mal.

Essa dedicação ao crime "bem praticado" revela culpabilidade ímpar, enquanto a insistência e vida pregressa, bem como fatos posteriores narrados pela investigadora W., revelam personalidade deturpada, falta de escrúpulos e capacidade de assimilar facilmente a lei penal.

Ainda, na véspera da audiência de instrução, alguém enviou nova falsa

Acesso ao Sumário

acusação contra R. para o SAC da empresa em que este trabalha, tudo a indicar se tratar do réu.

Por fim, a imputação falsa é do gravíssimo crime de estupro de vulnerável, que poderia levar a inevitável restrição de liberdade das vítimas secundárias, além de movimentarem diversos órgãos estatais, Ministério Público, Conselho Tutelar, Polícia Civil e Judiciário."

Como se vê, como as circunstâncias do delito se destacam daqueles praticados em condutas delitivas semelhantes, pela intensa perseguição contra as vítimas, com acusação falsa de um crime tão grave como o de estupro de vulnerável, revelando personalidade deturpada do acusado, além do histórico criminal, que reforça tais elementos desfavoráveis, a imposição da pena-base tal qual imposta foi a resposta Estatal mais apropriada como meio de reprovar a conduta e evitar que persista nessa obstinação em relação à ex-companheira.

Na segunda fase, foi reconhecida a agravante de motivo fútil, o que autorizou o aumento em 1/6.

Na terceira fase, presente a causa de aumento prevista no § 1º, do art. 339, do Código Penal, houve novo aumento em 1/6, totalizando em definitivo 4 anos e 8 meses de reclusão e 23 dias-multa, no valor unitário mínimo.

O regime inicial fechado era o único adequado ao presente caso, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis já mencionadas.

O art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal dispõe que o condenado poderá, desde o princípio, cumprir a pena em regime inicial semiaberto, quando a pena for superior a 4 e não exceda a 8 anos.

Porém, tal dispositivo deve contar também com a observância do seu § 3º, que dispõe: "*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*", o que justifica a fixação do regime inicial fechado no presente caso, pois, considerando o fundamento para majoração da pena-base, principalmente, "*a personalidade criminosa, a culpabilidade ímpar e a circunstância do cr*ime", a imposição de regime prisional mais brando não atingiria o fim colimado da sanção penal e seria um estímulo para que o recorrente continuasse em atormentar a família da ex-convivente.

Pelos mesmos motivos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a concessão do "sursis", pelo não preenchimento dos requisitos legais.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500570-84.2019.8.26.0279, da Comarca de Itararé, em que é apelante D.P., 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: rejeitadas as matérias preliminares, negaram provimento ao recurso de D.P. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.252)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), JOÃO MORENGHI e PAULO ROSSI.

São Paulo, 26 de agosto de 2021.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: 1. Preliminar – Nulidade por falta de exame de corpo de delito – Improcedência – Ato libidinoso que não deixa vestígios – Referências a sinais não necessariamente vinculados à infração.

2. Cerceamento de defesa – Inocorrência – Não demonstrada a alegada necessidade de novo depoimento especial da ofendida, tomado por profissional nos termos da lei especial, que ainda prevê a realização do ato única vez – Demais providências requeridas a destempo, operando-se a preclusão – Indeferimento bem fundamentado.

3. Estupro de vulnerável – Suficiência probatória – Incabível, em se tratando de vítima menor de 14 anos, desclassificação para importunação sexual – Vulnerabilidade presumida, independentemente do grau de ofensividade da ação praticada – Condenação mantida.

4. Pena – Básica no piso legal – Adequado aumento pela majorante do art. 226, II, do CP, bem caracterizada.

5. Regime inicial – Fechado obrigatório ante o patamar da sanção.

Acesso ao Sumário

VOTO

D.P. foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de

Itararé a 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A, "caput", c.c. art. 226, II, ambos do Código Penal.

Em preliminar, suscita nulidades que decorreriam da ausência de laudo pericial, sustentando que não comprovada a materialidade da infração, e do indeferimento do pedido de diligências e oitiva de testemunhas. No mérito, pleiteia a absolvição, sob o argumento de insuficiência probatória. Subsidiariamente, busca desclassificação da conduta para o crime de importunação sexual.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 409/418), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

1. Irrelevante que não realizado exame de corpo de delito na menor. Conforme previsto no art. 158 do Código de Processo Penal, indispensável a providência apenas quando a infração deixa vestígios. E não é o caso dos autos, conforme se pode verificar pela própria natureza do ato libidinoso atribuído, consistente em toque externo na vagina.

A mera vermelhidão naquela área, mencionada por algumas testemunhas, não justificava perícia. Afinal, possível que nada tivesse a ver com a ação imputada. Mormente se considerado que se trata de criança de tenra idade, em que normal a existência de assaduras.

2. Tampouco se pode falar em cerceamento de defesa, que teria resultado do indeferimento de fl. 148, aos pedidos formulados às fls. 130/132, relativos à oitiva dos pais do réu, avós da vítima, e dos auxiliares técnicos do juízo, bem como à tomada de depoimento especial da criança por outra psicóloga, à inquirição de mais testemunhas além daquelas arroladas na resposta à acusação e à realização de acareação.

Ora, a criança foi entrevista por profissional da rede institucional de proteção a vítimas de abuso sexual, consoante previsto no art. 7º da Lei 13.431/17, e nada se apurou que demonstrasse irregularidade no procedimento. No apelo se aduziram meras ilações, sem respaldo em qualquer elemento concreto que as respaldasse.

Enfim, nova oitiva representaria sujeição da menor a desnecessário processo de revitimização, justamente o que a citada lei busca evitar. Aliás, expresso no respectivo art. 11 que o depoimento especial será realizado única vez.

Quanto às demais providências suscitadas na preliminar, deveriam ter sido pleiteadas na resposta à acusação. Como não o foram, configurada a preclusão.

Não se ignora que a Magistrada, para a formação do seu convencimento, poderia ter ordenado as medidas a qualquer tempo. Mas não o fez por considerá-las desnecessárias, fundamentando a negativa à pretensão defensiva. E era o que bastava.

Acesso ao Sumário

A rejeição a requerimentos, por si só, não representa violação à garantia da ampla defesa. Como é cediço, toda providência pleiteada pelas partes se sujeita ao juízo de necessidade e conveniência do Juiz, exigindo-se apenas que motive a decisão, conforme procedido.

Ademais, não se percebe como as pretendidas medidas poderiam alterar o quadro probatório, mais do que suficiente para aferir a procedência ou não da acusação.

3. Consta da denúncia que, logo após haver completado cinco anos, já separados os pais, a filha de D. o visitou e, no dia seguinte, vista pelo padrasto em posição sexual, revelou que o réu acariciara sua vagina.

Interrogado, D. afirmou inocência. A ex-mulher tentava prejudicá-lo. Parecia não se conformar com a separação.

Ouvida pelo procedimento do depoimento especial, a criança disse que parou de visitar o réu porque "ele passou a mão aqui, onde eu limpo", rapidamente, por cima da roupa. Ela contou o ocorrido à própria mãe e à genitora do padrasto.

F.F.A., padrasto da menina, relatou que a viu "de quatro, com a mão por trás, passando a mão nela mesma". Avisou a esposa, que conversou com a filha e mais tarde contou dela ter ouvido notícia de passada de mão pelo acusado. A mãe do depoente soube dos fatos no dia seguinte, pela própria criança.

M.C.A., genitora da ofendida, declarou ter sido alertada pelo marido de que encontrara a menina passando a mão na genitália. Instada a respeito, a menor falou que o pai nela fizera o mesmo na véspera.

E.F.A., mãe de F., disse que cuidava da ofendida e tomou conhecimento da ocorrência por ela mesma, dois dias depois. Para demonstrar o que o réu fizera, a criança esfregou a vagina com a mão. Procurada, M. respondeu que já estava a par de tudo e tomava as providências cabíveis.

A.P.M. e C.C. abonaram a conduta social de D.

Relato de escuta especializada, em órgão municipal de assistência social, consigna que a menina narrou passada de mão na genitália pelo genitor e, tanto pela fala quanto pelo comportamento observado, deixava claro que "não é uma fantasia ou indução por outrem" (fl. 41).

Na mesma linha o relatório do depoimento especial, indicando que a criança não expressava conhecimentos ou interesses em questões relacionadas à sexualidade, como esperado para a idade, narrara os fatos de maneira consistente com a sua faixa etária e nada manifestara que sugerisse ter sido instigada a declarar ou negar fatos (fls. 185/189).

Diante de tal quadro, não há que se falar em falta de provas.

A ofendida confirmou a imputação, não havendo motivo para reservas em

Acesso ao Sumário

relação às suas palavras. Ao contrário. Além de firmes e coerentes com o que os familiares disseram ter ouvido da criança logo após a visita a D., mostraram-se verossímeis para as psicólogas que a entrevistaram.

Tampouco se pode falar em mera importunação sexual.

O art. 215-A do CP, introduzido pela Lei 13.718 de 24.09.2018, insere-se no Capítulo I do Título VI do CP, "Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual".

A objetividade jurídica dos crimes previstos em tal capítulo é, à evidência, a liberdade sexual do ser humano, ou seja, seu direito de escolher quando, como e com quem praticar atos de cunho sexual. Como corolário, imprescindível, para a tipificação dos quatro delitos ali enumerados, que a) a vítima disponha de capacidade de consentimento e b) que desprovido de aceitação o ato sexual executado.

Já o art. 217-A do CP está no Capítulo II do mesmo Título IV, "Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável". Por meio dele, busca-se a proteção sexual do vulnerável, da sua dignidade sexual, partindo-se do pressuposto de que a vítima não tem capacidade de consentir.

Distintas, portanto, as objetividades jurídicas das duas infrações. Não à toa, previstas em capítulos diversos.

Assim, em princípio, tratando-se de vítima vulnerável, como na hipótese, incabível a almejada desclassificação da conduta do art. 217-A para a do art. 215-A do CP, pouco importando a natureza dos atos sexuais cometidos. Frise-se que o art. 217-A fala também em "outros atos libidinosos", e não apenas em "conjunção carnal".

Vale ainda ressaltar que "a jurisprudência de ambas as turmas de direito penal do STJ entende que a desclassificação não é possível nos casos de vítima menor de 14 anos, em razão da presunção de violência" (STJ, AgRg no HC 584.799/GO, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/06/2020, DJE 30/06/2020).

A fim de deixar mais clara a questão, deve-se acentuar que, mesmo quando não violenta a conduta, o entendimento se mantém no Superior Tribunal de Justiça: "Tratando-se de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima, o que afasta o crime de importunação sexual" (Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 3/12/2019).

O Supremo Tribunal Federal segue a mesma linha: "O tipo penal previsto no artigo 215-A do Código Penal, além de constituir crime subsidiário, insuscetível de afastar a configuração de delito mais grave, não alcança atos libidinosos cometidos contra vulneráveis, os quais não dispõem de capacidade para consentir a prática de condutas sexuais" (HC 182075, Relator Min. Marco Aurélio,

Acesso ao Sumário

Primeira Turma, julgado em 08/06/2020).

Logo, a condenação por estupro era mesmo medida que se impunha.

A pena-base já foi a mínima cominada, aplicando-se adequado aumento pela bem caracterizada majorante do art. 226, II, do CP.

Ante o patamar da reprimenda e o disposto no art. 33, § 2º, "a", do CP, inviável regime inicial diverso do fechado.

4. Frente ao exposto, rejeitadas as matérias preliminares, nega-se provimento ao recurso de D.P.

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2030631-58.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA e Réu GLEIBSON MATHEUS CASTRO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Confirmando a liminar, deram provimento à correição parcial. V.U, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.071)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 28 de junho de 2021.

AMARO THOMÉ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – INSURGÊNCIA DO CORRIGENTE CONTRA R. DECISÃO DE LAVRA DO JUÍZO CORRIGIDO QUE INDEFERIU PEDIDO DE INTIMAÇÃO DA VÍTIMA E TESTEMUNHA PARA COMPARECEREM À AUDIÊNCIA VIRTUAL DE INSTRUÇÃO, DEBATES E JULGAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO DEVER DE INTIMAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO – DECISÃO REFORMADA – RECURSO

PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de correição parcial interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com pedido liminar, apontando-se como corrigido o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande (autos n° 1503570-63.2020.8.26.0536), que indeferiu o pedido para que a vítima Vanessa e a testemunha Nádia sejam novamente intimadas para a audiência virtual designada para o dia 23 de março de 2021.

Consta dos autos que Vanessa e Nádia foram intimadas para participar da audiência virtual e que, na ocasião, elas informaram não possuir computador ou aparelho celular com acesso à *internet* que lhes possibilitassem participar da referida audiência, sendo determinado que o corrigente fornecesse meios para que elas pudessem participar do ato processual.

Aduz o corrigente que, tendo em vista a mencionada determinação, requereu ao Juízo corrigido que as testemunhas fossem novamente intimadas para comparecerem ao prédio do MINISTÉRIO PÚBLICO, a fim de que pudessem participar da audiência virtual utilizando-se de um dos computadores da Promotoria de Justiça, porém, o Juízo corrigido indeferiu o pedido formulado ao argumento de que a intimação deve ser providenciada pela parte interessada.

Nesses termos, pugna-se pelo deferimento do pedido liminar, "*para que seja deferido o pedido de intimação de Vanessa e Nadia a comparecerem ao prédio do Ministério Público, a fim de que participem de audiência virtual a partir dos computadores da Promotoria de Justiça*" (fl. 04).

O pedido liminar foi **deferido** nos termos da r. decisão de fls. 156/163.

Informações prestadas às fls. 184/185.

O interessado GLEIBSON MATHEUS CASTRO DE OLIVEIRA, réu na ação penal n° 2030631-58.2021.8.26.0000, apesar de devidamente intimado, deixou o prazo transcorrer *in albis* (fls. 176/177).

Às fls. 188/190 foi acostado parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, manifestando-se pelo **provimento** da correição parcial.

É o relatório.

A correição parcial, nada obstante de questionável recepção pela ordem constitucional vigente ante sua previsão exclusivamente no âmbito regimental e na legislação estadual, é largamente reconhecida pela jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo como meio procedimental destinado às hipóteses em que há erro na presidência do processo penal, ou abuso em sua condução, que importe tumulto processual a ser sanado por órgão jurisdicional hierarquicamente superior.

Acesso ao Sumário

Confira-se:

"A correição presta-se ao ataque às decisões ou despachos dos Juízos não impugnáveis por outro recurso e que representem 'erro ou abuso', de que resulte a 'inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo'. Destina-se, portanto, a corrigir 'error in procedendo' *e não o* 'error in judicando'"[1].

Na espécie, o que se verifica é o manejo da correição visando impugnar r. decisão judicial que indeferiu o pedido de intimação das vítimas e testemunhas para comparecerem ao prédio do Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de que possam participar da audiência virtual de instrução, debates e julgamento, já que informaram não possuírem aparelhos eletrônicos com acesso à *internet*.

Pois bem.

Com o panorama da situação mundial da saúde pública em razão da pandemia de Covid-19, as audiências virtuais vêm sendo realizadas e admitidas pelo Poder Judiciário[2], a fim de assegurar aos réus o direito à razoável duração do processo, mas há que se respeitar as normativas existentes sobre o tema, mormente na hipótese de testemunhas ou vítimas não terem acesso a computador ou celular com *internet* para que possam participar do referido ato processual, como na espécie.

E, neste particular, não obstante a admissão excepcional para que a vítima e testemunha compareçam ao prédio do Ministério Público a fim de conseguirem participar da audiência virtual[3] – o que não foi expressamente impugnado pelo corrigente no presente feito –, o pedido de nova intimação da vítima e testemunha não poderia ser indeferido.

Isso porque, tratando especificamente acerca das audiências virtuais, confira-se as seguintes normas editadas pela Corregedoria Geral de Justiça, bem como pelo Conselho Nacional de Justiça:

COMUNICADO CG Nº 284/2020 (Retificação)

"1) As audiências poderão ser realizadas por meio de videoconferência, a critério do magistrado responsável, utilizando a ferramenta Microsoft Teams (que não precisa estar instalada no computador das partes, advogados e testemunhas), via computador ou smartphone, ***sendo vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores a***

1 Grinover, Ada Pellegrini. Recursos no Processo Penal. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 257.

2 Nesse sentido: "*a manutenção de determinados atos processuais deve ser feita com outro olhar. A audiência pela via virtual não só é recomendada pelo CNJ, como se revela uma forma de enfrentamento da emergência de saúde pública mundial, sem a paralisação do transcurso processual*" (STJ, HC 577.044/SP, Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Decisão Monocrática j. em 23/09/2020).

3 Resolução nº 329/2020 do CNJ. "*Art. 10. Quando informado que o réu, o ofendido ou a testemunha não disponham de recursos adequados para acessar a videoconferência, poderá o magistrado, ouvidas as partes, em casos urgentes, autorizar, por decisão fundamentada, medidas excepcionais para viabilizar a oitiva, desde que respeitada as normas constitucionais e processuais vigentes.*"

Acesso ao Sumário

***providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade**;*

Resolução nº 314, de 20 de abril de 2.020, do Conselho Nacional de Justiça

Art. 3º, § 2º Os atos processuais que eventualmente não puderem ser praticados pelo meio eletrônico ou virtual, por absoluta impossibilidade técnica ou prática a ser apontada por qualquer dos envolvidos no ato, devidamente justificada nos autos, deverão ser adiados e certificados pela serventia, após decisão fundamentada do magistrado.

*Art. 6º, § 3º As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, **vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais**."*

Resolução nº 329, de 30 de julho de 2.020, do Conselho Nacional de Justiça

Art. 3º A realização de audiências por meio de videoconferência em processos criminais e de execução penal é medida voltada à continuidade da prestação jurisdicional, condicionada à decisão fundamentada do magistrado.

§ 1º Somente não será realizada caso alegada, por *simples petição, a impossibilidade técnica ou instrumental de participação por algum dos envolvidos.*

Art. 8º As audiências realizadas por videoconferência observarão o seguinte procedimento:

I – designada audiência pela plataforma virtual, o ato deverá ser organizado pelo magistrado ou servidor designado, que agendará a reunião;

*II – **a intimação das partes, ofendido, testemunhas e réu ocorrerá na forma da legislação processual vigente, observada a parte final do art.6º, § 3º, da Resolução CNJ nº 314/2020; e***

III – o Ministério Público e a defesa técnica serão intimados da decisão que determinar a realização de audiência por videoconferência, com antecedência mínima de 10 dias.

§ 1º A ausência da testemunha não ocasionará a preclusão da prova, devendo o ato ser reagendado com intimações oficiais re*alizadas pelo Poder Judiciário.*

Ora, se é vedado ao Poder Judiciário delegar aos advogados e procuradores a responsabilidade pelo comparecimento de testemunhas e vítimas à audiência virtual, tampouco se pode delegar às partes referida responsabilidade, sendo, na espécie, atribuição do Juízo corrigido providenciar a intimação das partes, vítimas e/ou testemunhas, conforme disposto no Título X do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Penal, Capítulos I e II.

Em sendo assim, confirmando a liminar deferida, há se conceder a ordem para que "*seja deferido o pedido de intimação de Vanessa e Nadia a comparecerem ao prédio do Ministério Público, a fim de que participem de audiência virtual a partir dos computadores da Promotoria de Justiça*" (fl. 04).

Ante o exposto, confirmando a liminar, **DOU PROVIMENTO** à correição parcial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2027215-82.2021.8.26.0000, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA, Indiciados AMAURI BRAGA ESTRELA, JAIME BORDÃO, AILTON GONZALES DE OLIVEIRA, ESTELA FRIGATO, MARCELA SILVA GUINOSSI, LEONARDO THOMAS REINALDO GUINOSSI, ELISA FRIGATO e SANDRA APARECIDA GONÇALVES PAULINO.

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 45.906)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente sem voto), MARCO DE LORENZI e MIGUEL MARQUES E SILVA.

São Paulo, 19 de julho de 2021.

WALTER DA SILVA, Relator

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL MINISTERIAL – CORRUPÇÃO PASSIVA – JUÍZO QUE SE DECLARA INCOMPETENTE – REJEIÇÃO DA PEÇA DE ACUSAÇÃO – COMPETÊNCIA TERRITORIAL – CRIME FORMAL – PROVIMENTO DA CORREIÇÃO PARCIAL.

Acesso ao Sumário

VOTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** interpôs **CORREIÇÃO PARCIAL** com pedido liminar, contra a r. decisão de fls.714/719, proferida pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pre-

sidente Epitácio, Dra. Maria Fernanda Sandoval Eugênio Barreiros Tamaoki, que rejeitou a denúncia pela incompetência do juízo.

Aduz que foi oferecida denúncia contra os agentes fiscais da Delegacia Regional Tributária de Presidente Prudente, Amauri Braga Estrela e Jaime Bordão, pela prática de corrupção passiva, a qual narra que ambos receberam vantagem indevida para o fim de agilizar os procedimentos internos de homologação dos créditos de ICMS e, assim, possibilitar o credenciamento lícito posterior pelas unidades da empresa JBS sediadas na cidade de Presidente Epitácio. Alega ainda, que foi oferecida denúncia contra Ailton Gonzales de Oliveira, Estela Frigato, Marcela Silva Guinossi, Leonardo Thomas Reinaldo Guinossi, Elisa Frigato e Sandra Aparecida Gonçalves Paulino pelo delito de lavagem de dinheiro proveniente o delito de corrupção passiva.

Ocorre que o juízo *a quo* simultaneamente se declarou incompetente e rejeitou a peça de acusação, aduzindo ausência de pressuposto processual, na forma do artigo 395, II, do Código de Processo Penal.

Insurge-se o órgão ministerial contra referida decisão, argumentando que todo esquema criminoso se passava na sede da empresa JBS situada na cidade de Presidente Epitácio.

Explana que a condução e controle jurisdicional da quebra de sigilo bancário/telefônico proferida pela magistrada de primeiro grau em data anterior, qual seja, 26/08/2019, traz a consequência jurídica da fixação da competência por prevenção do juízo, a teor do disposto no artigo 83, do Código de Processo Penal.

Destarte, requer a concessão da liminar, para que seja fixada a competência para processamento da ação penal.

Liminar indeferida às fls.47/48.

Foi determinado por esta Relatoria informações do r. Juízo corrigido e após, a remessa dos autos à d. Procuradoria Geral de Justiça para oferecimento de parecer de praxe.

A autoridade corrigenda prestou informações às fls.51/58.

A Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer às fls.61/67, opinando pelo provimento do pedido.

É O RELATÓRIO.

A acusação inicial é de que, após a realização das investigações preliminares, foi oferecida denúncia contra os agentes fiscais da Delegacia Regional Tributária de Presidente Prudente, Amauri Braga Estrela e Jaime Bordão, pela prática de corrupção passiva, porque, receberam vantagem indevida para o fim de agilizar os procedimentos internos de homologação dos créditos de ICMS e assim a possibilitar o credenciamento lícito posterior pelas unidades da empresa

Acesso ao Sumário

JBS sediadas na cidade de Presidente Epitácio. Consta ainda que foi oferecida denúncia contra Ailton Gonzales de Oliveira, Estela Frigato, Marcela Silva Guinossi, Leonardo Thomas Reinaldo Guinossi, Elisa Frigato e Sandra Aparecida Gonçalves Paulino pelo delito de lavagem de dinheiro proveniente o delito de corrupção passiva.

Assiste razão ao diligente Órgão Ministerial, pois, a despeito dos argumentos expendidos pela douta magistrada de primeiro grau, estão presentes os requisitos necessários para a instauração da ação penal.

É sabido que, por ocasião do oferecimento da denúncia, não se exige prova certa, e sim elementos indicativos da infração penal.

No caso vertente, além de estarem presentes os requisitos exigidos pela lei adjetiva formal, a acusação veio lastreada de um mínimo de provas que demonstram a sua viabilidade, consoante os documentos que instruem os autos principais (fls.1/685 – autos nº 1004358- 08.2020.8.26.0481), aquilatando-se a existência do *fumus boni juris*.

In casu, verifica-se que a denúncia rejeitada se refere aos crimes de corrupção passiva e crimes de lavagem de dinheiro, supostamente ocorridos na sede da empresa JBS, localizada na cidade de Presidente Epitácio, mesmo local de exercício dos fiscais estaduais ora indiciados.

Destarte, considerando que o crime de corrupção passiva consiste como crime formal, ou seja, sua consumação se opera com a solicitação da vantagem indevida, a competência territorial para processar e julgar os indiciados pelos crimes ora descritos é o de Presidente Epitácio.

Neste sentido, confira-se o julgado:

HABEAS CORPUS – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – EXAME ATRAVÉS DO "WRIT" – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO – CORRUPÇÃO PASSIVA – CRIME FORMAL – CONSUMAÇÃO COM O MERO ATO DE SOLICITAR – COMPETÊNCIA DO LOCAL ONDE FOI SOLICITADA A VANTAGEM INDEVIDA – (...) 1 - É cabível exame de incompetência do Juízo através da via do habeas corpus, porquanto não há previsão de recurso próprio e a matéria se refere à nulidade do processo, que se encontra nas hipóteses do artigo 648 do CPP. 2 - O crime de corrupção passiva é formal, consumando-se com a mera solicitação da vantagem indevida, independente do momento em que houve o pagamento da vantagem solicitada, sendo este mero exaurimento do crime. 3 - Se a solicitação ocorreu na cidade que faz parte da Comarca de Porteirinha, esta é a competente para apreciação e julgamento da ação. 4 - Ordem concedida para declarar a nulidade do processo por incompetência territorial e consequentemente relaxar a prisão do paciente. (TJ-MG – *Habeas Corpus* Criminal – HC 10000110815271000-MG – publicado em 17/04/2012).

Acesso ao Sumário

Ainda, como bem apontado pelo I. Procurador de Justiça, com a autorização da quebra do sigilo telefônico e bancário (fls.34/38), o juízo de Presidente Epitácio tornou-se prevento, nos termos do artigo 83, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à presente correição parcial.

Devolva-se o feito à origem para o devido processamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2163233-13.2021.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA e Réu VALBENITO IPOLITO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do recurso, indeferido *in limine*. Comunique-se de imediato o Juízo de Origem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.404)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 20 de julho de 2021.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Correição Parcial. Traslado de peças para instrução de recurso de Agravo de Execução Penal. Ônus do recorrente. Inexistência de inversão tumultuária. Inexistência de ilegalidade. Não provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ***correição parcial*** impetrada pelo Corrigente contra a decisão que "*determinou ao Ministério Público que realize o traslado das peças indicadas no recurso de agravo em execução".* Alega, em síntese, que: ***1.*** o recurso de agravo em execução seguirá as normas do recurso em sentido estrito, e, portanto, nos termos do artigo 587 do Código de Processo Penal, compete "à parte a indicação das peças e o traslado cabe ao escrivão"; ***2.*** *"o agravante tem assegurado o direito de obtenção de cópias que são imprescindíveis para instruir o agravo em execução e deve o Juízo a quo providenciar o necessário,*

inclusive como garantia da autenticidade dos documentos que formarão o instrumento". Pede o acolhimento do recurso, inclusive em liminar, para que suspenda a decisão que determinou ao Recorrente que realize o traslado das peças, bem como que *"determine à Serventia a extração das cópias indicadas para traslado, instruindo-se o respectivo agravo em execução*" (fls.01/05). Vieram documentos (fls.06/16).

É o relatório.

A Correição não deve ser conhecida *in limine.*

A Correição Parcial é instrumento para corrigir e sanar vícios **procedimentais** (*error in procedendo*) que impliquem em inversão tumultuária do processo – o que não ocorreu neste caso, como já decidiu esta Câmara (Correição Parcial nº 2155044-46.2021.8.26.0000, Rel. Des. Farto Salles, j. em 13.07.2020):

> "Correição parcial. Recurso interposto pela Justiça Pública diante de decisão que determinou o traslado de peças para formação de agravo em execução. Ônus do recorrente. Ausência de demonstração de inversão tumultuária de atos processuais ou de teratologia flagrante capaz de ensejar saneamento através da via eleita. Recurso improvido de plano".

Aliás, como bem colocado nessa mesma decisão:

> "Reitera-se estar diante de processo autuado em meio eletrônico, a tornar ainda mais descabida a discussão travada em sede de correição parcial, no caso ensejando a formação de outro recurso, com movimentação do aparato judiciário em segundo grau, em prejuízo até mesmo do processamento do agravo em execução na origem, quando, muito mais facilmente, repita-se, poderia o órgão acusatório se valer de singela juntada de cópias digitalizadas, extraídas da execução subjacente".

Ora, se o Ministério Público é instituição independente funcional, administrativa e financeiramente, não há porque exigir do Poder Judiciário e sua Serventia que arque com as tarefas e os custos de despesas materiais, especialmente referentes a recursos interpostos por si próprio.

E mais, o ônus de extração e fornecimento das cópias de peças que pretende juntar aos seus recursos é das Partes (salvo os casos expressamente previstos, como, por exemplo, aqueles elencados no item 37 do Provimento n° 50/89 da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo), não cabendo ao Juízo essa incumbência.

Assim, não havendo qualquer hipótese de erro procedimental ou de abuso de poder que implique em inversão tumultuária do processo, não há que se falar em correição parcial.

Ante o exposto, não se conhece do recurso, indeferido *in limine.*

Comunique-se de imediato o Juízo de Origem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2156448-35.2021.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu AILTON DE ANDRADE e Corrigido JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DERAM PROVIMENTO à Correição Parcial, confirmada a medida liminar deferida para determinar à Serventia de origem a extração das cópias indicadas pela parte para traslado, instruindo o respectivo Agravo e ao mesmo dando seguimento. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.391)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 20 de julho de 2021.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL. Art. 211, RITJSP. Determinação do MM Juízo Corrigido para que o Ministério Público instrua o recurso de Agravo de Execução. Aplicação do rito do RESE, conforme art. 251 do RITJSP. Traslado das peças que incumbe ao escrivão da Serventia, nos termos dos artigos 587 e 588, do CPP. Impossibilidade de transferir à parte o ônus de extração das peças para formação do instrumento, por ausência de previsão legal. Correição parcial a que se dá provimento.

VOTO

Cuida-se de CORREIÇÃO PARCIAL, com pedido de efeito suspensivo, requerida pelo Ministério Público contra decisão proferida pela MM Autoridade Judicial da Vara das Execuções Criminais do Foro de Presidente Prudente, a qual determinou ao órgão ministerial o traslado das peças indicadas no recurso de Agravo de Execução Penal.

Admite-se a interposição deste modelo recursal para adequar o curso da ação ou incidente aos ditames da lei, no caso aos ditames constitucionais, porque o papel do Ministério Público é desenhado a partir do art. 129 da CF, não se

Acesso ao Sumário

podendo olvidar que o *Parquet* pode mesmo recorrer em prol do sentenciado, de sorte que não se lhe pode dar contornos de parte tipicamente privada, o que evidentemente não é, porque dentre outras atribuições estão a defesa da ordem jurídica e as iniciativas das ações penais e das ações civis públicas, portanto, as iniciativas da execução penal etc.

Feitas estas observações, argumenta-se aqui com a aplicação do art. 587 do Código de Processo Penal ao caso, que prevê incumbir à parte apenas a indicação das peças a serem trasladadas, cabendo ao escrivão instruir o agravo, inclusive como garantia da autenticidade das peças que formarão o instrumento.

Suscita precedentes do e. STJ e deste Sodalício, postulando a concessão de medida liminar para suspender a decisão impugnada.

A liminar foi **concedida**, dispensadas informações judiciais (fls. 19/27).

A d. Proc. Geral de Justiça alvitrou o provimento da correição parcial (fls. 33/34).

É o relatório.

Voto n. 52.391

Respeitosamente, DOU PROVIMENTO à correição parcial, e justifico.

Nos termos do art. 211 do RITJSP, "*Cabe correição parcial, no processo penal, para a emenda de erro ou abuso que importe inversão tumultuária dos atos e fórmulas processuais, quando não previsto recurso específico*" ('verbis').

No caso concreto, o d. Corrigente interpôs Agravo de Execução Penal contra a decisão que homologou o cálculo de penas na origem, o qual estabeleceu como data base para a promoção ao regime aberto a data em que o sentenciado preencheu o requisito objetivo para a progressão ao semiaberto (fls. 6/13).

Antes do recebimento do recurso, todavia, o Juízo Corrigido determinou a abertura de vista ao Ministério Público, para instrução do recurso (fls. 14/15).

Pese a ausência de previsão normativa específica a respeito, é assente que o Agravo de Execução Penal, previsto no art. 197 da LEP, segue o mesmo rito do Recurso em Sentido Estrito, disciplinado nos artigos 581 a 592 do CPP.

Sobre o tema, inclusive, o art. 251 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo dispôs: "*O agravo em execução penal será processado na forma do recurso em sentido estrito e julgado por uma das Câmaras Criminais, vedado ao juiz negar-lhe seguimento*".

Nesse sentido, são aplicáveis ao caso concreto os artigos 587 e 588 do CPP, segundo os quais incumbe ao escrivão da Serventia o traslado das peças indicadas pelas partes no respectivo termo ou em requerimento avulso, para a formação do instrumento.

Ressalte-se que a ausência de peças trasladadas não pode ser imputada ao recorrente, sendo vedado o não conhecimento do recurso por deficiência de

instrução, se a parte efetivamente indicou no termo os documentos a serem extraídos pelo escrivão, desincumbindo-se do ônus que lhe cabia (art. 588, *caput*, CPP).

Outrossim, respeitado o entendimento de S. Exa., o MM Juiz, houve subversão das normas de processo, transferindo ao 'Parquet' encargo que não tem. Assim já se manifestaram as Câmaras de Direito Criminal deste Sodalício, e também o e. STJ, confira-se em diversos precedentes:

"*CORREIÇÃO PARCIAL – Pedido de processamento do agravo com providência da extração de cópias indicadas pelo Ministério Público para instrução do recurso – POSSIBILIDADE – Providência que compete ao Judiciário, nos termos do art. 587 e seguintes do CPP – DADO PROVIMENTO À CORREIÇÃO PARCIAL*" (Correição Parcial Criminal nº 2242965-19.2016.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, DJe 13/07/2017).

"*Correição Parcial. Decisão judicial que determinou que o Ministério Público providenciasse o translado das peças para instruir os autos do agravo em execução. 1. Cabimento da correição parcial, nos termos do artigo 211, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça 2. Ao agravo em execução, aplica-se o rito previsto para o recurso em sentido estrito. 3. Cabe ao escrivão providenciar o traslado das peças indicadas pelas partes para formação do instrumento. 4. Decisão judicial que gerou tumulto processual. Correição parcial deferida*" (Correição Parcial Criminal nº 2241834-09.2016.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Laerte Marrone, DJe 03/05/2017).

No mesmo sentido, desta 2ª Câmara Criminal, o resultado da Correição Parcial 2239422-08.2016.8.26.0000, Rel. o Des. Alex Zilenovski, DJe 05/04/2017.

E ainda: "*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 587 DO CPP. FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. TRASLADO DAS PEÇAS. ATRIBUIÇÃO DO ESCRIVÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Nos termos do entendimento desta Corte, cabe à parte agravante indicar as peças a serem trasladadas para a instrução do agravo em execução, cumprindo ao escrivão a devida extração para a formação do instrumento. 2. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o agravo em execução seja novamente submetido a julgamento pelo tribunal de origem, após o traslado de todas as peças indicadas pela defesa*" (HC 355143/MG, Sexta Turma, rel. a Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 13/06/2016).

"*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. RITO. ART. 587 DO CPP. FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. TRASLADO DAS PEÇAS. ATRIBUIÇÃO DO ESCRIVÃO. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CON-*

Acesso ao Sumário

CEDIDA, DE OFÍCIO. (...). 2. A regra do art. 587 do Código de Processo Penal disserta: "Quando o recurso houver de subir por instrumento, a parte indicará, no respectivo termo, ou em requerimento avulso, as peças dos autos de que pretenda traslado." 3. Tendo sido indicadas as peças que deveriam ser trasladadas para a correta instrução do agravo, não poderia a Corte a quo, alegando a ausência de peças essenciais ao reexame da questão, deixar de conhecer do recurso interposto. (Precedentes.) 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, após a baixa dos autos à primeira instância para traslado das peças indicadas pela Defensoria Pública, o agravo em execução seja julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais" (HC 323181/MG, Quinta Turma, Min. Ribeiro Dantas, DJe 15/03/2016).

Pedindo vênia a S. Exa., o meu voto **DÁ PROVIMENTO** à Correição Parcial, confirmada a medida liminar deferida para determinar à Serventia de origem a extração das cópias indicadas pela parte para traslado, instruindo o respectivo Agravo e ao mesmo dando seguimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2169909-74.2021.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA e Réu DAVI DE MORAIS GOMES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso para cassar a r. decisão recorrida, datada de 21 de julho de 2021, devendo o MM. Juízo do DEECRIM da 5ª RAJ determinar à Serventia a extração das peças indicadas para traslado, instruindo-se o Agravo em Execução Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.031)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 27 de agosto de 2021.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Correição Parcial. Insurgência contra a decisão que determinou a instrução do recurso de Agravo em Execução Penal pelo Ministério Público, com o traslado das peças indicadas. Ressalta-se que, ante

a ausência de previsão legal expressa, adotou-se entendimento no sentido de que se aplica ao agravo de execução (art. 197 da LEP) as regras que estabelecem o rito do Recurso em Sentido Estrito, dispostas nos artigos 587 e 588 do Código de Processo Penal. Desta forma não há dúvidas no sentido de que, após a indicação das peças processuais pelas partes, compete à serventia a extração, conferência e juntada das peças para formar o instrumento. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de correição parcial ajuizada por Promotor de Justiça contra ato proferido pelo MM. JUIZ DE DIREITO DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DA 5ª RAJ da comarca de Presidente Prudente que determinou nova vista dos autos ao *Parquet*, para que se procedesse a instrução do recurso.

Aduz o combativo Promotor que o recurso de agravo em execução está previsto no artigo 197, da Lei de Execução Penal, e, apesar da ausência de previsão legal de seu rito, consolidou-se o entendimento de que seguirá as normas do recurso em sentido estrito.

Assim, é de rigor a observância do artigo 587, do Código de Processo Penal, competindo à parte a indicação das peças e o traslado cabe ao escrivão.

Aduz o recorrente que: "*Dessa forma, o agravante tem assegurado o direito de obtenção de cópias que são imprescindíveis para instruir o agravo em execução e deve o Juízo a quo providenciar o necessário, inclusive como garantia da autenticidade dos documentos que formarão o instrumento.*

Como visto, o(a) magistrado(a) determinou a abertura de vista ao recorrente para que proceda à instrução do recurso, em descompasso com as normas do Código de Processo Penal".

Diante disso, requer, liminarmente, a suspensão da decisão que determinou a realização de traslado das peças indicadas no recurso de agravo em execução; no mérito, almeja que seja deferida a correição, para que o Juízo de direito do Departamento Estadual de Execuções Criminais da 5ª RAJ – Presidente Prudente/SP determine à Serventia a extração das cópias indicadas para traslado, instruindo-se o respectivo agravo em execução e dando seguimento ao agravo para o devido julgamento pela Segunda Instância.

Deferida a liminar para suspender o andamento do Agravo em Execução Penal até o julgamento do mérito desta correição (fls. 19/21), prestadas as informações de estilo (fls. 25/27), pelo provimento do recurso, foi o parecer

Acesso ao Sumário

ministerial de fls. 30/33.

É o relatório.

A d. Autoridade, ora apontada como corrigida, informou que, na decisão combatida, não há violação dos artigos 587 e 588 do Código de Processo Penal, tampouco do direito de acesso à justiça, uma vez que todos devem cooperar com o Poder Judiciário na entrega da prestação jurisdicional.

Informou, ainda, que o Departamento Estadual de Execuções Criminais de Presidente Prudente – 5ª RAJ é o maior do Estado de São Paulo e conta com apenas 21 escreventes para promoverem a movimentação de 44.367 processos de execução criminal.

Em que pesem os argumentos trazidos pela MM. Juíza acerca da sobrecarga de trabalho enfrentada no cartório e da escassez de funcionários para dar andamento a uma quantidade enorme de feitos e, ainda, de que não há empecilho no sentido de que o Ministério Público possa providenciar as respectivas cópias, principalmente em se tratando de autos digitais, fato é que a presente correição parcial deve ser provida.

Ressalta-se que, ante a ausência de previsão legal expressa, adotou-se entendimento no sentido de que se aplica ao agravo de execução (art. 197 da LEP) as regras que estabelecem o rito do Recurso em Sentido Estrito, dispostas nos artigos 587 e 588 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

"*Art. 587. Quando o recurso houver de subir por instrumento, a parte indicará, no respectivo termo, ou em requerimento avulso, as peças dos autos de que pretenda traslado. Parágrafo único. O traslado será extraído, conferido e concertado no prazo de cinco dias, e dele constarão sempre a decisão recorrida, a certidão de sua intimação, se por outra forma não for possível verificar-se a oportunidade do recurso, e o termo de interposição.*

Art. 588. Dentro de dois dias, contados da interposição do recurso, ou do dia em que o escrivão, extraído o traslado, o fizer com vista ao recorrente, este oferecerá as razões e, em seguida, será aberta vista ao recorrido por igual prazo. Parágrafo único. Se o recorrido for o réu, será intimado do prazo na pessoa do defensor."

O Regimento Interno desta Corte, igualmente, tratou da matéria em seu artigo 251 que dispõe:

"*O agravo em execução penal será processado na forma do recurso em sentido estrito e julgado por uma das Câmaras Criminais, vedado ao juiz negar-lhe seguimento. Publicado o julgamento, a decisão será comunicada ao juiz, no prazo de cinco dias, independentemente da intimação do acórdão*".

Desta forma não há dúvidas no sentido de que, após a indicação das peças processuais pelas partes, compete à serventia a extração, conferência e juntada das peças para formar o instrumento.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, inclusive, já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 587 DO CPP. FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. TRASLADO DAS PEÇAS. ATRIBUIÇÃO DO ESCRIVÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Nos termos do entendimento desta Corte, cabe à parte agravante indicar as peças a serem trasladadas para a instrução do agravo em execução, cumprindo ao escrivão a devida extração para a formação do instrumento. 2. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o agravo em execução seja novamente submetido a julgamento pelo tribunal de origem, após o traslado de todas as peças indicadas pela defesa.*" (g.n., STJ, HC 355.143/MG, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. em 24/5/2016).

De igual sorte, são os seguintes precedentes desta Corte: Correição Parcial nº 2156393-84.2021.8.26.0000, Rel. Des. Reinaldo Cintra, 7ª Câmara de Direito Criminal, j. em 31/7/2021; Correição Parcial nº 2156420-67.2021.8.26.0000, Rel. Des. Tetsuzo Namba, 11ª Câmara de Direito Criminal, j. 30/7/2021; Correição Parcial nº 2159145-29.2021.8.26.0000, Rel. Des. Silmar Fernandes, 9ª Câmara de Direito Criminal, j. 29/7/2021, Correição Parcial nº 2244885-28.2016.8.26.0000; Rel. Des. Leme Garcia, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. 25/04/2017; Correição Parcial nº 2241834-09.2016.8.26.0000; Relator Laerte Marrone; 14ª Câmara de Direito Criminal, j. 27/04/2017; Correição Parcial Criminal nº 2183331-19.2021.8.26.0000, Relator Diniz Fernando Ferreira Da Cruz, 1º Câmara de Direito Criminal, j. 23/06/2021.

Posto isto, dá-se provimento ao recurso para cassar a r. decisão recorrida, datada de 21 de julho de 2021, devendo o MM. Juízo do DEECRIM da 5ª RAJ determinar à Serventia a extração das peças indicadas para traslado, instruindo-se o Agravo em Execução Penal.

Acesso ao Sumário

Desaforamentos de Julgamento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Desaforamento de Julgamento nº 2000314-77.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é requerente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é requerido MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Com fundamento no art. 424 do CPP, deferiram o pedido de desaforamento para determinar que o julgamento do acusado Marcos Soares seja realizado no foro da Comarca de Santos, ficando derrogada a regra da competência *ratione loci*. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.996)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 28 de junho de 2021.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Desaforamento. Homicídio qualificado. Alegação de que o julgamento pelo Tribunal do Júri deve ser deslocado para outra Comarca, diante da reforma que se opera nas instalações do Fórum local. Acolhimento. Demonstrada a excepcionalidade do pedido, a teor do disposto nos artigos 427 e 428, do Código de Processo Penal. Pedido deferido.

VOTO

Trata-se de pedido de desaforamento formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em relação à ação penal nº 00151662-40.2015.8.26.0477, ora em trâmite perante o Anexo do Júri da 2ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande e movida em face de **MARCOS SOARES**, pronunciado como incurso no art. 121, *caput*, c.c. art. 14, II, e art. 61, II, "e", todos do Código Penal (fls. 198/201 dos autos de origem).

Sustenta o d. representante do *Parquet*, em síntese, ser o caso de deslocamento da competência, ante o interesse público no julgamento da referida ação penal em prazo razoável (art. 427, do CPP), bem como em razão do excesso de serviço no Juízo *a quo* (art. 428, do CPP), destacando que a decisão de pronúncia transitou em julgado em 2018, contudo, a sessão plenária foi designada somente para 23/05/2024 (fls. 274/275 dos autos de origem). Anota, ainda, que o Salão do Júri da Comarca a quo encontra-se interditado, por conta de obras de ampliação. Requer, nesses termos, o desaforamento da mencionada ação penal para outra comarca (fls. 01/21).

Prestadas as informações pelo d. Juízo de origem (fls. 35/36), manifestou-se a Defesa (fls. 41/44) e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do pedido (fls. 48/52).

Acesso ao Sumário

Este é o relatório.

Cabe referir, de início, que o desaforamento é ato excepcional da Instância Superior modificador da regra de competência territorial e com restrita aplicação no procedimento do Júri, uma vez que, firmada a competência do Júri pela decisão de pronúncia transitada em julgado, terá caráter excepcional a mudança de foro para julgamento.

E, no caso em questão, constata-se a excepcionalidade a justificar o afastamento do Juiz natural, pois encontram-se presentes os requisitos previstos nos artigos 427 e 428, ambos do Código de Processo Penal, como bem esclareceu o digno Magistrado *a quo*, a saber (fls. 35/36):

Quanto ao pedido de desaforamento, informo a Vossa Excelência que a 2ª Vara Criminal de Praia Grande conta com uma das maiores distribuições de feitos criminais da Baixada Santista, e apesar de já autorizada a instalação de vara especializada para julgamento de processos do Tribunal do Júri, até o momento não houve instalação da esperada vara e estrutura, o que implica em sobrecarga do atual juízo, que acumula competência para crimes comuns, júri e execução criminal.

Ademais, a tornar ainda mais crítica a situação da vara do júri da comarca de Praia Grande, o edifício do Fórum se encontra em reforma, a qual, inclusive, se encontra paralisada, aguardando ajustes contratuais, e sem previsão de término, apesar do salão do júri já se encontrar interditado, tanto que este juízo chegou a realizar plenários, no final de 2020, em auditório emprestado do Ministério Público, após a devida autorização da Presidência do Tribunal de Justiça, e mantém diálogo com outros órgãos em busca de um ambiente que possa ser empregado nos julgamentos do Tribunal do Júri.

Além disso, o julgamento em plenário foi designado somente para o ano de 2024, o que também justifica o pedido de desaforamento nos termos do artigo 428, do Código de Processo Penal.

Destaco, ainda, por oportuno, trecho da manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 49/50):

Remete-se o parquet à falta de estrutura da comarca de Praia Grande para sediar a Sessão Plenária, tendo sido necessária a designação do Julgamento para 2024, apresentando o ilustre Promotor alguns dados que indicam a necessidade de se deslocar o julgamento para que seja possível cumprir com a celeridade processual e evitar o excesso de prazo.

Com efeito, explica que "este caso, agendado para 2024, não foi jogado para lá, por salto; a pauta de júris está cheia até lá". Segue informando que "na área criminal (no cível a proporção – ou melhor, a desproporção – é a mesma) Santos possui *7 (sete) Varas, ao passo que Praia Grande tem apenas 2 (duas) Varas, uma delas (a Primeira) tendo que acumular matéria tipicamente*

Acesso ao Sumário

cível (infância e juventude). No número de feitos, a diferença entre as comarcas é inferior a 6% (seis por cento); no número de Varas, elas são de 250% (duzentos e cinquenta por cento).

Tudo isso, historicamente, vem gerando um invencível volume de serviço na comarca, a ponto de não mais poder ser tolerado."

Como se vê, tais fatores são suficientes para comprovar, concretamente, a efetiva existência de excesso de prazo, de modo que o julgamento não poderá ser realizado no prazo de seis meses contado da preclusão da decisão de pronúncia, ficando comprovado o excesso de serviço, como preceituam o art. 427 e 428, ambos do Código de Processo Penal.

Dessa forma, mostra-se, a meu aviso, imperativo o desaforamento do feito, pelo que elejo a Comarca mais próxima: Santos.

Ante o exposto, com fundamento no art. 424 do CPP, defiro o pedido de desaforamento para determinar que o julgamento do acusado Marcos Soares seja realizado no foro da Comarca de Santos, ficando derrogada a regra da competência *ratione loci*.

Embargos Infringentes e de Nulidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000593-98.2020.8.26.0496/50000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é embargante RONI PINHEIRO BORGES, é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, ACOLHERAM os embargos infringentes para afastar a hediondez do crime de associação para o tráfico de drogas, determinando a elaboração de novo cálculo, considerando-se o lapso de 1/6 (um sexto) para fins de progressão de regime; vencido os Desembargadores Grassi Neto e Alcides Malossi Junior, que mantinham a decisão que considerava a hediondez de tal delito para fins de progressão, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.467)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 3 de agosto de 2021.
SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: Embargos Infringentes – Cabimento – Desafiam embargos infringentes a decisão não unânime desfavorável ao réu proferida em sede de Agravo em Execução – Precedentes – Conhecimento do recurso – Necessidade – Recurso defensivo pleiteando a prevalência do voto vencido que dava provimento ao agravo para afastar a hediondez do crime de associação para o tráfico de drogas, determinando a elaboração de novo cálculo – Precedentes – Decisão reformada – EMBARGOS ACOLHIDOS.

VOTO

1. Ao relatório de fls. 67/68, acrescento que em julgamento de Agravo em Execução por esta Colenda Câmara (fls. 66/74), por maioria de votos, foi negado provimento ao recurso, mantendo-se a decisão que considerou a associação para o tráfico de drogas como crime hediondo para fins de progressão de regime, vencido o E. Desembargador Relator Dr. Sérgio Coelho, que dava provimento ao agravo para afastar a hediondez do crime de associação para o tráfico de drogas, determinando a elaboração de novo cálculo, considerando-se o lapso de 1/6 (um sexto) para fins de progressão de regime.

O réu opôs os presentes embargos infringentes objetivando que prevaleça o entendimento esposado no voto vencido, ou seja, para reformar a r. decisão de primeiro grau e empregar, no tocante à progressão de regime, o lapso temporal destinado às infrações penais comuns (fls. 01/06 do incidente).

Regularmente processados, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento dos embargos (fls.08/12 do incidente).

É o relatório.

2. Primeiramente, **revendo posicionamento anterior**, entendo ser o caso de conhecimento dos presentes embargos infringentes, com a consequente análise do mérito.

Explico.

Segundo doutrina especializada, "*prevalece a posição pelo cabimento dos embargos infringentes no **agravo em execução** (LEP. art. 197), quer porque o agravo segue o procedimento do recurso em sentido estrito, quer porque, antes da Lei de Execução Penal, as decisões proferidas em execução penal, que admitiam recurso, eram atacadas pelo recurso em sentido estrito*"[1].

1 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.

Na jurisprudência, já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça pelo cabimento de embargos infringentes quando o agravo em execução for julgado por decisão não unânime, sendo o voto vencido favorável à defesa, confira-se:

> *"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS À DECISÃO NÃO UNÂNIME EM SEDE DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. CABIMENTO. ART. 609 DO CPP. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1.* É cabível a oposição de embargos infringentes à decisão não unânime proferida ***em sede de agravo em execução – inteligência do art. 609 do Código de Processo Penal.***
>
> *2. Habeas corpus concedido para determinar a apreciação dos embargos infringentes opostos pela defesa no segundo grau de jurisdição"* (grifo não original)[2].

Não é o outro o entendimento desta Egrégia Corte, que através da 7ª Câmara Criminal assim decidiu:

> *"**EMBARGOS INFRINGENTES – AGRAVO EM EXECUÇÃO – DECISÃO DESFAVORÁVEL POR MAIORIA DE VOTOS – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – ART. 609 DO CPP – CABIMENTO – NORMAS RELATIVAS AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO APLICÁVEIS AO AGRAVO EM EXECUÇÃO – REJEIÇÃO E CONHECIMENTO DO RECURSO** – MÉRITO – PROGRESSÃO DE REGIME – LEI N.º 13.964/2019 – EXIGÊNCIA DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIMES DE NATUREZA HEDIONDA OU EQUIPARADA PARA A EXASPERAÇÃO DO REQUISITO OBJETIVO, PARA A PROGRESSÃO DE REGIME, AO PATAMAR DE 60% – LEI POSTERIOR BENÉFICA – PRELIMINAR REJEITADA E EMBARGOS ACOLHIDOS"* (grifo não original)[3].

No mesmo sentido – conhecendo os embargos infringentes opostos em face de agravo em execução e julgando o mérito –, decidiram a 3ª Câmara Criminal (EI 0004596-55.2020.8.26.0154/50000 – j. 06.05.2021), a 15ª Câmara Criminal (EI 0007170-74.2020.8.26.0502/50000 – j. 28.04.2021), a 8ª Câmara Criminal (EI 0008261-23.2020.8. 26.0496/50000 – j. 21.04.2021), a 5ª Câmara Criminal (EI 0005361-49.2020.8.26.0502/50000 – j. 18.12.2020), a 16ª Câmara Criminal (EI 0002917-20.2020.8.26.0154/50000 – j. 18.12.2020), a 4ª Câmara Criminal (EI 0003038-89.2020.8.26.0496/50000 – j. 21.11.2020), a 2ª Câmara Criminal (EI 9000182-68.2018.8.26.0625/50000 – j. 11.08.2020), a 13ª Câmara

Acesso ao Sumário

864.

2 STJ – 6ª Turma – HC **509869**/SP – Relator Ministro Nefi Cordeiro, j. 06.08.2019.

3 TJSP – 7ª Câmara – Embargos Infringentes nº 0011352-06.2020.8.26.0502/50000 – Relator Desembargador Alberto Anderson Filho, j. 23.04.2021.

Criminal (EI 0007583-94.2019.8.26.0996/50000 – j. 29.05.2020) e a 10ª Câmara Criminal (EI 7000375-38.2015.8.26. 0071 50000 – j. 19.07.2018), todas deste Tribunal.

Portanto, sendo o entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência, conheço o presente recurso e passo à análise do mérito.

Respeitosamente, divirjo do Excelentíssimo Senhor Desembargador Dr. Alcides Malossi, acompanhado do E. Desembargador Dr. Grassi Neto, devendo prevalecer o voto do E. Desembargador Relator Sorteado Dr. Sérgio Coelho, ora vencido, posto ser o caso de provimento do recurso defensivo.

Com efeito, o delito de associação para o tráfico não está elencado nos artigos 1º e 2º da Lei 8.072/1990, nem tampouco no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. O rol é taxativo, impossível de ampliação ou interpretações extensivas – sendo defeso, pois, incluir-se o crime de associação para o tráfico.

Nesse sentido:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. INCIDÊNCIA DOS LAPSOS DE 1/6 E 1/3 PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL, RESPECTIVAMENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O crime de associação para o tráfico não integra o rol de crimes hediondos ou equiparados, previstos na Lei n.º 8.072/90. Assim, a progressão de regime e o livramento condicional em condenações pelo delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 sujeitam-se ao lapsos de 1/6 e 1/3 da pena, previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal e no art. 83, inciso I, do Código Penal, respectivamente. Ordem concedida, acolhido o parecer, para afastar o caráter hediondo do crime de associação para o tráfico" (HC 197.691/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

Ainda no mesmo sentido, deliberou esta Colenda Câmara:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO. Homologação de cálculos. Lapsos para progressão de regime e livramento condicional. Crime de associação para o tráfico de drogas. Decisão do juízo a quo que reconheceu a associação para o tráfico como crime hediondo. A defesa sustenta que o crime de associação para o tráfico não se trata de delito hediondo e, portanto, deve-se aplicar a fração de 1/6 (um sexto) para progressão e 1/3 (um terço) no tocante ao livramento condicional. Parcial razão. Delito de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo. Deve-se observar-se o disposto no artigo 112 da LEP para fins de progressão de regime. Precedentes. Entretanto, de rigor a manutenção do lapso de 2/3 (dois terços) para fins de livramento. Princípio da especialidade. Regra especial prevista pelo disposto no art. 44, parágrafo único da Lei nº 11.343/06, que prevalece sobre a lei geral (Código Penal). Precedentes. Agravo parcialmente provido". (TJSP; Agravo de Execução Penal nº 7000120-

Acesso ao Sumário

94.2019.8.26.0506; Relator Des. Andrade Sampaio; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara do Júri e das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 30/01/2020; Data de Registro: 05/02/2020).

Ademais, a associação para o tráfico de drogas é delito autônomo – e, embora vise à prática de um crime equiparado a hediondo, deve ser analisado individualmente, não podendo ser aplicada, por analogia, regra prejudicial ao sentenciado.

Desse modo, o cálculo de liquidação de penas comporta retificação em relação ao lapso para progressão de regime, ou seja, impõe-se a fração de 1/6 (um sexto), devendo ser atendida a pretensão defensiva.

3. Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos infringentes para afastar a hediondez do crime de associação para o tráfico de drogas, determinando a elaboração de novo cálculo, considerando-se o lapso de 1/6 (um sexto) para fins de progressão de regime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0004867-64.2020.8.26.0154/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é embargante LUAN DE SOUSA LEAL, é embargado COLENDA 15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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: Conheceram e rejeitaram os embargos infringentes, por maioria de votos, vencido o 5º Juiz, Des. Ricardo Sale Júnior, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.461)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente), POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 20 de agosto de 2021.

CLÁUDIO MARQUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES – Progressão de regime – Sentenciado reincidente, condenado por crime hediondo – Inteligência do art. 112, VII, da LEP – Desnecessidade de reincidência específica –

Acórdão que, por maioria de votos, deu provimento ao Agravo em Execução Penal interposto pela Acusação – Manutenção – Embargos rejeitados.

VOTO

Trata-se de recurso de Embargos Infringentes e de Nulidade opostos por Luan de Sousa Leal contra o V. Acórdão encartado a fls. 54/61, o qual, por maioria de votos, deram provimento ao recurso de Agravo em Execução interposto pela Acusação para se determinar a retificação do cálculo de penas, adotando-se a fração de 60%, para fins de progressão de regime prisional, vencido o d. Des. Ricardo Sale Junior, que negava provimento ao agravo.

Em suas razões, o embargante alegou, em síntese, que mereceria prevalecer o voto vencido, buscando, assim, a aplicação da lei penal mais benéfica, com a retificação do cálculo de penas para constar o prazo de 40% (quarenta por cento) para fins de progressão de regime prisional, consoante nova redação do artigo 112, inciso V, da Lei de Execução Penal. Prequestionou toda a matéria ventilada nos autos para possível interposição de recurso perante as instâncias superiores.

A douta Procuradoria de Justiça se manifestou pelo acolhimento dos Embargos Infringentes e de Nulidade (fls. 24/36).

É o relatório.

Pois bem. A divergência, no presente caso, reside quanto ao percentual para que o condenado faça jus ao benefício da progressão de regime, se 60% da sanção aplicada, de acordo com o posicionamento da douta maioria, ou 40%, em conformidade com o entendimento do d. Des. Vencido, Ricardo Sale Junior.

No caso dos autos, verifica-se que o sentenciado, reincidente, cumpre pena de seis (06) anos e oito (08) meses de reclusão, pela prática de tráfico de drogas – artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, com término de cumprimento de pena previsto para 23/05/2026 (fls. 23/24).

Pois bem, anteriormente à vigência da Lei nº 13.964/09, para a concessão de progressão de regime prisional, o Direito de Execução Penal estabelecia, como requisito objetivo, o cumprimento do lapso de um sexto da pena no regime anterior (LEP, art. 112, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03) ou, tratando-se de agente condenado por crime hediondo ou equiparado, o resgate de dois quintos da pena, se primário, e de três quintos, se reincidente (Lei nº 8.072/90, artigo 2º, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 13.769/18).

A Lei de Crimes Hediondos, em seu artigo 2º, § 2º, Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 13.769/18, ao prever o percentual de três quintos para a progressão de regime, limitou-se a mencionar agente reincidente como condição à aplicação do lapso temporal mais severo, sem distinguir a reincidência

Acesso ao Sumário

simples da específica.

Com efeito, objetivando uniformizar a interpretação de lei federal, o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, cuidando-se de agente reincidente, condenado por crime hediondo ou equiparado, aplica-se o percentual de 3/5 (três quintos) para a progressão de regime; mostrava-se irrelevante verificar se se tratava de reincidente simples ou específico (STJ, Quinta Turma, HC 173.992/MS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, j. em 03/05/2012, DJe de 10/05/2012).

E, uma vez vigente a Lei nº 13.964/19, houve diversas alterações no Direito de Execução Penal e a discussão em questão fora retomada.

Delineia-se que o § 2º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 o qual, como mencionado alhures, tratava dos lapsos temporais para a progressão de regime para o agente, primário ou reincidente, condenado por crime hediondo ou equiparado, foi revogado, expressamente, pela novel legislação (art. 19 da Lei nº 13.964/19).

De assim ser que a matéria em questão passou a ser tratada no artigo 112, incisos V e VII, da Lei de Execução Penal.

Tem-se que a intenção do legislador foi a de se referir àquele que, no cometimento de um crime hediondo ou equiparado, teve reconhecida a sua reincidência por delito anterior, hediondo/equiparado ou comum, porquanto, se a lei penal não traz palavras inúteis, tampouco deixa de trazer aquelas necessárias, motivo pelo qual, fosse a intenção do legislador que cuidasse o inciso VII do artigo 112 da LEP apenas de reincidentes específicos em crimes hediondos, teria, expressamente, feito constar: "reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado", o que não se verifica, até porque toda vez que a lei quis se referir ao reincidente específico, o fez de forma expressa.

De assim ser que, na ausência do termo "reincidente específico", as frações previstas nos incisos II, IV, VII e VIII do artigo 112 da LEP têm a sua aplicação baseada na mera recidiva, independentemente de qual seja a natureza do delito anterior.

Neste sentido, aliás, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS COLETIVO. COLETIVIDADE DELIMITADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CRIME HEDIONDO. PACOTE ANTICRIME. APLICAÇÃO DE PORCENTAGEM ALEGADA MAIS BENÉFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] II - A jurisprudência desta eg. Corte Superior de Justiça é firme ao declarar que a condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas. Precedentes deste STJ. III - No pre-

Acesso ao Sumário

sente caso, o eg. Tribunal de origem determinou que fosse observada a porcentagem de 60 %, em razão da prática de crime hediondo, para o reincidente (ainda que não específico) - tal qual já acontecia na legislação anterior, a qual, inclusive, previa o mesmo lapso para a progressão de regime, contudo, em forma de fração (3/5). IV No mesmo sentido, as decisões recentes: HC 607506, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Dje 01/09/2020; e HC 596031, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Dje 27/08/2020. V - Assim, o v. acórdão combatido se encontra em conformidade com o entendimento desta eg. Corte Superior de Justiça sobre a matéria, não havendo que se falar, pois, em constrangimento ilegal. Habeas corpus coletivo não conhecido." (HC 599.977/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020).

Conclui-se que esta relatoria se filia ao entendimento da Douta maioria da Turma Julgadora, devendo assim, prevalecer a observância ao percentual de 60% da reprimenda, para fins de progressão de regime prisional.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, uma vez que desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, em se tratando de prequestionamento, sendo o bastando que a questão posta tenha sido decidida.

Diante de tais considerações, **rejeita-se** os embargos infringentes, mantendo-se o V. Acórdão, conforme posicionamento adotado pela maioria desta Colenda Turma Julgadora.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2095406-82.2021.8.26.0000, da Comarca de Embu das Artes, em que é paciente ANDRE LUIZ RODRIGUES DO NASCIMENTO e Impetrante MARCIO LUIZ VIEIRA.

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 ordem. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.076)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente), POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de julho de 2021.
GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. REVOGAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. POSSIIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INADMISSIBILIDADE. 1. Fatos narrados na denúncia que constituem, em tese, a conduta tipificada no artigo 14 da Lei nº 10.826/03, sendo que a exordial acusatória preenche todos os requisitos exigidos pelo artigo 41 do Código de Processo Penal. 2. Existência de suporte mínimo probatório (*probable cause*) a justificar o oferecimento da inicial acusatória. O trancamento do processo penal em *habeas corpus* só tem cabimento excepcional, quando, com a sumariedade de cognição peculiar a esta ação, reste evidente a atipicidade da conduta do denunciado ou a incidência de alguma excludente inquestionável, o que não é o caso dos autos. Doutrina e precedentes. 3. Ausência dos requisitos para a concessão do acordo de não persecução penal, haja vista que o paciente cumpria suspensão condicional do processo nos autos nº 0009460-27.2015.8.26.0635 na data em que homologado o referido acordo. Decisão bem fundamentada da **d. autoridade apontada como coatora. 4. Eventuais ausência de dolo quanto à ocultação de informações processuais do paciente e possibilidade de prévio acesso, pelo Ministério Público, à certidão de antecedentes do paciente que não alteram tal a ausência de preenchimento dos requisitos legais para a concessão do acordo de não persecução penal. Ausente afronta ao princípio do contraditório e ampla defesa, o qual, inclusive, está assegurado com o prosseguimento da ação penal. 6. Denegação da ordem.**

VOTO

O Advogado MARCIO LUIZ VIEIRA impetra o presente *writ* de *habeas corpus* repressivo, com pedido de liminar, em favor de **ANDRE LUIZ RODRIGUES DO NASCIMENTO**, alegando constrangimento ilegal por parte do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DA COMARCA DE

Acesso ao Sumário

EMBU DAS ARTES/SP, que revogou o acordo de não persecução penal celebrado no processo de nº 1502302-23.2019.8.26.0628, em que o paciente foi denunciado como incurso no artigo 14 da Lei n° 10.826/03 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido).

Pleiteia, liminarmente, a suspensão da ação penal, até o julgamento do presente *writ*. No mérito, requer a anulação da r. decisão atacada, mantendo-se o acordo de não persecução penal celebrado na origem. Aduz que não houve ocultação de informações processuais e que o Ministério Público tinha acesso à certidão de antecedentes do paciente ao propor o referido acordo. Assevera, ainda, que a rescisão do ato, já homologado, ocorreu em infringência ao contraditório, porquanto não precedida de manifestação da Defesa, e de forma não fundamentada (fls. 1/8).

A liminar foi indeferida (fls. 10/12) e prestadas as informações de praxe pela digna autoridade apontada como coatora (fls. 15/45). A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em respeitável parecer lançado nos autos, opinou pela denegação da ordem (fls. 48/51).

É o relatório.

Pelo que consta dos autos digitais do processo de origem, o paciente foi preso em flagrante no dia 24 de novembro de 2019 (fl. 1, daqui em diante sempre dos autos digitais do processo de origem) e, em audiência de custódia realizada na mesma data, teve concedido o benefício da liberdade provisória, cumulado com medidas cautelares (fls. 24/26). Na audiência realizada em 23.09.2020, foi beneficiado com o acordo de não persecução penal, mediante o cumprimento de algumas condições (fls. 92).

Posteriormente, sobreveio aos autos, por meio da i. Promotora de Justiça oficiante, a notícia de que o paciente não fazia jus ao acordo de não persecução penal, haja vista que na data de homologação do referido acordo, estava em cumprimento de proposta de suspensão condicional do processo nos autos nº 0007209-59.2017.8.26.0152, o qual tramita perante a 10ª Vara Judicial da Capital (fls. 109/110), informação que não constava dos autos em andamento na Comarca de Embu das Artes.

Foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/03, porquanto, em tese, no dia 24 de novembro de 2019, por volta das 04h, na Rodovia Rodoanel Trecho Sul, altura do Km 33, M'Boy Mirim, cidade e comarca de Embu das Artes, portava arma de fogo de uso permitido, consubstanciada em um revólver calibre .38 da marca Taurus e numeração OH315331, em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 62/64).

Segundo o apurado, *"policiais militares em patrulhamento de rotina pelo local dos fatos visualizaram o denunciado conduzindo o veículo VW Saveiro, placas de identificação FMR-2816, com "insulfilm" fora dos padrões permiti-*

Acesso ao Sumário

dos, razão pela qual iniciaram acompanhamento do veículo e emitiram sinais de parada. ANDRE LUIZ, depois de tentar se desvencilhar da ação policial, atendeu ao sinal de parada e, em revista pessoal, foi localizado em sua posse a arma de fogo acima descrita, sem documentos de registro e porte. O denunciado, inquirido informalmente, relatou que adquiriu o revólver na "feira do rolo" (fls. 63).

Pois bem.

O pedido de trancamento da ação penal não comporta acolhimento.

O fato narrado na denúncia, como visto acima, constitui, em tese, a conduta delitiva tipificada no artigo 14 da Lei nº 10.826/03, sendo que a exordial acusatória preenche todos os requisitos exigidos pelo artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo, de forma clara e concatenada, a conduta imputada ao paciente, com todas as suas circunstâncias descritas de forma pormenorizada, permitindo-lhe a compreensão da imputação a ele dirigida e possibilitando-lhe, por consequência, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Infere-se da exordial e dos elementos informativos colhidos nos autos que há suporte probatório mínimo (*probable cause*) a justificar o oferecimento da inicial acusatória, sobretudo porque há nos autos elementos indicativos da tipicidade da conduta imputada ao paciente – e, assim, indiciários da sua antijuridicidade –, da materialidade e autoria delitivas, bem como de sua culpabilidade, que lastreiam, em tese, a plausibilidade do direito de punir (*fumus comissi delicti*), não se vislumbrando, por outro lado, ilegalidade da persecução penal que autorize o seu trancamento em relação ao paciente.

Incabível cogitar, nesta senda, em aplicação do princípio da insignificância, que requer análise aprofundada do mérito da causa, sendo certo que o valor da *res*, por si só, não induz à insignificância da conduta – que, aliás, tutela a incolumidade pública e não o patrimônio – pois na ordem jurídica brasileira, tal princípio não adquiriu foros de cidadania a ponto de determinar a atipicidade material da conduta.

Demais disso, o trancamento do processo penal em *habeas corpus* só tem cabimento quando reste evidente, de indiscutível situação fático-probatória, a atipicidade da conduta do paciente ou a incidência de alguma excludente inquestionável, o que não é o caso dos autos. Ressalte-se, ademais, que a r. decisão atacada está em perfeita consonância com a legislação processual penal, uma vez que o benefício de suspensão condicional do processo concedido dentro do prazo de 5 (cinco) anos, impossibilita o oferecimento e homologação do acordo de não persecução penal, conforme dispõe o art. 28-A, §2º, inciso III, do CPP. De mais a mais, a eventual ausência de dolo, na ocultação de informações processuais do paciente, ou ainda, a possibilidade de prévio acesso, pelo i. *Parquet*, à certidão de antecedentes criminais do paciente são circunstâncias não

Acesso ao Sumário

alteram a situação concreta de ausência de preenchimento dos requisitos legais impostos, expressamente previstos no referido Códex, para fazer jus à benesse pleiteada.

De outra parte, uma vez comprovado o não preenchimento dos requisitos legais para a concessão do acordo de não persecução penal, previstos no art. 28-A do CPP, também não há falar-se em afronta ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Assim, não há como se negar, *in casu*, a instauração e seguimento da ação criminal, com o que, inclusive, será assegurado o exercício do pleno contraditório. A existência, ou não, de provas idôneas de materialidade delitiva e da autoria depende de dilação probatória, com aprofundado exame do acervo instrutório, que somente o devido processo legal pode permitir, como garantia também ao acusado.

Sobre o tema, ensina o saudoso professor Júlio Fabbrini Mirabete:

> *"... somente se justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando ela é evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a decisão" (RT 534/349, 539/366, 544/408,...; JTACrSP 63/143, 76/102; TSTJ 20/205, 21/200). E, prosseguindo: "... mas não se pode pela via estreita do mandamus trancar ação penal por falta de justa causa quando o seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos" (RTJ 113/1.017; JSTJ 3/205,...; RT 536/384, 539/264,...; JTACrSP 71/116 e 131, 94/599)* - (*in* "Processo Penal", Ed. Atlas, pág. 706).

Do mesmo modo tem sido o entendimento jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 317, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMPRÉSTIMO PROBATÓRIO. PROVA ILEGÍTIMA. PROVA ORIGINADA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADOS A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO. PARTICIPAÇÃO DO DENUNCIADO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA A VALIDADE DA PROVA. PRESCINDIBILIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO EXAURIENTE. DESNECESSIDADE. JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa exige comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da ocorrência de causa de extinção da punibilidade, da ausência de lastro probatório mínimo de autoria ou de materialidade, o que não se veri-*

Acesso ao Sumário

fica na presente hipótese. [...] 5. Na espécie, a Magistrada singular, embora de modo sucinto, referiu-se expressamente aos requisitos mínimos da peça acusatória, atenta aos requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal, esclarecendo a julgadora estarem demonstrados os indícios de autoria e a prova da materialidade do delito descrito na inicial. 6. Recurso desprovido." (STJ – Sexta Turma; RHC 92568/SC, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, J. 19.06.2018, DJe 01.08.2018).

Bem como desta Colenda 15ª Câmara Criminal:

"HABEAS CORPUS – Furto qualificado (CP, artigo 155, § 4º, I e IV) – Trancamento da ação penal. Impossibilidade de exame de provas e questões aprofundadas do mérito. Indícios suficientes de autoria e materialidade. Medida excepcional inaplicável ao caso em concreto – Ordem denegada." (TJSP – 15ª Câmara de Direito Criminal; HC 2066547-61.2018.8.26.0000, Relator Des. Gilberto Ferreira da Cruz, J. 17.05.2018, DJe 18.05.2018).

Ante o exposto, pelo meu voto, **DENEGO A ORDEM**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2145796-56.2021.8.26.0000, da Comarca de Iguape, em que é paciente JONIR AMARO DO NASCIMENTO e Impetrante GIVAGO PRANDINI MAIA, é impetrado MMJD DA 2ª VARA - FORO DE IGUAPE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE PROPOSTA DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – VIA INADEQUADA.

ORDEM NÃO CONHECIDA.

VOTO

O advogado Givago Prandini Maia impetra o presente *habeas corpus*, *com pedido de liminar*, em favor de JONIR AMARO DO NASCIMENTO, que sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de IGUAPE, nos autos da ação penal nº 0002640-64.2016.8.26.0244, em que está sendo acusado da prática dos crimes previstos nos artigos 38 e 40, ambos da Lei nº 9.605/88 ("Destruir e danificar floresta considerada de preservação permanente").

Insurge-se o impetrante contra a decisão que cancelou a realização de audiência em que seria feita proposta de acordo de não persecução penal.

Sustenta que o paciente não foi encontrado no endereço constante dos autos, contudo, obteve-se a informação de que estaria residindo em "local próximo do loteamento Nova Iguape", lugar para onde o Oficial de Justiça deveria ter seguido para intimar o paciente.

Postula a concessão da ordem, para que a decisão que determinou a citação do paciente por edital seja cassada a fim que seja tentada novamente a sua intimação para se manifestar sobre a proposta de não persecução penal.

É o relatório.

Com apoio no artigo 663 do Código de Processo Penal, deixo de ouvir a Procuradoria de Justiça e requisitar informações, e remeto os autos à mesa para julgamento, nos termos do artigo 168, §3º, do Regimento Interno deste Tribunal.

Pois bem.

Segundo se vê dos autos e registros eletrônicos desta Corte, não há ordem ou pedido de prisão contra o paciente.

Destarte, como é cediço, a via eleita é absolutamente inadequada para a obtenção do almejado fim, uma vez que a tutela do remédio heroico exsurge quando uma pessoa estiver sofrendo ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir.

Sobre o tema, colaciona-se recente decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"(...) 3. Ação constitucional de natureza mandamental, o habeas corpus tem como escopo precípuo afastar eventual ameaça ao direito de ir e vir , cuja natureza urgente exige prova pré-constituída das alegações e não comporta dilação probatória – ônus do qual o agravante/impetrante não se desincumbiu.

4. Se nem sequer se apontou haver decreto prisional contra o paciente ou, ao menos, a existência de requerimento ministerial para a imposição de cárcere ao acusado, não se justifica a impetração, dada a ausência de interesse processual do suplicante (...)." – (AgRg no HC 660948/DF – Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz – j. 18/05/2021)

Assim, a insurgência do paciente não pode ser analisada em sede de

Acesso ao Sumário

"habeas corpus".

Diante do exposto, não se conhece da presente impetração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2148476-14.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente PEDRO PAULO DE ANDRADE FILHO.

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 CONCEDERAM a ordem de *habeas corpus*, a fim de ratificar o deferimento liminar de liberdade provisória, mantendo-se as medidas cautelares impostas ao paciente. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.728)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente sem voto), ALBERTO ANDERSON FILHO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: *Habeas corpus* com pedido liminar – Crime de trânsito – Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool – Arbitramento de fiança para concessão de liberdade provisória incompatível com a capacidade econômica do paciente e a pandemia do COVID-19 – HC COLETIVO STJ Nº 568.693/ES – Ordem liminar concedida, determinando-se a expedição de alvará de soltura clausulado – Imposição de medidas cautelares diversas da prisão, ante a ausência de condições em recolher a fiança arbitrada – Liminar ratificada – Ordem concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor do paciente **PEDRO PAULO DE ANDRADE FILHO**, sob a alegação de estar

sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito do Plantão Judiciário da Comarca de São Paulo/SP, nos autos do processo nº 1515689-73.2021.8.26.0228.

Informa que o paciente foi preso em flagrante delito, pela suposta infração do art. 306, da Lei nº 9.503/1997, Código de Trânsito Brasileiro, em contexto de condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, causando lesões corporais a terceiro, foi arbitrada fiança no valor de 01 (um) salário mínimo.

Alega que a manutenção da prisão preventiva é ilegal, tendo em vista que o paciente é primário, possuidor de condições pessoais favoráveis, a decisão advinda do STJ no julgamento do HC COLETIVO Nº 568.693/ES, ser hipossuficiente econômico, não podendo arcar com o valor, razão única pela qual ele foi mantido segregado.

Assim, liminarmente, requer a expedição de alvará de soltura, reconhecendo o direito à liberdade ao paciente e, ao final, a concessão da ordem para tornar definitiva a medida.

A liminar foi deferida (fls. 53/54), concedendo-se a liberdade provisória sem fiança ao paciente, impondo-lhe, contudo, as medidas cautelares já fixadas pelo i. Juízo *a quo*.

Com a vinda das informações (fls. 61/88), manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça pela concessão da ordem (fls. 92/94).

É o relatório.

Primeiramente, de se esclarecer que o entendimento adotado por este Relator é no sentido de que os crimes de trânsito praticados com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência doméstico são graves e denotam a personalidade deturpada do agressor, razão pela qual, ao menos em tese, a custódia cautelar seria medida cabível, até mesmo para fins de salvaguardar a sociedade.

Contudo, no presente caso, o paciente teve deferida a medida liminar requerida e foi colocado em liberdade, mesmo porque, ao ser arbitrada a fiança pelo i. magistrado *a quo*, o pressuposto foi o de que tem direito de responder ao processo em liberdade.

Ainda, o paciente demonstrou situação de miserabilidade, primeiro por de fato não ter arcado com o valor da fiança antes da apreciação da liminar; segundo por ser assistido pela Defensoria Pública do Estado neste *habeas corpus*. Realmente é caso de concessão da liberdade provisória.

Ademais, apesar do paciente ostentar antecedente criminal, exatamente pelo delito de embriaguez ao volante, foi homologada a suspensão condicional do processo em 20/03/2019, razão pela qual, dentre as demais já apresentadas, poderá responder ao processo em liberdade, com as condições estabelecidas

Acesso ao Sumário

quando da concessão da medida liminar.

Inclui-se também o conteúdo da decisão advindo do STJ no julgamento do HC COLETIVO Nº 568.693/ES.

Portanto, preenche os requisitos objetivos e subjetivos para responder solto à ação penal, desde que cumpra as medidas cautelares diversas da prisão aplicadas, afastando-se somente o pagamento de fiança.

Em consulta aos autos de origem, consta já existir alvará de soltura cumprido em favor do paciente (fls. 83/85).

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONHEÇO** e **CONCEDO** a ordem de *habeas corpus*, a fim de ratificar o deferimento liminar de liberdade provisória, mantendo-se as medidas cautelares impostas ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 0010276-95.2020.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é impetrante/paciente JOSÉ FERNANDO DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª 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 14.626)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 28 de julho de 2021.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE,. Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas corpus*. Impugnação de decisão que acolheu apresentação de quesitos complementares do Ministério Público em perícia de cessação da periculosidade. Ausência de irregularidade. Requerimento de diligências pelas partes após a realização da perícia previsto pelo artigo 175, inciso V, da Lei de Execução Penal. Posterior prorrogação da medida de segurança. Paciente absolvido impropriamente em feito que apurava a prática dos delitos de injúria e denunciação caluniosa. Desatendimento à Súmula 527 do C. STJ. Inocorrência. Tratamento ambulatorial iniciado em agosto de 2014. Tempo de medida de segurança que

não superou o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito de denunciação caluniosa. Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ***habeas corpus*** impetrado por **José Fernando dos Santos** em benefício próprio, no qual se aponta como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Taubaté – Processo nº 0031985-56.2008.8.26.0050.

O impetrante relata que foi absolvido impropriamente em feito que apurava a prática dos delitos de injúria e denunciação caluniosa.

Esclarece que foi realizada perícia de cessação de periculosidade na data de 22 de outubro de 2019. Finalizada a perícia, o representante do Ministério Público apresentou novos quesitos, o que ensejou cerceamento de defesa com a injusta manutenção do impetrante em tratamento ambulatorial, mesmo diante da finalização da perícia.

Busca o reconhecimento da cessação de periculosidade.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 26/27).

Prestadas as informações (fls. 31/33), sobreveio parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 3536) manifestando-se pela prejudicialidade da ordem.

Em seguida, a ação foi julgada prejudicada por esta 2ª Câmara de Direito Criminal, considerando a superveniência de decisão que prorrogou a medida por mais um ano (fls. 39/40).

Posteriormente, por decisão do Col. Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* nº 636488-SP, foi determinada a apreciação do mérito da presente ação, uma vez que não teria ocorrido a perda do objeto com a superveniência de decisão que prorrogou a medida de segurança (fls. 72/74).

Foram requisitadas informações à autoridade coatora acerca da data de início do tratamento ambulatorial do paciente para fins de analisar a aplicação da Súmula 527 do Col. Superior Tribunal de Justiça (fls. 82/83).

Prestadas as informações (fl. 87), complementadas às fls. 95/96, vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

Conforme indicado nas informações prestadas e pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 35/36), observo que o prazo da medida de segurança foi prorrogado por mais um ano na data de 04/03/2020, até a cessação da periculosidade, a ser apurada por perícia médica.

Acesso ao Sumário

Destaco que a impetração impugna a apresentação de quesitos complementares pelo Representante do Ministério Público após a realização da perícia e elaboração de laudo pericial favorável ao paciente.

Acerca da alegada nulidade da quesitação complementar, aponto que o artigo 175 da Lei de Execução Penal estabelece a necessidade de manifestação das partes sobre a perícia e a possibilidade de apresentação de novos quesitos.

Confira-se:

> Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte:
>
> I - a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida;
>
> II - o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;
>
> III - **juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um**;
>
> IV - o Juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver;
>
> V - **o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança**; (...).

Assim, constata-se que, após a elaboração do laudo psiquiátrico, independentemente de seu resultado, as partes devem ser ouvidas, podendo, inclusive, requererem diligências, que serão avaliadas pelo juiz.

Confira-se o posicionamento da doutrina:

> "Após o recebimento do relatório instruído com o laudo psiquiátrico, devem ser ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de três dias para cada um, podendo estes, se for o caso, requerer diligência. Também o juiz, de ofício, poderá determinar outras que entender necessárias à decisão. (...) Realizadas as diligências determinadas pelo juiz, de ofício a requerimento das partes, e ouvidos o Ministério Público e o defensor ou curador, profere-se a decisão. Concluindo, diante do laudo, relatório e demais provas, pela cessação periculosidade, determinará o juiz a desinternação ou a liberação. Caso contrário, a medida de segurança continuará a ser executada, com a renovação obrigatória de exame decorrido mais um ano" (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: Comentários à lei nº 7.210, de 11-7-1984. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 862).

Observo, então, que não há irregularidade na apresentação de quesitos complementares pelo Ministério Público, uma vez que tal procedimento é previsto na Lei de Execução Penal. Ressalto, ainda, que mesmo diante da existência de laudo favorável à cessação da periculosidade, pode o magistrado, dentro dos

Acesso ao Sumário

limites de sua discricionariedade e de forma fundamentada, até mesmo determinar a realização de outro exame, conforme já decidiu o Col. Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. PRORROGAÇÃO. CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE. LAUDO REFUTADO PELO MAGISTRADO. REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ORDEM DENEGADA. 1. A decisão que prorroga a medida de segurança deve ser precedida de laudo psiquiátrico e basear-se na cessação ou não da periculosidade do apenado, não servindo como fundamento a gravidade do crime cometido. Todavia, a teor do art. 182 do Código de Processo Penal, o magistrado não fica vinculado ao laudo técnico, podendo refutá-lo e/ou determinar novas diligências, desde que de forma devidamente fundamentada, imperando o princípio do livre convencimento motivado. 2. Mostra-se razoável a decisão que se baseou não apenas na gravidade do delito, mas na insuficiência das informações apresentadas no laudo e na incoerência com o resultado do ano anterior, destacando o magistrado que não foi informada a medicação ministrada (que antes era significativa) nem apresentados dados sobre a existência de amparo familiar do paciente, internado há mais de dez anos. 3. A existência de laudo atestando a cessação da periculosidade, por si só, não garante ao paciente o direito à desinternação, podendo o magistrado a quo, dentro dos limites da sua discricionariedade e de forma fundamentada, determinar que outro exame seja realizado. 4. Ordem denegada. (HC 87.849/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 05/04/2010).

Assim, não se constatando irregularidade na apresentação de quesitos complementares pelo Ministério Público e considerando ainda a superveniência de decisão que prorrogou a medida de segurança, não se verifica o apontado constrangimento ilegal.

Observo, ainda, que foram juntadas aos autos cópias de documentos apontando que desde 2007 o paciente estaria submetido ao tratamento ambulatorial (fls. 56/65), portanto por tempo superior ao máximo da pena cominada aos delitos pelos quais foi absolvido impropriamente (injuria e denunciação caluniosa).

Essa situação, embora não ventilada na impetração, apontaria um possível desatendimento a entendimento sumulado pelo Col. Superior Tribunal de Justiça (Súmula 527 - *O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado*).

Por esse motivo, foram requisitadas informações complementares à autoridade coatora, para que se esclarecesse a data de início da medida de segurança e a existência de eventuais suspensões e interrupções do tratamento.

Acesso ao Sumário

Consoante as informações prestadas às fls. 95/96, na data de 25 de junho de 2014 foi determinada a intimação do paciente para dar início à execução da medida de segurança e em 12 de agosto de 2014 ele compareceu ao CAPS II para o primeiro atendimento (fls. 99/100).

Dessa forma, considerando que o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito de denunciação caluniosa (artigo 339 do Código Penal) é de 08 anos de reclusão, observo que não se constata violação à mencionada Súmula do Col. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **DENEGO a ordem de *Habeas Corpus*.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2137452-86.2021.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante H.P.P.J. e Paciente L.C.S.R.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam parcialmente a ordem, tão somente para que a oitiva da vítima e das testemunhas se dê, ainda que na modalidade telepresencial, em tempo real. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.729)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 4 de agosto de 2021.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Homicídio qualificado, sequestro e cárcere privado. Plenário do Júri sem a presença do acusado. Interrogatório por meio de videoconferência. Decisão proferida para prevenção de proliferação de contágio por Covid-19. Decisão amparada em recomendações e atos normativos do Poder Judiciário, Poder Executivo e CNJ. Impedimento, por outro lado, do exame de simples gravações dos depoimentos da vítima e testemunhas, sendo necessária a presença (física ou remota) destas, em tempo real, em caso de perguntas dos senhores jurados. Ordem parcialmente concedida para este fim.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo Advogado Hamilton Paulino Pereira Junior, em favor de L.C.S.R., alegando constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara do Júri da Comarca de Ribeirão Preto (Processo originário nº 0003536-52.2015.8.26.0597).

Insurge-se o impetrante contra irregularidades na forma da realização do julgamento do paciente perante o tribunal popular, designado para o dia 20 de setembro de 2021, tais como a realização do Plenário do Júri sem a presença física do paciente e a substituição das testemunhas arroladas por exibição de depoimentos gravados. Requer a presença física do paciente na sessão de julgamento designada para o dia 20 de setembro de 2021, bem como a presença física de todas as testemunhas arroladas, o direito de reperguntas, o direito de permanecer sem algemas no julgamento, trajando roupas comuns e condizentes, e não uniforme do presídio. Subsidiariamente, requer a determinação da suspensão do julgamento até a decisão de mérito do presente *writ*.

A liminar foi indeferida (fls. 43/44).

Dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 48/60).

É o relatório.

2. É caso de concessão parcial da ordem.

L.C.S.R. foi denunciado e pronunciado como incurso nas sanções dos artigos 121, § 2º, incisos I, III e IV, c.c. artigo 148, *caput* (por duas vezes), ambos do Código Penal, artigo 2º, da lei nº 12.850/13 e artigo 1º, inciso II, da lei 9.455/97, todos nos moldes dos artigos 29 e 69, ambos do Código Penal, sob a acusação de, juntamente com os demais corréus, haver matado a vítima E., mantido em cárcere privado P. e R., além de integrar organização criminosa (PCC) e torturar P., tudo porque esta última teria mantido relações sexuais com E. e R. enquanto J., com quem havia tido relacionamento afetivo, cumpria pena. Quando este foi liberado, tomou conhecimento dos fatos, acionou o "tribunal do crime", como se autodenomina, a fim de que os envolvidos fossem julgados e castigados.

Após o devido andamento processual que resultou em sua pronúncia (fls. 2365/2370 dos autos originários), a d. Magistrada determinou a realização da sessão plenária do Júri de forma mista, com o apoio da videoconferência, onde jurados, Ministério Público, Defesa, Juiz e serventuários estarão presentes fisicamente, enquanto testemunhas e paciente participarão através de meio virtual, em virtude da pandemia de Covid-19.

Às fls. 2735/2376 consta a decisão objeto de impugnação do presente *habeas corpus*, ***in verbis***:

"Em razão da evidente complexidade da causa (01 vítima, 01 testemu-

Acesso ao Sumário

nha de acusação, 04 testemunhas comuns, 01 testemunhas de defesa, e 03 réus – total de 10 pessoas a serem ouvidas), que pode acarretar prorrogação do julgamento para o dia seguinte (o que já aconteceu em processos desta Vara) com necessidade de jurados pernoitarem em hotel e retorno dos trabalhos forenses nos dias seguintes, designo Plenário para julgamento dos réus L.C.S.R., J.S.S. e J.M.V.S. perante o Egrégio 2º Tribunal do Júri, com duração prevista para 02 (dois) dias corridos, para início no próximo dia 20 de setembro, às 10h00. Em razão da situação de pandemia instalada em todo o país (COVID-19) e com objetivo de resguardar a saúde de todas as pessoas que – necessariamente – precisarão comparecer ao julgamento acima designado, somente poderão estar presentes no Salão do Júri, além da Juíza Presidente, o Promotor de Justiça, os Defensores, os vinte e cinco (25) Senhores Jurados convocados (somente até o sorteio, quando permanecerão apenas 07 jurados), um (01) escrevente técnico-judiciário e dois (02) Oficiais de Justiça. Não será autorizada a entrada de plateia para acompanhamento do julgamento. Os réus participarão do julgamento por videoconferência Microsoft TEAMS. Nos termos do artigo 185, do Código de Processo Penal, designo o mesmo dia, às 09h30, para que os réus mantenham entrevista reservada com seus Defensores (ferramenta Microsoft Teams). Intimem-se os réus e requisitem-se suas apresentações nas salas de teleaudiências (MicrosoftTeams) das unidades prisionais em que se encontram, para ambos os horários. Informem os ilustres Defensores, no prazo de 24 (vinte e quatro horas), endereço eletrônico que permita o encaminhamento de link de acesso à reunião virtual (entrevista reservada). Essa entrevista será realizada diretamente entre os réus e seus patronos (que utilizarão equipamento próprio: celular ou computador). Providencie z. serventia o necessário, nos termos dos Comunicados CG nº 284/2020 e 317/2020.2. Manifestem-se as partes, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sobre a possibilidade de serem utilizados os depoimentos das testemunhas (arroladas) produzidos durante a instrução da primeira fase. Com a manifestação ou certificado o decurso do prazo in albis, tornem conclusos.

3. Para a realização do Julgamento solicitem-se ao DD. Diretor do Fórum as seguintes providências: a) disponibilização de funcionário na Copa para apoio durante a realização do julgamento; b) alimentação para os Senhores Jurados; c) policiamento para segurança dos presentes (02 policiais militares); d) disponibilização de álcool em gel e de máscaras de proteção; e e) apoio junto ao Setor de Informática para preparação dos equipamentos do Salão do Júri".

Acesso ao Sumário

Às fls. 2773, assim decidiu a d. Juíza ***a quo***: "*Com a concordância do Ministério Público, com a da Defesa de J.M., e com a preclusão do prazo para as Defesas de L. e J., serão exibidos em Plenário os depoimentos da vítima P.F.S.S., da testemunha de acusação Testemunha Protegida nº 2, e das testemunhas comuns Testemunha Protegida nº 3, M.R.S.S., F.C.S., F.C.R., e da testemunha de defesa R.C.Q., informantes, peritos e assistentes técnicos, produzidos durante a instrução da primeira fase, e na ordem prevista no Código de Processo Penal*."

Entendo ser caso de concessão parcial para determinar que os depoimen-

tos da vítima e das testemunhas se deem **em tempo real (seja presencial ou remotamente)**, não sendo admissível que suas oitivas em Plenário do Júri sejam supridas pela reprodução de depoimentos previamente gravados por ocasião do sumário da culpa, mesmo porque tal procedimento impossibilitaria eventuais reperguntas que os Senhores Jurados pudessem formular, objetivando sanar dúvidas na formação de seu convencimento.

No mais, quanto à necessidade da presença física de L. no plenário do Júri, denego a ordem.

O provimento nº 2564/2020 do Conselho Superior da Magistratura, calcado na Resolução 322 do Conselho Nacional de Justiça (artigo 5º, V), permite a realização de sessão do Tribunal do Júri em caso de réu preso, desde que respeitadas as cautelas necessárias para a atual fase de pandemia, na forma de seu artigo 26, §4º, III e IV, **não se afastando possibilidade de sessão mista** (artigo 26, §§ 2º e 3º).

Garantidos os direitos do réu (presença de todos os envolvidos, em tempo real, quer física, quer remotamente), não há que se afastar a viabilidade do julgamento, e não há falar em nulidade ou cerceamento de Defesa.

Neste sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE. ***PLEITO DE REALIZAÇÃO DA SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NA PRESENÇA DO ACUSADO. RESTRIÇÕES CAUSADAS PELA PANDEMIA DE COVID-19. OITIVA DO RÉU POR VIDEOCONFERÊNCIA. PREJUÍZO NÃO CONSTATADO****. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A prolação de decisão unipessoal pelo Ministro Relator não representa violação do princípio da colegialidade, pois está autorizada pelo art. 34 do Regimento Interno desta Corte e em diretriz consolidada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio do enunciado n. 568 de sua Súmula. 2. O direito de presença é um dos desdobramentos do princípio da plenitude da defesa, na sua vertente da autodefesa, pois permite a participação ativa do réu, dando-lhe a possibilidade de presenciar e participar da instrução criminal e auxiliar seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências.* ***Entretanto, não se trata de um direito absoluto, sendo legítima a restrição, quando houver fundado motivo. 3. Na situação dos autos, a opção pelo interrogatório do agravante por meio de videoconferência justifica-se em razão da emergência sanitária vivenciada não apenas pelo Brasil, mas pelo mundo todo, diante da pandemia causada pelo novo coronavírus. Com o objetivo de minimizar os agravos causados pela disseminação da doença, os governos locais adotaram diversas medidas restritivas.*** *4. Portanto, não há que se falar em nulidade, seja pela presença de amparo legal para a realização do interrogatório por meio de videoconferência, especialmente considerando a necessidade da adoção do procedimento tendo em vista a situação emergencial de saúde pública vivenciada pelo mundo neste*

Acesso ao Sumário

momento. 5. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 648336 / MS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª Turma, j. em 25/05/2021, DJe 01/06/2021, V.U.) [grifos meus].

Assim, a realização do interrogatório de L. por meio de videoconferência encontra-se amparada legalmente, especialmente considerando a necessidade da adoção do procedimento em razão da situação emergencial de saúde pública vivenciada pelo mundo neste momento.

3. Isto posto, concedo parcialmente a ordem, tão somente para que a oitiva da vítima e das testemunhas se dê, ainda que na modalidade telepresencial, em tempo real.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2142671-80.2021.8.26.0000, da Comarca de Novo Horizonte, em que é impetrante T.L.R. e Paciente C.C.G.

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 53.713)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 4 de agosto de 2021.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – PRISÃO PREVENTIVA – EXTORSÃO POR DUAS VEZES – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR – BUSCA DE VANTAGEM ECONÔMICA PARA NÃO EXPOSIÇÃO DAQUELES QUE HAVIAM SE RELACIONADO SEXUALMENTE COM TRAVESTI, FILHO DA PACIENTE – MEDIDA EXTREMA NECESSÁRIA – PARTICIPAÇÃO DA GENITORA APONTADA PELAS VÍTIMAS – QUESTÕES MERITÓRIAS NÃO PODEM SER SOPESADAS NA VIA ELEITA, DE LIMITADA COGNIÇÃO – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ABSTRATA MÁXIMA EXCEDENTE A 04 ANOS

Acesso ao Sumário

DE RECLUSÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

VOTO

O advogado Thiago Luís Revelles impetra *habeas corpus* em favor de C.C.G, nos autos do Processo nº 1500692-66.2021.8.26.0396, em que decretada sua prisão preventiva.

Sustenta, em síntese, ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar para o acolhimento da representação pela medida extrema, destacando a desnecessidade da medida adotada. Salienta questões meritórias relacionadas a não participação da paciente nos delitos imputados ao seu filho, o corréu B., com nome social "M.". Pleiteia, assim, sua imediata liberdade provisória com fixação de outra medida cautelar diversa da prisão e expedição imediata de alvará de soltura.

A liminar foi indeferida (fls. 37/38).

Prestadas as informações pelo r. Juízo apontado como autoridade coatora (fls. 40/41, o douto Procurador de Justiça Dr. Saulo de Castro Abreu Filho opina pela denegação da ordem (fls. 45/48).

É o relatório.

A impetração não merece prosperar. Subsistem os requisitos propulsores da prisão preventiva.

C.C.G. foi presa pela suposta prática do crime previsto no artigo 158, § 1º, do Código Penal, por duas vezes, em conluio com seu filho B.

Infere-se dos autos que o corréu B., travesti conhecido por "M.", constrangia aqueles com quem havia se relacionado sexualmente, exigindo vantagem econômica, sob pena de expor os envolvidos nas redes sociais.

Conforme adiantado quando da análise do pleito liminar, a decisão ora combatida não se revela ilegal ou teratológica (cf. fls. 09/14), tendo o douto Juízo analisado com critério a indispensabilidade da custódia cautelar nesse momento incipiente da ação penal, tendo a autoridade acoimada coatora corretamente destacado os "*depoimentos trazem indícios da prática criminosa pelo investigado B.H.F.L., nome social "M.", e por sua genitora C.C.G., já que os policiais tiveram acesso aos áudios contendo as extorsões, bem como acompanharam a vítima E. até a casa de C., onde esta receberia o dinheiro proveniente da extorsão. Ressalte-se que, nos fatos relacionados ao ofendido A.C., C. foi a responsável por chamar o casal para resolver os fatos, a indicar que também participa dos atos criminosos*".

Assim, ponderando o contexto fático e os elementos jurídicos que permeiam a medida extrema, não se evidencia o constrangimento ilegal narrado.

Acesso ao Sumário

Com efeito, para além das provas da materialidade e suficientes indícios da autoria, verifica-se que a decretação da prisão preventiva se encontra em ordem, sendo que a pena abstrata máxima prevista para o delito excede a 04 anos de anos de reclusão, autorizando a segregação cautelar, nos termos do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

No mais, o apanhado nos autos do Inquérito Policial é bastante para satisfação dos indícios mínimos de vinculação entre mãe e filho, conforme apontado pelas próprias vítimas, sendo precipitada a imersão de matérias que dizem respeito ao próprio mérito da ação penal subjacente, a exemplo das questões suscitadas acerca do não envolvimento da paciente com os delitos que lhes são imputados.

Nesse sentido, recente precedente do Superior Tribunal de Justiça: "*Inviável discutir nesta via a negativa de autoria, a desclassificação do delito e outros aspectos que se referem ao mérito da acusação, pois este remédio constitucional não permite dilação probatória, tampouco exame aprofundado de fatos e provas*" – HC 323666/SP, 29/06/2015.

Os elementos cognitivos precitados dão conta da potencial periculosidade da custodiada, recomendando, ao menos por hora, a manutenção do cárcere.

Por fim, cumpre destacar que em observância ao disposto no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, incluído pelo advento da Lei 13.964/19, a autoridade apontada como coatora deverá, de ofício e mediante decisão fundamentada, a cada 90 (noventa) dias, de modo que a manutenção medida extrema poderá ser reavaliada.

Ausente, portanto, a patente ilegalidade apontada na exordial, não cabe ser acolhido o pedido rogado.

Diante do exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2168111-78.2021.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é paciente GENI PAES e Impetrante GLAUCIO DALPONTE MATTIOLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª 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 21.954)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), MARIA TEREZA DO AMARAL e XAVIER DE

SOUZA.

São Paulo, 19 de agosto de 2021.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Extorsão, falsa identidade e receptação – Prisão Preventiva – Decisão bem fundamentada – Crime praticado com emprego de grave ameaça contra a pessoa, que desassossega a sociedade e abala a ordem pública – Medidas cautelares insuficientes no caso concreto – Constrangimento ilegal – Inexistência – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ***habeas corpus*** impetrado pelo advogado Dr. Glaucio Dalponte Mattioli em favor de **GENI PAES**, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara.

Alega, em síntese, que a paciente sofre constrangimento ilegal, pois a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, mas não estão presentes os requisitos da medida extrema.

Afinal, a paciente não foi submetida à audiência de custódia, além de ser primária, sem antecedentes e idosa, tudo levando à concessão da ordem para a revogação da prisão preventiva, ainda que mediante a aplicação de medidas cautelares.

Indeferida a medida liminar (fls. 83/84), vieram aos autos as informações (fls. 87/88) e a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pela concessão parcial da ordem (fls. 91/97).

A seguir, o impetrante apresentou pedido de reconsideração da medida liminar (fls. 100/102).

É o relatório.

Cuida-se de ***habeas corpus*** impetrado em favor de **Geni Paes**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara, que converteu a sua prisão em flagrante em preventiva, embora estejam ausentes os requisitos da medida extrema.

E, na análise dos argumentos trazidos com a impetração e respeitado o entendimento da d. Procuradoria de Justiça, de rigor concluir que não procede o inconformismo do impetrante.

De fato, a paciente presa em flagrante e denunciada por crimes de tentativa de extorsão, falsa identidade e receptação (art. 158, ***caput***, c.c. o art. 14, inci-

Acesso ao Sumário

so II, art. 307, ***caput*** e 180, todos do Código Penal), sendo a prisão em flagrante convertida em preventiva.

Isso porque, no dia 12 de julho de 2021, estaria ocultando cerca de 50 pastas com documentação odontológica de diversos pacientes dos cirurgiões dentistas Dr. Carlos Augusto Staufackar e Dra. Cristiane Romani Pedro Antônio, sabendo que eram produto de crime.

Além disso, entre os dias 12 e 19 de julho de 2021, teria constrangido, mediante grave ameaça, as vítimas Carlos Augusto e Cristiane Romani a lhe entregarem a quantia de R$ 5.000,00, em dinheiro, por cada pasta de paciente subtraída, para que não fossem processados por danos materiais e morais, pela "guarda indevida" dos documentos e intimidade dos pacientes, somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Por fim, ainda teria se atribuído falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio, consistente em afirmar que era advogada, circunstância que foi desmentida pela 5ª Subseção da OAB de Araraquara.

E, pelo que se vê, a decisão que decretou a prisão preventiva mostrou-se fundamentada, na medida em que indicou de maneira concreta e adequada para a fase do processo, os motivos que levaram à segregação da paciente.

De fato, apontou para a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, bem como enalteceu a gravidade concreta dos fatos, que envolveram crimes praticado mediante grave ameaça contra a pessoa (fls. 19/20).

Ora, não bastasse isso, os crimes são extremamente graves – com pena superior a 4 anos de reclusão – situação que acarreta evidente abalo à ordem pública, cada vez mais atingida com o avanço dos crimes contra o patrimônio. Justifica-se, por tanto, ao menos a princípio, a prisão decretada para a garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal.

Ademais, a presença da ré em audiência em crimes dessa natureza é imprescindível para que seja submetida a reconhecimento, inclusive porque, no caso, a paciente foi apontada pelas vítimas como sendo a pessoa que – sustentando a condição de advogada – teria exigido a entrega da quantia de R$ 5.000,00 por cada uma das pastas de paciente, sob a ameaça de processar as vítimas por danos morais e materiais.

De mais a mais, a paciente já não era advogada desde o ano de 2004 e estaria exigindo dinheiro para devolver as pastas, que foram subtraídas da residência da genitora da vítima Carlos Augusto e foram localizadas em poder da paciente.

Além disso, com a chegada dos policiais, a acusada tentou apagar o conteúdo do seu aparelho celular, tudo comprovando a necessidade da prisão para garantir a instrução criminal, da ordem pública e para evitar possível a reiteração criminosa.

Acesso ao Sumário

Diante desse quadro, ainda que não se discuta que a prisão antes da sentença definitiva é medida de exceção, a ponto de impor ao Juiz fundamentar os motivos que levam à manutenção da custódia do agente, no caso dos autos, a segregação da paciente – ainda que se trate de ré primária e com outros predicados, que são esperados de qualquer cidadão – não se mostra ilegal ou arbitrária a ponto de justificar a concessão da ordem.

No mais, ainda que a paciente tenha mais de 60 anos de idade, não há notícias de que esteja em risco iminente no estabelecimento prisional, ou que não possa receber eventual tratamento médico adequado, caso seja necessário.

Vale dizer, finalmente, que outras medidas cautelares, ao menos no momento, se mostram mesmo insuficientes para o caso concreto se, como se viu, é necessária a manutenção da prisão, de maneira que, em suma, a denegação do ***habeas corpus*** é medida que se impõe.

Diante do exposto, **DENEGA-SE A ORDEM**.

Com isso, fica prejudicado o pedido de reconsideração de fls. 100/102.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2171858-36.2021.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é impetrante D. P. DO E. DE S. P. e Paciente F.R.S., é impetrado M. J. DE D. DO P. J. DA 2 C. DA C. DE P. P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª 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 15.214)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente) e MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 27 de agosto de 2021.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* com pedido liminar. Paciente denunciado pela prática, em tese, do crime de descumprimento de medidas protetivas, previsto no artigo 24-A da Lei nº 11.340/06. Alegada ausência dos requisitos exigidos para manutenção do cárcere, mormente em plena pandemia provocada pelo Covid-19, e desproporcionalidade entre a manutenção da custó-

Acesso ao Sumário

dia cautelar e eventual prestação jurisdicional condenatória. Paciente reincidente que ostenta maus antecedentes. Garantia da ordem pública. Necessidade de preservação da incolumidade da vítima. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pela *Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, em favor de F.R.S., apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da Vara Plantão da 27ª CJ – Comarca de Presidente Prudente, que decretou a prisão preventiva do paciente no bojo do processo nº 150640-91.2021.8.26.0583.

Narra a impetração que o paciente foi preso em flagrante, em 25/07/2021, por suposta prática do crime de descumprimento de medidas protetivas expedidas em favor de sua mãe.

Sustenta a defesa, em síntese, a desproporcionalidade da medida extrema, já que se trata de crime cuja pena mínima cominada é de 03 meses de detenção, não se vislumbrando, no caso concreto, elementos de especial gravidade. Aduz, ainda, a perspectiva de fixação de regime inicial diverso do fechado em eventual desfecho condenatório, não se recomendando a constrição cautelar em tempo de pandemia provocada pelo Covid-19.

Requer, desse modo, liminarmente, a revogação da prisão preventiva e a suspensão da persecução penal até o julgamento definitivo do *writ*. No mérito, bate-se pela confirmação da ordem, para que possa aguardar em liberdade o trâmite da ação penal.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 111/112).

As informações foram dispensadas por cuidar-se de processo digital, cujos dados essenciais podem ser acessados por meio do sistema E-SAJ.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 119/130).

É o relatório.

Devidamente processada, a ordem deve ser **denegada**.

Segundo apurado, **apesar de haver ordem de afastamento, em virtude da Lei Maria da Penha, o paciente descumpriu medidas protetivas, mesmo estando ciente destas (fls. 28 – origem), expedidas em favor da ofendida, A.L.R.S., sua genitora**. Os policiais militares que atenderam à ocorrência narraram ter ele comparecido à residência de sua mãe drogado e alterado, vindo a sofrer algumas escoriações após tentativa de fuga, ao pular o muro e correr, demandando uso de força física e algemas, por parte dos servidores, para contê-lo,

Acesso ao Sumário

restando denunciado como incurso no artigo V. artigo 24-A da Lei 11.340/06.

Ouvida na delegacia de polícia, a vítima afirmou que pediu medidas protetivas por ser constantemente ameaçada e agredida por seu filho, usuário de drogas, temendo, assim, por sua vida (fls. 15), tendo o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Presidente Prudente imposto as medidas protetivas em decisão de 30/11/2020, por fatos ocorridos em 25/11/2020 (fls. 17/18).

Pois bem.

Em que pese o inconformismo, não se vislumbra teratologia ou ilegalidade a ser sanada pela via do *habeas corpus*.

Consta dos autos que, além de haver determinação judicial para que se mantivesse afastado de sua mãe, o paciente ostenta vasta incursão na seara criminal, sendo **reincidente** e portador de **maus antecedentes** (fls. 74/80).

Portanto, não se recomenda sua soltura, sendo necessária sua manutenção na prisão para garantia da ordem pública e notadamente para proteção da incolumidade da vítima, sua mãe, consistindo a alegada desproporcionalidade da medida extrema diante da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado mera especulação, mormente diante da gravidade concreta do delito, a alicerçar a decretação da constrição cautelar.

Evidentemente, não se olvida o cenário excepcional vivido em escala planetária pela pandemia da COVID-19. Entretanto, a defesa do paciente não fez prova inequívoca de que este seja pertencente ao chamado grupo de risco da doença ou de que seja portador de qualquer comorbidade capaz de potencializar seus efeitos. Tampouco comprovou a incapacidade do estabelecimento prisional em que se encontra recolhido de eventualmente fornecer o tratamento médico adequado.

Apesar da situação aterradora vivenciada em escala global pela disseminação do coronavírus – à qual ninguém se encontra imune, seja dentro ou fora dos presídios –, o desencarceramento em massa em virtude da calamidade poderá acrescentar ainda mais um flagelo à já duramente atingida população ordeira do país.

É preciso frisar também que o Poder Público vem tomando diversas medidas a seu alcance para impedir ou ao menos minimizar o impacto da pandemia no sistema carcerário brasileiro, destacando-se a Portaria Interministerial nº 7 de 18 de março de 2020.

Neste diapasão, convém ressaltar que a Recomendação nº 62/2020, emanada pelo Conselho Nacional de Justiça não possui força normativa automática, não podendo representar um passe livre para a impunidade, além de não vedar a prisão preventiva, não se podendo relegar ao oblívio o dever do Estado de garantir a segurança pública a seus cidadãos, direito difuso previsto no artigo 144 da Constituição Federal, que visa à manutenção da ordem pública e da in-

Acesso ao Sumário

columidade das pessoas e do patrimônio.

É dever do Estado-Juiz zelar pela segurança da sociedade dentro dos limites legais estabelecidos, sem descuidar da estrita observância aos ditames da proporcionalidade, sopesando, assim, cuidadosamente os princípios jurídicos em aparente colisão, buscando estabelecer aquele que deverá prevalecer na situação concreta.

Por fim, é imperativo salientar que não se trata de hipótese em que a liminar ou a ordem de *habeas corpus* seja manifestamente cabível, principalmente pelo fato de a denegação da tutela estar consubstanciada na análise casuística de elementos objetivos inerentes ao paciente e ao procedimento criminal, em atenção, ainda, ao princípio do livre convencimento motivado.

Assim, presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva do paciente.

Ante o exposto, pelo meu voto, não vislumbrado o alegado constrangimento ilegal, **denego a ordem.**

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2116686-12.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DAMIAO JOSE DA SILVA, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DO DIPO 4.2.2.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam a segurança para autorizar o peticionário a atualizar o licenciamento do veículo VW/Saveiro, CD CROSS, caminhonete, ano 2015/2016, cor laranja, placas (...)-SP, chassis (...). V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.350)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente) e MARCELO SEMER.

São Paulo, 18 de agosto de 2021.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de Segurança – Insurgência contra o indeferimento do pedido para licenciamento de veículo apreendido em investigação criminal, tendo o requerente como fiel depositário – Alegação de ser o legítimo proprietário do bem – Admissibilidade – Hipótese em que o veículo está registrado no órgão de trânsito em nome do requerente, que é o fiel depositário – Autorização para atualização do licenciamento que não implica liberação do veículo nem permissão para transferência a terceiros e tampouco impede futura discussão no juízo cível sobre o real proprietário do automóvel – Necessidade de manter a regularidade fiscal do veículo. Segurança concedida.

VOTO

1. Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo requerente **Damião José da Silva**, por meio de seu advogado, contra ato ilegal praticado pelo MM Juiz de Direito do DIPO – 4, Seção 4.2.2 – da Comarca de São Paulo, mercê da não autorização para licenciamento do veículo VW/Saveiro, CD CROSS, caminhonete, ano 2015/2016, cor laranja, placas (...)-SP, chassis (...). Diz que viu indeferido o pedido de restituição do veículo e que o v. Acórdão, proferido na apelação criminal nº 1512112-10.2019.8.26.0050, determinou que aguardasse a finalização da instrução processual, que apura crime de estelionato, para posterior pronunciamento no juízo cível sobre o real proprietário do bem em debate. Acrescenta que, quanto ao licenciamento, nada foi debatido no aludido acórdão. Assevera, ainda, que necessita realizar o licenciamento do veículo de sua propriedade e que se encontra em sua posse, para evitar dívidas advindas da falta de regularização documental do automóvel.

Por isso, requer a concessão da segurança para autorizar o licenciamento ou expedir ofício ao DETRAN e à Secretaria da Fazenda para que se abstenham de colocar em dívida ativa os encargos relacionados ao sobredito veículo.

Indeferida a liminar e prestadas informações pela d. Autoridade Judiciária impetrada, o i. Procurador de Justiça opinou pela denegação da segurança, caso do *mandamus* se conheça.

Outrossim, o litisconsorte manifestou-se pela denegação da segurança.

Não há oposição a julgamento virtual.

É o relatório.

2. A presente ação mandamental, perfeitamente cognoscível, é de ser concedida.

Com efeito, insurge-se o impetrante contra o indeferimento do pedido de

Acesso ao Sumário

autorização para licenciamento do veículo automotor – VW/Saveiro CD Cross, caminhonete, ano 2015/2016, cor laranja, placas (...)-SP – apreendido nos autos do processo nº 1512112-10.2019.0050 do qual tem a posse como fiel depositário.

Importa observar que o MM. Juiz *a quo* indeferiu o aludido pleito, nos seguintes termos:

> ***"Vistos. Mantenho a decisão de fls. 299/300 por seus próprios fundamentos, mesmo porque confirmada pelo acórdão de fls. 329/334. Aliás, o acórdão é claro: "De outro lado, o apelante assinou o documento de transferência de propriedade do veículo para a pessoa de João Cláudio da Silva (fl.160), argumentando, contudo, que a venda do automóvel não passou de uma fraude. Nesse sentido, cumpre salientar ainda que a discussão acerca da propriedade do bem é afeta ao juízo cível, não cabendo a este tribunal se manifestar sobre tais fatos. "Tendo em vista que o licenciamento está vinculado à discussão da propriedade tal pedido deverá ser realizado no âmbito ordinário. Intime-se. S***ão Paulo, 17 de maio de 2021.".[1]

Cumpre registrar que o veículo em questão é objeto de investigação de crime de estelionato, nos autos do feito nº 1512112-10.2019.0050, sendo certo que o peticionário já viu indeferido pedido de restituição do aludido bem, por ainda interessar ao processo, em decisão de primeiro grau ratificada por este Tribunal.[2]

Contudo, a despeito da restrição decorrente da investigação do crime de estelionato e da necessidade de discussão no juízo cível sobre a propriedade do veículo, o fato é que este está registrado no órgão de trânsito em nome do peticionário que deseja atualizar o licenciamento para evitar multas e acúmulo de dívidas fiscais sobre o aludido bem.

Ora, não há razão para negar ao peticionário o direito de manter a regularidade fiscal do veículo, máxime porque isso não implica na liberação do bem e tampouco autorização para comercialização ou transferência a terceiros. Ademais, a providência aqui requerida não impede futura discussão no juízo cível sobre o real proprietário do automóvel.

Acesso ao Sumário

Vale lembrar que o MM. Juiz *a quo*, ao indeferir o pedido de restituição do veículo em 19 de dezembro de 2019, ressaltou que o veículo encontra-se com o requerente, implicando em ausência de taxas de permanência e que a restrição imposta não impede a circulação do automóvel.[3]

Pois bem. Inexistindo impedimento à circulação do veículo e estando este registrado no órgão de trânsito em nome do peticionário, não há porque proibi-lo de manter atualizado o licenciamento.

1 - p. 361.
2 - p. 303 e 33/338.
3 - p. 303.

Destarte, afigura-se de rigor a concessão da segurança.

3. Pelo exposto, **concede-se** a segurança para autorizar o peticionário a atualizar o licenciamento do veículo VW/Saveiro, CD CROSS, caminhonete, ano 2015/2016, cor laranja, placas (...)-SP, chassis (...).

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0010172-31.2011.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido RAFAEL CASSIO DE JESUS.

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 ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto** nº **20.859)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL INTERCORRENTE – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO – TESE FIRMADA PELO TRIBUNAL PLENO DO STF NOS AUTOS DO HC N.º 176.473/RR – PRESCRIÇÃO NÃO OCORRIDA (24/07/2022) – CASSAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA PARA QUE SEJA DADO CUMPRIMENTO ÀS PENAS IMPOSTAS AO RECORRIDO – RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, em face de **RAFAEL CASSIO DE JESUS**, contra a decisão de fls. 205/206, que julgou extinta a punibilidade do recorrido com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal.

Razões às fls. 209/213. Sustenta que o Acórdão recorrível que confirma a sentença condenatória é marco interruptivo da prescrição e, portanto, não prescrita a pretensão punitiva estatal. Pugna, pois, pela cassação da decisão recorrida para que o recorrido inicie o cumprimento da pena.

RAFAEL apresentou contrarrazões às fls. 218/219vº. Manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

O Juízo de primeira instância manteve a decisão à fl. 220.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às fls. 228/230, opinou pelo provimento do recurso.

FUNDAMENTAÇÃO

Dispõe o art. 117, IV, do Código Penal:

"Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

[...]

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

[...]"

Conforme entendimento firmado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, o Acórdão que confirma a sentença penal condenatória também subsome ao dispositivo legal, de modo que também se trata de causa interruptiva da pretensão punitiva estatal:

> EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.
>
> **1.** A PRESCRIÇÃO É O PERECIMENTO DA PRETENSÃO PUNITIVA OU DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA PELA INÉRCIA DO PRÓPRIO ESTADO; PRENDENDO-SE À NOÇÃO DE PERDA DO DIREITO DE PUNIR POR SUA NEGLIGENCIA, INEFICIÊNCIA OU INCOMPETÊNCIA EM DETERMINADO LAPSO DE TEMPO.
>
> **2.** O CÓDIGO PENAL NÃO FAZ DISTINÇÃO ENTRE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO INICIAL OU CONFIRMATÓRIO DA DECISÃO PARA FINS DE INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. O ACÓRDÃO QUE CONFIRMA A SENTENÇA CONDENATÓRIA, JUSTAMENTE POR REVELAR PLENO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO PENAL,

Acesso ao Sumário

É MARCO INTERRUPTIVO DO PRAZO PRESCRICIONAL, NOS TERMOS DO ART. 117, IV, DO CÓDIGO PENAL.

3. *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO, COM A SEGUINTE TESE: ***NOS TERMOS DO INCISO IV DO ARTIGO 117 DO CÓDIGO PENAL, O ACÓRDÃO CONDENATÓRIO SEMPRE INTERROMPE A PRESCRIÇÃO, INCLUSIVE QUANDO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA DE 1º GRAU, SEJA MANTENDO, REDUZINDO OU AUMENTANDO A PENA ANTERIORMENTE IMPOSTA***.

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AGRG NO HC N.º 176.473/RR, REL. MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES, TRIBUNAL PLENO, DATA DE JULGAMENTO: 27/04/2020, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJE 10/09/2020 – GRIFEI)

A jurisprudência antes consolidada do Superior Tribunal de Justiça, pois, modificou-se diametralmente[1].

RAFAEL foi condenado às fls. 124/126vº às penas de 1 ano, 3 meses e 22 dias de reclusão, publicada a sentença aos 14/05/2015 (fl. 127) e o Acórdão de fls. 169/173, publicado aos 25/07/2018 (fl. 167), reduzidas as penas para 1 ano e 2 meses de reclusão.

Nos termos do art. 109, V, do Código Penal, a pretensão punitiva estatal prescreveria em quatro anos, ou seja, 24/07/2022, prazo este não transcorrido.

Dessarte, cassa-se a decisão recorrida para que seja dado cumprimento às penas fixadas.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1501087-77.2019.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos A.L.L.S. e R.C.L.C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso ministerial. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.758)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO

Acesso ao Sumário

1 Assim: Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg nos EREsp n.º 1.806.593/SP, rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, Data de Julgamento: 09/12/2020, Data de Publicação: DJe 16/12/2020.

ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 12 de julho de 2021.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Estelionato – Rejeição da denúncia por ausência de representação da vítima – Acerto do *decisum* – Entendimentos das Cortes Superiores de que a condição de procedibilidade exigida pela Lei nº 13.964/2019, deve retroagir em favor dos réus – Atos praticados na fase policial que, no caso dos autos, não suprem a condição – Recurso ministerial desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra o r. *decisum* de fls. 104, que rejeitou a denúncia ofertada contra A.L.L.S. e R.C.L.C. por suposta prática de estelionato, com fulcro no artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, porque ausente representação pela vítima.

Recorre o I. Promotor de Justiça, às fls. 108/112, pela reforma do *decisum*, vez que fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, não sendo exigível, portanto, tal condição, destacando ainda que a intenção da vítima em ver os recorridos processados se depreende de suas declarações na Delegacia.

Recurso processado e respondido, com manutenção da decisão às fls. 153.

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 161/169, é pelo provimento do pleito.

É o relatório.

A.L.L.S. e R.C.L. foram denunciados porque, em 22 de setembro de 2017, em horário incerto, na Avenida Ayrton Senna da Silva, em Praia Grande, obtiveram para si vantagem patrimonial ilícita, em torno de R$ 8.562,01, em prejuízo de L.F.S., induzindo e mantendo-a em erro, mediante meio fraudulento.

Foi a inicial acusatória, no entanto, rejeitada com fulcro no artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, em razão da "*ausência de condição de procedibilidade por falta de representação da vítima, nos termos do art. 171, § 5º, do CP, não podendo ser suprida por mera lavratura de boletim de ocorrência, já que atos absolutamente diversos a mera apresentação/narração da notitia criminis e a efetiva representação para fim de ajuizamento de ação penal*" (fls. 104), decisão contra qual se insurge o Ministério Público.

Acesso ao Sumário

Sem razão, contudo.

De se destacar que a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, com vigência a partir de 23 de janeiro de 2020, inseriu o § 5º ao artigo 171, do Código Penal, passando a prever que a persecução penal pertinente ao delito de estelionato somente se procede, regra geral, mediante representação.

Muito se discutiu, a partir de então, quanto à retroatividade da nova diretriz, se necessária seria a condição de procedibilidade em casos anteriores à vigência da lei.

Decidiu o C. Supremo Tribunal Federal, em 13 de outubro de 2020, por meio de sua 1ª Turma, então, não ser cabível a aplicação retroativa da norma nas hipóteses em que a denúncia tiver sido oferecida antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, restando asseverado pelo E. Relator do *Habeas Corpus* nº 187341-SP, I. Ministro Alexandre de Moraes, que "*em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal*".

Confira-se, ainda, julgado do E. Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 171, §5º, DO CÓDIGO PENAL (LEI N. 13.964/2019). IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA OFERECIDA. RECENTE POSICIONAMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. "Em consonância à orientação do Supremo Tribunal Federal, a Terceira Seção deste STJ, no julgamento do HC 610.201/SP em 24/3/2021, superando divergência entre as Turmas, pacificou a controvérsia e decidiu pela irretroatividade da norma que instituiu a condição de procedibilidade no delito previsto no art. 171 do Código Penal, quando já oferecida a denúncia" (AgRg no HC n. 625.333/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/4/2021, DJe 16/4/2021).

2. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 1905897/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 26/05/2021).

E, no caso dos autos, pesem fatos ocorridos em 2017, a denúncia foi protocolada em 24 de outubro de 2020 (fls. 94/96), data em que inclusive já firmado o entendimento acima destacado pelo Pretório Excelso, depreendendo-se, portanto, necessária a representação da vítima, o que não se observa nos autos.

Não se está aqui a olvidar que há entendimento de que o ato prescinde

Acesso ao Sumário

de maiores formalidades, podendo a vontade da vítima em ver os infratores se depreender a partir de sua conduta na fase investigativa, como o próprio ato de registrar a ocorrência.

No caso dos autos, contudo, é certo que caberia à I. Promotoria de Justiça observar à condição de procedibilidade, mormente porque também a vítima havia sido ouvida somente antes da alteração legislativa e mais de um ano antes da oferta da inicial acusatória, o que deve ser resolvido em favor dos recorridos.

Finalmente, de acordo com o informativo 1023, do Cadcrim deste Eg. Tribunal de Justiça, datado de 02 de julho p.p., vê-se transcrito que decidiu a Segunda Turma da Corte que "*A alteração promovida pela Lei 13.964/2019, que introduziu o § 5º ao art. 171 do Código Penal (CP), ao condicionar o exercício da pretensão punitiva do Estado à representação da pessoa ofendida, deve ser aplicada de forma retroativa a abranger tanto as ações penais não iniciadas quanto as ações penais em curso até o trânsito em julgado*" (*Habeas Corpus* nº 180421 AgR/SP, Segunda Turma, Rel. I. Ministro Edson Fachin, j. 22.06.21), posição ainda mais favorável aos acusados.

De qualquer forma, não se vislumbra, no caso dos autos, o desacerto da decisão atacada em razão da ausência de representação da vítima, restando ela mantida.

Ante o exposto e por este voto, nega-se provimento ao recurso ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0014807-40.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido EDSON DE JESUS.

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 decisão que julgou extinta a punibilidade do recorrido, determinar o prosseguimento da ação penal em seus ulteriores e regulares termos no Juízo de origem. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 26.444)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 13 de julho de 2021.

Acesso ao Sumário

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Ementa: Recurso em Sentido Estrito – Furto duplamente qualificado e falsa identidade – Extinção da punibilidade em decorrência de cumprimento de acordo de não persecução penal – Descoberta posterior, através de procedimento de legitimação, de atribuição de falsa identidade, por parte do indiciado – Negócio jurídico inexistente que não pode, portanto, produzir efeitos – Não há como se tolerar suposta inobservância ao ordenamento jurídico, a pretexto de se preservar a coisa julgada e a segurança jurídica, quando o fundamento para manter a extinção da punibilidade do acusado reside justamente em situação de fato e em comportamento processual que esse mesmo sistema de normas deve coibir, por representar, em última análise, em verdadeiro golpe na Sociedade e na Justiça Pública – Cassação da decisão, com consequente determinação de continuidade do processo criminal – Recurso provido.

VOTO

Vistos...

Cuida-se de recurso em sentido estrito contra respeitável decisão que manteve a declaração de extinção da punibilidade do recorrido, pelo cumprimento integral do acordo de não persecução penal, com fundamento no artigo 28-A, §13º, do Código de Processo Penal (fls. 162/163, dos autos em apenso).

O Ministério Público recorre, em busca da cassação da decisão, sustentando que o acusado mentiu sobre sua qualificação na Delegacia, tornando a decisão de declaração de extinção de punibilidade inexistente e inidônea a produzir os efeitos inerentes à autoridade da coisa julgada (fls. 02/08).

Os autos contam com contrarrazões defensivas (fls. 24/26), decisão mantenedora, em sede de juízo de retratação (fls. 20) e parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo acolhimento do reclamo ministerial (fls. 34/39).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 30 de março de 2021, por volta de 01h08min, por ocasião de reconhecido estado de calamidade pública provocado pela pandemia de COVID-19, na Rua José Bocchiglieri, nº 77, Cidade Dutra, nesta cidade e comarca, Edson de Jesus, subtraiu para si, com rompimento de

Acesso ao Sumário

obstáculo e mediante escalada, coisas alheias móveis consistentes em 01 câmera de vídeo do tipo "web cam", 01 equipamento de informática do tipo "modem", 01 cabo de alimentação de energia para computador e 10 (dez) bonés da marca "Cristal", avaliados em R$ 200,00 (duzentos reais), pertencentes à empresa *Academia Cristal*, representada nos autos por André Farah Simony.

Na audiência de instrução, debates e julgamento a Promotora Oficiante, na aparente presença dos requisitos legais, propôs acordo de não persecução criminal ao acusado, estipulando como pena o tempo de prisão provisória já cumprido. O benefício foi aceito pelo recorrido e, em seguida, a avença foi homologada, com a declaração de extinção da punibilidade, pelo cumprimento integral, com fulcro no artigo 28-A, § 13º, do Código de Processo Penal (fls. 143/146 do apenso).

Nada obstante, posteriormente à referida decisão, sobreveio informação da SAP- Secretaria de Administração Penitenciária, dando conta que o indivíduo de prenome **EDSON DE JESUS**, ao ser preso em flagrante em 06 de agosto de 2020, por outro crime de furto, teria se apresentado falsamente como **EDSON CARVALHO DE JESUS** (autos nº. 1516552-63.2020.8.26.0228) e, realizada a legitimação naqueles autos, a fraude foi descoberta, motivo pelo qual se requereu a continuidade do feito, com processamento do acusado pelos crimes de furto e falsa identidade.

Contudo, o juízo *a quo* entendeu por bem manter a decisão declaratória de extinção de punibilidade, considerando que não existe revisão criminal para a sociedade, e não revogou o benefício do acordo de não persecução criminal (fls. 162/163), razão do inconformismo ministerial.

E, respeitado o entendimento monocrático, razão assiste ao *parquet.*

Isso porque, a propositura do acordo, sua homologação e consequente extinção da punibilidade decorreram de premissa falsa a respeito da identidade do recorrido, a qual foi revelada pela informação posterior advinda do procedimento de legitimação e, portanto, a avença, ainda que homologada com o consenso das partes, não pode subsistir.

A propósito, como bem ponderado pelo recorrente e ratificado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o acordo de não persecução penal é negócio jurídico, cujos elementos de existência são agente, objeto, forma e vontade exteriorizada. Assim, tendo sido proposta à pessoa inexistente (a Acusação não fez acordo com Edson de Jesus e sim com Edson Carvalho de Jesus), a avença também deve ser tida como inexistente, e, em consequência, não se pode, no plano jurídico, falar-se em validade e, muito menos, em eficácia.

Além disso, como também restou assentado pelo ilustre preopinante, o recorrido não pode ser beneficiado por sua torpeza, já que a atual conjuntura da sistemática processual exige das partes que atuam no processo o respeito a pre-

Acesso ao Sumário

ceitos éticos, dentre eles uma atuação calcada na cooperação e boa-fé (artigos 5º e 6º, do Código de Processo Civil).

Ora, por lealdade processual compreende-se uma postura honesta, proba, sem a utilização de artimanhas, ou fraudes para a consecução de uma determinada finalidade.

Questão semelhante, a respeito da desconstituição da coisa julgada, em decorrência de extinção de punibilidade fundada em premissa falsa, consistente em documento falso de óbito, já foi decidida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 104.998/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, restando consignado que "***as questões que não existem para o mundo dos fatos, não podem existir no mundo jurídico, porque o conjunto maior é o mundo dos fatos. (...) Se, no mundo dos fatos, não houve o evento morte, qualquer declaração nesse sentido, mesmo judicial, mesmo transitada em julgado, pode ser desconsiderada por qualquer um diante do que explica a teoria da existência jurídica". (...) dita decisão (de extinção de punibilidade) encontra-se irremediavelmente comprometida no plano de sua existência, porquanto ao sofrer a incidência da norma juridicizante, a parte relevante do suporte fático (morte) é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Nesse plano, não se cogita da validade ou eficácia do ato jurídico, importando, tão somente, a realidade da existência. Tudo fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta no suporte fático de elemento nuclear, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver o próprio fato jurídico, de modo a não se reconhecer qualquer validade à decisão que declarou extinta a punibilidade do agente por fato inexistente***"(DJ 14.12.2010).

Portanto, não há como se tolerar, como alvitrado pela Defesa, suposta inobservância ao ordenamento jurídico, a pretexto de se preservar a coisa julgada e a segurança jurídica, quando o fundamento para manter a extinção da punibilidade do acusado reside justamente em situação de fato e em comportamento processual que esse mesmo sistema de normas deve coibir, por representar, em última análise, em verdadeiro golpe na Sociedade e na Justiça Pública.

Nesse contexto, inviável a subsistência da decisão ora recorrida, sendo de rigor a continuidade do feito, com o exame de admissibilidade da denúncia ofertada.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Ministério Público para, cassando a decisão que julgou extinta a punibilidade do recorrido, determinar o prosseguimento da ação penal em seus ulteriores e regulares termos no Juízo de origem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0059551-91.2019.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos ADEMILSON CARDOSO RAMOS e VIVIAN APARECIDA BAZELLA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso do Ministério Público para o fim de receber a denúncia ofertada em desfavor de Vivian Aparecida Bazella e Ademilson Cardoso Ramos, determinando o regular andamento do processo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.505)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente), ÁLVARO CASTELLO e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 12 de agosto de 2021.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Irresignação ministerial quanto à rejeição da denúncia ofertada contra os recorridos – Estelionato – Inicial que, embora sucinta, descreveu suficientemente os fatos e suas circunstâncias, possibilitando aos recorridos o direito de se defenderem – Preenchidos os requisitos previstos no art. 41 do CPP – Peculiaridades do caso concreto (não descritas na exordial) que deverão ser elucidadas no curso da ação penal, após dilação probatória – Decisão reformada.

RECURSO PROVIDO PARA RECEBER A DENÚNCIA.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público em face da r. decisão de fls. 264/268, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de **Ademilson Cardoso Ramos** e **Vivian Aparecida Bazella**, acusados de praticarem estelionato (art. 171, "caput" e § 4º, c.c. art. 29, ambos do Código Penal), com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Busca o ilustre Promotor de Justiça a reforma do *decisum* e o regular trâmite do processo, sob a alegação de suficiente e firme lastro probatório, in-

dicativo de autoria e da materialidade da infração penal, "*de forma que a inicial acusatória deve estar arrimada em elementos razoáveis de convicção seja quanto ao fato delituoso, seja quanto a autoria*" (razões a fls. 275/284).

Contrarrazoado o reclamo (fls. 324/328), o MM. Juiz de Direito manteve sua decisão (fls. 330).

A ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 341/346).

Não há notícias de oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. Referindo-se aos ensinamentos de Espínola Filho, constantes em seu Código de Processo Penal Brasileiro Anotado (v. 1, p. 418), Guilherme de Souza Nucci preleciona que "*a peça inicial deve ser sucinta, limitando-se a apontar as circunstâncias que são necessárias à configuração do delito, com a referência apenas a fatos acessórios que possam influir nessa caracterização. E não é na denúncia, nem na queixa, que se devem fazer as demonstrações da responsabilidade do réu, o que deve se reservar para a apreciação final da prova, quando se concretiza (ou não) o pedido da condenação*" (Código de Processo Penal Comentado, 13ª edição, ed. Forense, 2014, p. 142).

3. No caso, analisando a denúncia ofertada, conclui-se que esta narrou suficientemente os atos e suas circunstâncias, além de apresentar qualificação dos acusados, a classificação do crime e, ainda, firme indícios sobre autoria e materialidade delitiva, o que autorizaria o reconhecimento da justa causa para instauração da ação penal, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal.

Consta da exordial que *"(...) em 20 de julho de 2016, na Agência da Previdência Social - APS, localizada na Vila Maria, nesta cidade e comarca, VIVIAN APARECIDA BAZELLA (qual. a fls. 12 – apenso I), ADEMILSON CARDOSO RAMOS (qual. a fls. 48), e outros dois indivíduos identificados apenas como Renato Ramos da Silva e Raimundo Pereira de Oliveira, sem demais qualificações, obtiveram, para proveito comum, vantagem ilícita no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais), em prejuízo de Aniceto Menezes Neto, pessoa com mais de 60 anos, induzindo-o e mantendo-o em erro, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento. Segundo o apurado, os denunciados e outros dois indivíduos acima referidos deliberaram a prática de estelionato, consistente em supostamente providenciar a documentação para viabilizar a aposentadoria de supostos segurados junto ao INSS - Instituto Nacional de Seguro Social. Para tanto e com vontade de obter vantagem, VIVIAN se fez passar por advogada especializada na área e, na data dos fatos, abordou Aniceto na Agência de Previdência Social da Vila Maria, enquanto ele aguardava ser chamado pela senha. Nesse momento, VIVIAN questionou a vítima o que ele buscava na agência e, após ele explicar que recebia auxílio doença e queria conseguir aposentadoria por in-*

Acesso ao Sumário

validez, o levou para o balcão de atendimento, dizendo: "Vamos naquela caixa ali". De pronto, o funcionário ADEMILSON aproximou-se, atendeu VIVIAN e Aniceto e, ao olhar o cadastro no sistema, informou que Aniceto teria direito a aposentadoria por invalidez. Ato contínuo, VIVIAN explicou a Aniceto que ele deveria fazer um depósito de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) se quisesse obter a aposentadoria, o que foi aceito pela vítima. Dessa forma, VIVIAN passou a conta corrente de titularidade de Renato Ramos da Silva (conta corrente n. (...), agência n. (...), Banco Itaú) e a vítima efetuou o referido depósito. Durante as tratativas, um indivíduo que se identificou pelo nome de Raimundo compareceu na residência da vítima para recolher documentos e exames médicos necessários para dar entrada na aposentadoria. Posteriormente, Aniceto recebeu pelos Correios a Carta de Concessão do INSS, informando que ele tinha direito a aposentadoria (documento a fls. 05 do Apenso I). Na posse da carta, a vítima compareceu na APS-Vila Maria, onde os funcionários esclareceram que o documento era falso (auto de apreensão a fls. 24 e ofício INSS a fls. 65/66 e 98) e que VIVIAN e ADEMILSON estavam envolvidos em fraudes similares (denúncia no âmbito da Operação Pseuda em trâmite pela Justiça Federal – fls. 40 e 83)."

4. Observa-se, pois, que além de estar instruída com ponderável prova documental e oral, a denúncia especificou as condutas supostamente praticadas pelos acusados (aliás, de forma suficientemente clara), e que configurariam as infrações referidas, indicando ainda os valores que a vítima teve como prejuízo.

5. O que importa é que, na hipótese, há suficientes indícios de autoria e prova da materialidade, como bem destacado pelo D. Procurador de Justiça, Dr. Eduardo Araújo da Silva. As declarações prestadas pela vítima confirmaram o golpe aplicado pela acusada **Vivian**, com indícios de participação de **Ademilson**, "*o qual lhe informou falsamente que teria direito ao auxílio-invalidez, possibilitando que **Vivian** se apresentasse como procuradora para a falsa concessão do benefício*." e, ainda, "*não há nenhuma dúvida quanto à identidade física dos denunciados como aqueles envolvidos na fraude imputada e, eventual reconhecimento pessoal ou fotográfico, poderá ser realizado em juízo*". Finalmente, bem registrou "*que a denunciada VIVIAN já ostenta condenação criminal por fato idêntico, sendo julgada à revelia (fls. 153/159), não havendo nestes autos, salvo melhor juízo, informação sobre o seu paradeiro. Também a ausência de juntada nos autos do comprovante do depósito realizado pela vítima não é óbice para a rejeição da acusação, pois poderá ser juntado pela acusação durante a tramitação da ação penal ou mesmo requisitadas informações bancárias para tanto*." (fls. 344/345).

6. A propósito, já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal:

"Não se exigem, quando do recebimento da denúncia, a cognição e a avaliação exaustiva da prova ou a apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da pre-

sença de indícios suficientes de autoria e de materialidade. 2. A denúncia, na hipótese, revela ocorrência de fato típico com prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, de modo a possibilitar o pleno exercício da defesa. 3. Inviável a análise do liame entre a conduta do paciente e o fato criminoso, porquanto demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedente. (...) 5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento." (HC 142390, rel. Min. Rosa Weber, j. 30/08/2017).

7. Conclui-se haver justa causa para instaurar-se ação penal.

8. Diante do exposto, pelo meu voto **dá-se provimento** ao recurso do Ministério Público para o fim de receber a denúncia ofertada em desfavor de **Vivian Aparecida Bazella** e **Ademilson Cardoso Ramos**, determinando o regular andamento do processo.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Criminal nº 0011654-58.2002.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é recorrente MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ITAQUAQUECETUBA – "EX OFFICIO", é recorrido J.C.V.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DERAM PROVIMENTO ao recurso, para cassar a decisão de fls. 15/16 e julgar extinta a ação, sem julgamento de mérito, por ausência de interesse (requisito da ação), com determinação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.050)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 13 de julho de 2021.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. REEXAME NECESSÁRIO. REABILITAÇÃO CRIMINAL. DEFERIMENTO. INEXISTÊNCIA DE EFETIVA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PARA A AÇÃO.

Acesso ao Sumário

Conforme os artigos 93 e 94 do Código Penal, e 743, do Código de Processo Penal, a reabilitação é instituto que visa a exclusão de apontamentos atinentes à condenação imposta, de forma a ser condição indeclinável a existência de sentença condenatória definitiva, o que não ocorre nos autos. No caso, aceita a proposta de suspensão condicional do processo, devidamente cumprida, sendo decretada sua extinção, sem efeitos em desfavor do beneficiário. Aplicação do artigo 76 da Lei 9.099/95. Inviabilidade de "reabilitação". Ausência de interesse. Carência de ação.

Dado provimento, com extinção sem julgamento de mérito, com *determinação*.

VOTO

VISTO.

Trata-se de **REEXAME NECESSÁRIO**, interposto, de ofício, pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itaquaquecetuba, com supedâneo no artigo 746 do Código de Processo Penal, em face de r. decisão acostada às fls. 15/16, que julgou procedente o pedido de reabilitação criminal formulado por J.C.V. (publicada em 04 de novembro de 2019, fls. 16).

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio de seu Digníssimo Promotor de Justiça Oficiante, se manifestou, em primeira Instância, pela acolhida do pleito formulado, eis que reputou presentes os requisitos autorizadores (fls. 13).

O pleito foi instruído com seus documentos essenciais, em conformidade com a legislação vigente (fls. 07/11).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela **manutenção** da r. decisão concessiva (fls. 22).

É o relatório.

O recurso merece provimento, com *determinação*.

Consoante se extrai dos artigos 93 e 94, do Código Penal, e 743, do Código de Processo Penal, a reabilitação é instituto que visa a exclusão dos apontamentos referentes à condenação imposta, de forma a ser condição indeclinável a **existência de sentença condenatória definitiva**.

Assim, conforme ensinamento de Júlio Fabbrini Mirabete, *in* Código Penal Interpretado, 6ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2007, p. 715: "***A reabilitação é a declaração judicial de que estão cumpridas ou extintas as penas impostas ao sentenciado, assegurando o sigilo dos registros sobre o processo***

Acesso ao Sumário

e atingindo outros efeitos da condenação. Diante de sua natureza e pressupostos, o pedido de reabilitação só cabe em hipótese de ter havido sentença condenatória com trânsito em julgado".

No caso em análise, o **recorrido** foi denunciado por incurso no artigo 12 da Lei nº 6.368/76 (tráfico de drogas). No entanto, o juízo *a quo* desclassificou a conduta para o tipo penal previsto no artigo 16 da Lei nº 6.368/76 (uso pessoal de drogas) e, acolhendo o requerimento do Ministério Público, designou audiência de proposta de suspensão condicional do processo (fls. 137/139, dos autos principais). Na referida audiência, o recorrido aceitou a proposta, nos termos do artigo 89, §1º, incisos III e IV, da Lei nº 9.099/95 (fls. 145, dos autos principais). Integralmente cumpridas as condições impostas, foi **declarada extinta a punibilidade**, com fulcro no artigo 89, §5º, da Lei nº 9.099/95 (publicada em 31 de outubro de 2007 – fls. 164, dos autos principais). A sentença transitou em julgado para o Ministério Público em 19/11/2007 e para o recorrido em 09/05/2008 (fls. 166, dos autos principais).

Pois bem, a suspensão condicional do processo se caracteriza como medida despenalizadora, na qual não existe decisão condenatória, nem efeitos penais ou extrapenais (com exceção da impossibilidade de se beneficiar do instituto pelo período de cinco anos). Portanto, o deslinde do processo objeto do presente pedido de *reabilitação* não pode ser considerado como condenação, não havendo, desse modo, interesse de agir.

Nesse sentido, **precedentes** desta Egrégia Corte:

> Remessa necessária. Reabilitação criminal. Extinção da punibilidade pelo cumprimento de suspensão condicional do processo. Inviabilidade. Necessidade de decisão condenatória transitado em julgado. A extinção da punibilidade pelo cumprimento de condições impostas em instituto despenalizador não autoriza a reabilitação criminal. Decisão cassada. Contudo, mister se faz a aplicação analógica do art. 202 da LEP. Sigilo que deve alcançar as penas extintas e também os demais institutos previstos na Lei 9.099/95. Remessa necessária provida, com recomendação. (TJSP; Remessa Necessária Criminal 0001451-59.1999.8.26.0531; Relator: Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 13/08/2019; Data de Registro: 13/08/2019);
>
> REABILITAÇÃO CRIMINAL – Suspensão condicional do processo – Art. 89 da Lei n.º 9.099/95 – Ausência de subsunção aos arts. 93 e 94 do CP – A reabilitação criminal se reserva aos apenados – Caso de extinção da punibilidade pelo cumprimento dos requisitos da suspensão condicional do processo que não se equipara a uma condenação criminal – Falta de interesse recursal – Interesse-adequação (via eleita incabível para o fim almejado) – Inépcia da inicial pela falta de correlação entre a descrição

Acesso ao Sumário

dos fatos e o pedido – Decisão reformada para julgar extinto o processo sem resolução de mérito. (TJSP; Remessa Necessária Criminal 0001546-72.2011.8.26.0045; Relator: Alberto Anderson Filho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 11/09/2019; Data de Registro: 09/10/2019);

REABILITAÇÃO CRIMINAL – Extinção da punibilidade – Decisão que deferiu a reabilitação criminal que só cabe em casos de extinção advinda de condenação e não de suspensão processual – Decisão proferida pelo Juízo singular desconstituída – Concedido provimento ao recurso. (TJSP; Remessa Necessária Criminal 0055409-80.2002.8.26.0554; Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 27/08/2019; Data de Registro: 29/08/2019).

De reabilitação criminal, portanto, não se cogita, daí que se impõe a extinção desta ação sem julgamento de mérito.

Em contrapartida, o **recorrido** alega que a anotação do referido processo em sua folha de antecedentes tem atrapalhado suas relações de trabalho, fato que não se pode ignorar.

Assim, de rigor a aplicação analógica do artigo 202 da Lei de Execução Penal, para **não constar**, dos registros específicos, as anotações referentes ao feito em questão, o que se ***determina*** ao juízo *a quo*. Evidentemente que o sigilo não se aplica à autoridade judiciária, ao Ministério Público e à autoridade policial, nos termos até do constante no referido artigo.

Do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para cassar a decisão de fls. 15/16 e julgar extinta a ação, sem julgamento de mérito, por ausência de interesse (requisito da ação), com *determinação*.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Criminal nº 0068223-28.1998.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é recorrente MM. JUIZ DE DIREITO "EX OFFICIO", é recorrido ANTONIO CLAUDENIR GONÇALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao reexame necessário para cassar a r. decisão que deferiu a reabilitação criminal. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.020)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ

DE ALMEIDA (Presidente), CARLOS BUENO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 16 de agosto de 2021.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA – REABILITAÇÃO – Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Inadmissibilidade, em face da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal. Ausência de interesse processual na reabilitação. – PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Cuida-se de remessa necessária da r. decisão que deferiu o pedido de reabilitação de **ANTONIO CLAUDENIR GONÇALVES** (fls. 27/28).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pelo provimento ao recurso de ofício (fls. 41/42).

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta provimento.

O recorrido foi condenado ao cumprimento da pena de **dois anos de reclusão**, mais o pagamento de dez dias-multa, no valor mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 10, §3º, inc. IV, da Lei nº 9.437/97 e, posteriormente, em segunda instância, foi reconhecida, de ofício, a prescrição retroativa da pretensão punitiva, declarando a extinção da punibilidade (r. decisão que transitou em julgado em 31/01/2006).

Deste modo, o MM. Juízo de origem deferiu o pedido de reabilitação criminal do recorrido.

O referido instituto pressupõe a aplicação de uma pena ao condenado, cujos efeitos (ao menos alguns deles), após sua extinção e preenchidos os requisitos dos arts. 93 e 94, do Código Penal, e 743 e 744, do Código de Processo Penal, busca suspender.

Contudo, no caso dos autos, entendo que não é cabível a reabilitação, por ausência de interesse processual, pois foi declarada extinta a punibilidade do crime que havia sido imputado ao recorrido pela prescrição da pretensão punitiva estatal (fls. 19) que, como é consabido, tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime, como se este nunca tivesse existido.

Deste modo, não subsiste, contra o recorrido (em relação ao processo em questão), qualquer condenação e, consequentemente, qualquer pena, não havendo razão nem interesse para que se pleiteasse a reabilitação criminal, já que a

Acesso ao Sumário

declaração judicial da extinção do *jus puniendi* estatal restabeleceu o seu *status* de inocência pretendido.

Neste sentido já decidiu o c. Superior Tribunal de Justiça[1].

Assim, por ausência de interesse processual, não há como se manter a decisão de primeiro grau.

Posto isto, pelo meu voto, dou provimento ao reexame necessário para cassar a r. decisão que deferiu a reabilitação criminal.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2037785-30.2021.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é peticionário J.E.M.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram improcedente a presente ação revisional, mantendo-se, na íntegra, o v. acórdão rescindendo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.154)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), RICARDO SALE JÚNIOR, LEME GARCIA, CLÁUDIO MARQUES, GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 30 de junho de 2021.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Revisão criminal. Estupro de vulnerável. Alegada prova nova. Ata notarial registrada em cartório na qual a vítima afirma ter mantido conjunção carnal com o peticionário por apenas duas vezes. Pretensão de reavaliação do acréscimo decorrente do crime continuado. Inviabilidade. Necessidade de ajuizamento de medida cautelar de antecipação de prova. Art. 381, III, CPC. Impossibilidade de valoração de prova produzida unilateralmente. Ademais, a prova

1 STJ, RESP 665.531 - SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 03.02.2005.

Acesso ao Sumário

oral não pode ser transmudada em documental por iniciativa do réu. Necessidade de ser a nova prova produzida em contraditório judicial, sendo uma ata unilateral inócua para desconstituir o trânsito em julgado. Ausência de elementos que autorizem a reavaliação do número de conjunções carnais praticadas pelo condenado com a ofendida. Revisão julgada improcedente.

VOTO

Pela sentença de fls. 257/263, proferida em 10/06/2019 pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Maurício Garibe, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jundiaí, J.E.M.S. foi condenado à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A, c.c. art. 71, ambos do Código Penal.

Interposto recurso de apelação pela defesa, foi relatado pelo ilustre Desembargador Ely Amioka, da C. 8ª Câmara de Direito Criminal, sendo improvido o apelo defensivo.

Por intermédio de defensor constituído, ajuíza a presente revisão criminal, sustentando a existência de prova nova apta a reduzir a pena do peticionário (fls. 01/09).

Os autos do processo originário foram apensados a esta ação revisional.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência do pedido (fls. 54/58).

É o relatório.

O peticionário foi definitivamente condenado porque, no período compreendido entre 2017 e julho/2018, por diversas vezes, praticou conjunção carnal com a adolescente R.R.S., então com 12 anos de idade. O acusado ludibriava a ofendida, dizendo que fugiriam juntos e se casariam.

Em virtude dos diversos abusos, a jovem veio a engravidar, razão pela qual acabou por relatar os fatos à sua genitora.

Através da presente revisão criminal, o causídico alega o surgimento de prova nova, consistente em ato notarial registrada pela vítima no 1º Cartório de Notas de Jundiaí, na qual afirma ter mantido conjunção carnal com o peticionário por apenas duas vezes.

Em consequência, requer o peticionário a redução da pena na terceira fase da dosimetria, afastando-se a exasperação correspondente à continuidade delitiva, que foi aplicada pelo juízo sentenciante em 2/3, e mantida tal fração pelo acórdão confirmatório.

Em leitura à ata notarial de fls. 11/14, extrai-se o seguinte trecho:

Acesso ao Sumário

> "A verdade é que foi morar na casa do Senhor J.E. e da minha irmã T. em outubro de 2016, quando meu sobrinho M. completou 2 anos, passando alguns meses fiquei a primeira vez com o Senhor J.E., no começo de 2017, que foi o início das aulas e minha irmã T. foi para a escola, nesse período eu já tinha 11 anos e 6 meses aproximadamente. Depois ficamos mais uma vez em setembro de 2017, quando eu já tinha 12 anos e 2 meses, descobri que estava grávida em 23/11/2017. Fui para o abrigo em 02/07/2018, a pedido de minha mãe, quando descobriu que eu e o Senho J.E. pretendíamos morar juntos para criar nosso filho" (*sic*).

Entretanto, a ata notarial trazida aos autos pelo peticionário não pode ser considerada para fins de avaliação do conjunto probatório, vez não ter sido produzidas sob o crivo do contraditório, cuidando-se, em verdade, de elemento produzido unilateralmente pela parte interessada, sem participação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Tratando-se de *documento* novo, seria lícito ao causídico instruir o pedido revisional com tal prova, contudo, não é legítimo transmudar a natureza do depoimento oral em prova documental, fazendo-o através de declarações escritas. Sobre o tema já nos manifestamos:

> **Busca da prova nova**: pode ser ela introduzida diretamente nos autos da revisão criminal – quando se tratar de documento novo, por exemplo – como pode ser alcançada por meio do procedimento próprio, denominado justificação, que é uma medida cautelar, voltada à preparação de futura ação penal ou de julgamento. Desenvolve-se a justificação perante o juiz da condenação, como preceituado pelo art. 381, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015. (Código de Processo Penal Comentado, Forense, nota 16 ao art. 621)

Portanto, cabe ao causídico promover, anteriormente ao ajuizamento da ação revisional, medida cautelar de produção antecipada de prova, conforme prevê o art. 381, III, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> *Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:*
>
> *(...)*
>
> *III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.*

No caso em tela, o advogado se limitou a juntar aos autos a ata notarial, alterando substancialmente o número de atos sexuais praticados pelo peticionário contra a ofendida.

Evidentemente, uma declaração produzida de forma unilateral, sem qualquer participação da parte contrária ou do Poder Judiciário, se mostra inócua para desfazer o trânsito em julgado de decisão condenatória proferida com fun-

damento nos elementos de prova coligidos durante toda a persecução penal, com respeito às garantias do contraditório e ampla defesa.

Portanto, não procede a pretensão defensiva, no sentido de ser uma ata notarial apta a afastar os efeitos da coisa julgada material.

Vale registrar, ainda, que a eventual produção de nova prova, se realizada de forma adequada, poderá ser utilizada como fundamento para ajuizamento de nova ação revisional, conforme expressão previsão do art. 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal:

Art. 622

Parágrafo único - Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas.

Desta feita, tenho por inviável acolher a pretensão defensiva de reavaliar o *quantum* de aumento decorrente da continuidade delitiva, com fundamento exclusivo em elemento produzido de forma avessa ao devido processo legal, ignorando-se o exercício do contraditório.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo improcedente a presente ação revisional, mantendo-se, na íntegra, o v. acórdão rescindendo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0035265-39.2018.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é peticionário LUIZ DE FAVARI NETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, deferiram a presente revisão criminal ajuizada em prol de Luiz de Favari Neto, para absolvê-lo, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura clausulado em favor do mesmo. Com posição contrária, o Excelentíssimo Desembargador Juscelino Batista, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.820)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), FERNANDO SIMÃO, ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO, REINALDO CINTRA, MAURICIO VALALA, JUSCELINO BATISTA e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 5 de julho de 2021.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO PETICIONÁRIO, EM DECORRÊNCIA DA DECISÃO DE SEGUNDO GRAU TER SIDO PROLATADA DE FORMA CONTRÁRIA AO TEXTO EXPRESSO DA LEI E À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL MAIS BRANDO.

CASO EM QUE, EM PRIMEIRO GRAU, FOI O MESMO ABSOLVIDO COM BASE NO ART. 386, VII, DO CPP, REFORMADA A DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.

CONDENAÇÃO ESTABELECIDA NOS TERMOS DO ART. 157, § 2.º, II E V, DO CP.

SITUAÇÃO A DENOTAR O ACERTO DA R. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU, E A AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES A AUTORIZAR A MANTENÇA DO ARESTO PROLATADO.

Revisão Criminal deferida, com determinação.

VOTO

1 – O peticionário **Luiz de Favari Neto** foi absolvido por r. sentença publicada em 06/02/2013 (fls. 500/508), da imputação que lhe foi feita, nos termos do artigo 157, § 2.º, II e V, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, e por v. Acórdão da Décima Quarta Câmara de Direito Criminal desta Corte, por votação unânime, se viu condenado ao cumprimento de cinco anos e seis meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de treze dias-multa valorados no piso mínimo, por incurso nas sanções do delito acima já capitulado (fls. 584 a 595).

Transitou em julgado a decisão em 30/01/2017 (fls. 616).

Ingressa a defesa do peticionário com a presente revisão criminal, buscando a rescisão do v. Aresto, alegando que a decisão condenatória contraria o texto expresso da lei e a evidência dos autos, e que não há provas de autoria a respaldarem a decisão colegiada, uma vez que a vítima, ouvida apenas no inquérito, frisou que não teve condições de reconhecer os dois roubadores que a abordaram, e o milicianos Renato, Valdemir e Aguinaldo, que tiveram notícia do crime posteriormente, foram ao imóvel em construção, onde detiveram os coautores Carlos e Jorge, enquanto a testemunha Reginaldo também foi encontrada no seu interior, tratando-se da única pessoa que indicou o revisionando como coautor do ilícito, nada mais havendo a incriminá-lo (fls. 16v./20).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Mario

Acesso ao Sumário

Luiz Sarrubbo, argumentando que "instância recursal não cabe verificar se deve prevalecer esta, ou aquela prova, mas, apenas examinar se a decisão se afasta, ou não, da prova existente" (fl. 22), pleiteou o não conhecimento do pedido revisional, por falta de prova nova, e pelo seu desprovimento, caso o mesmo seja conhecido. Supletivamente formulou pedido de fixação de regime prisional inicial mais brando (fls. 22/24).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso vertente, há que se acolher o pleito revisional, uma vez que, efetivamente, como antes bem destacado na r. sentença da lavra da doutora **Gisela Ruffo**, o conjunto probatório não traz a necessária certeza a autorizar a mantença da condenação decretada em Segundo Grau.

A vítima Rogério Crisci, ouvido apenas na fase inquisitiva, discorreu sobre como foi abordado por dois ocupantes de uma perua Montana, prateada, um dos quais lhe exibiu arma assemelhada a uma metralhadora, quando determinaram que parasse o seu conduzido, e o tomaram de assalto, tendo sido então mantido retido nele, enquanto era levado por uma estrada de terra, até um ponto determinado, onde descarregaram, com o auxílio de quatro outros coautores que já os aguardava junto a uma perua Kombi, a carga de cigarros que esse ofendido conduzia. Frisou que foi ameaçado de morte, e deixado à beira da rodovia, todavia, conseguiu telefonar para a central de rastreamento, que alertou a Polícia Militar, sendo então levado à Delegacia, onde posteriormente reconheceu a *res* subtraída à força de seu veículo, bem como a perua Kombi acima citada, e a arma longa que só então soube tratar-se de uma réplica. Frisou, expressamente, que não teve condições de reconhecer qualquer dos roubadores, notadamente os dois que *ab initio* o dominaram.

E não tendo, esse ofendido, sido ouvido em Pretório, não se logrou demonstrar a coautoria do peticionário na empreitada delitiva, nem em que essa consistiu.

Em Juízo foram ouvidos, como testemunhas de acusação, os policiais militares Aguinaldo Aparecido Pesuto, Valdemir de Oliveira Machado e Renato Fabiano Fernandes, que frisaram que, após o crime, tiveram notícia do bairro para o qual a carga roubada foi conduzida, e que lograram localizar um imóvel em construção, estando os coautores Carlos e Jorge, que participaram do delito, em frente ao mesmo, estando no seu interior a testemunha, também de acusação, Reginaldo José Alzizi, sendo que esse último foi quem autorizou o ingresso desses milicianos, lá tendo sido encontrada, então, a carga de cigarros e uma réplica de fuzil de brinquedo.

Sintomático que o policial Aguinaldo tenha ressaltado que, quando da aproximação dos milicianos, Carlos e Jorge estavam do outro lado da rua, e que Reginaldo, ao perceber que se tratava de uma diligência policial com aborda-

Acesso ao Sumário

gem iminente, e estando, também, de início, fora da casa, nela tratou de adentrar, trancando em seguida o portão, quando então o chamou de volta, e nessas condições é que ele anuiu com o ingresso dos policiais na casa, depois de alguma insistência desse miliciano nesse sentido, quando Reginaldo se justificou dizendo que lá trabalhava como pedreiro há um ano, e que os coautores o chamaram pela manhã para que os auxiliasse a descarregar a carga de cigarros da perua Kombi, ocasião em que, só então, se referiu ao peticionário Luiz, para dizer que era o proprietário do imóvel e que ele se evadiu quando da aproximação desses policiais.

Nesse diapasão, inclusive, transcorreram as oitivas dos demais policiais militares.

As testemunhas de defesa nada trouxeram de concreto quanto aos fatos *sub judice*, e inclusive uma delas, Claudir, em seu depoimento referiu-se a outro coautor, que não o peticionário, em sua oitiva.

Tem-se, portanto, que a condenação em Segundo Grau do peticionário está calcada tão-somente na narrativa da testemunha Reginaldo, que tentou, também, evitar ser abordado, de início, pela polícia, o que chamou a atenção da atenta Julgadora monocrática, conforme o primeiro parágrafo de fl. 506, daí porque, por certo, não existe prova sólida a respaldar o v. Acórdão de fls. 585 a 595.

A situação denota, de forma clássica, a incidência de decisão contrária à evidência dos autos, a autorizar a recepção da revisão ofertada.

Isto posto, defere-se a presente revisão criminal ajuizada em prol de **Luiz de Favari Neto**, para absolvê-lo, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. **Deverá ser expedido alvará de soltura clausulado em favor do mesmo.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0034594-79.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário CLEBER VIEIRA DA SILVA.

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, conheceram e deferiram a presente Revisão Criminal para absolver o peticionário Cleber Vieira da Silva, pela prática do delito do art. 311 do CP, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, estendendo, de ofício ao corréu Thiago Sfriso, para absolvê-lo pela prática do delito do art. 311 do CP, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Vencido o 8º e 9º Juízes que indeferiam", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.167)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO, SÉRGIO MAZINA MARTINS, VICO MAÑAS, JOÃO MORENGHI, MARIA TEREZA DO AMARAL, XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ART. 311 DO CP. AGENTE QUE ADULTEROU PLACA DE VEÍCULO MEIO DE COLOCAÇÃO DE FITA ADESIVA. Atipicidade da conduta – Possibilidade – A colocação de fita adesiva sobre a placa, não caracteriza a conduta típica prevista no delito porque não tem o condão de lesar a fé pública. Por analogia ao art. 580 do CPP, é possível estender o deferimento do pedido revisional ao corréu não peticionário, com redução da pena-base com afastamento da circunstância desfavorável.

Revisão conhecida e deferida.

VOTO

Vistos.

1 - O peticionário Cleber Vieira da Silva, foi condenado à pena de 07 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 22 dias-multa, no piso, por infração ao artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, em concurso material com o artigo 311 do Código Penal, nos autos da Ação Penal nº 990.10.424329-7, da 11ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo (fls.160/165-autos principais).

A sentença penal foi confirmada reformada pela 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negaram provimento ao recurso (fls.218/227 autos principais).

O v. acórdão transitou em julgado aos 21 de março de 2013 e, para a defesa aos 05 de março de 2013 (fls.229 e 232).

O peticionário, através da Defensoria Pública alegou que a condenação foi contrária à evidência dos autos, com a consequente absolvição em relação ao delito do artigo 311, do Código Penal (fls.14/15).

Requisitados e apensados os autos da ação penal.

Acesso ao Sumário

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento da Revisão (fls.21/23vº).

É o relatório.

2 - Conforme o Código de Processo Penal disciplina as hipóteses de cabimento da Revisão Criminal da seguinte forma:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

Não obstante o art. 621, do CPP, dispor de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente.

"Impõe-se o conhecimento do pedido revisional fundado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, se a alegação é de julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, assim como de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena." (TJMS. Revisão Criminal 2010.010310-1. Rel. Juiz Manoel Mendes Carli. Seção Criminal. j. 21/07/2010. DJ 26/07/2010).

"Não é o caso de não-conhecimento do pedido, só porque a pretensão encerra mera reapreciação de tema já examinado em apelação, havendo necessidade de análise do pedido, para que fique evidenciada a inocorrência ou não de injustiça e também para que o requerente entenda as razões do indeferimento." (TJMS. Revisão Criminal 2005.017954-4. Rel. Des. Carlos Stephanini. Seção Criminal. j. 20/03/2006. DJ 31/03/2006)

Acesso ao Sumário

Vê-se, portanto, que o reexame probatório é perfeitamente compatível com a Revisão Criminal, mormente quando se trata da hipótese prevista no art. 621, do CPP.

Desta forma, somente com o conhecimento da ação é que será possível analisar se erro na aplicação da pena.

O revisionando foi condenado como incurso no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, em concurso material com o artigo 311 do Código Penal, porque no dia 17 de novembro de 2008, na Avenida Rubens Granja, no estacionamento do supermercado "Carrefour", nesta Comarca da Capital, juntamente com Thiago Sfriso, agindo em concurso, portavam um revól-

ver, calibre 32, marca "Taurus", com numeração suprimida, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias, Cleber e Thiago, agindo em concurso, adulteraram sinal identificador de motocicleta, cobrindo a placa com fita adesiva, de forma a impossibilitar a identificação do veículo.

Segundo apurado, os acusados despertaram a atenção de um funcionário do supermercado porque estavam na motocicleta com a placa coberta por fita adesiva e já haviam entrado e saído do local por duas vezes. O funcionário chamou a polícia. Os policiais, ao chegarem no local, avistaram os acusados entrando no estacionamento do supermercado pela terceira vez e fizeram a abordagem. Thiago tentou fugir quando percebeu a aproximação policial, mas foi detido. Cleber, por sua vez, jogou no chão a arma de fogo que portava.

Recebida a denúncia em 04 de dezembro de2008 (fls.57).

A materialidade esta demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls.14/18), auto de exibição e apreensão (fls.20/21).

Interrogado em Juízo, Cleber disse que estava com a arma e que pretendia vende-la a uma pessoa que estaria no estacionamento do supermercado. Esclareceu que Thiago apenas deu uma carona. Negou que a motocicleta estivesse com fita adesiva (fls. 136/137).

O corréu Thiago confirmou que deu uma carona para Cleber até o local dos fatos, pois ele pretendia entregar uma arma de fogo que havia vendido. Negou que a placa de sua motocicleta estivesse com fita adesiva, bem como negou ter dito aos policiais que pretendia fazer uma "saidinha" (fls. 139/140).

Os policiais militares Fábio André Bagli da Silva e Marcelo Rodrigues Peixoto relataram que foram chamados por um funcionário do supermercado porque os acusados estavam em uma motocicleta com fita adesiva na placa. Aduziram que Thiago tentou correr e Cleber jogou a arma de fogo no chão. O policial Fábio afirmou que os acusados disseram que tinha intenção de fazer uma "saidinha" (fls. 90/91 e 134).

O peticionário requer a absolvição em relação ao delito de *Adulteração de sinal identificador*

A prova produzida nos autos conclui-se que a absolvição do peticionário, é medida que se impõe, não por insuficiência de provas, tendo em vista a atipicidade da conduta praticada uma vez que foi detectado que na placa da motocicleta, havia sido adulterado com fita isolante preta, indicando a adulteração da mesma.

O crime do artigo 311 do Código Penal trata de dois núcleos do tipo, sendo o primeiro *adulterar*, consistente em falsificar, contrafazer, mudar, bem como *remarcar*, consistente em marcar de novo.

Acesso ao Sumário

A mera aposição de papel adesivo nas placas não permite uma alteração definitiva do sinal identificador. Não se trata de uma adulteração e muito menos de remarcação.

O uso de fita isolante removível sobre o número da placa não pode ser considerada uma mudança permanente, definitiva, de modo que a conduta descrita no artigo supramencionado não está configurada.

Eis a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. APOSIÇÃO DE FITA ISOLANTE NA PLACA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO MEIO UTILIZADO. FÉ PÚBLICA QUE PERMANECE INCÓLUME. NENHUMA LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. A aposição de fita isolante na placa de veículo automotor é facilmente perceptível, o que torna o crime de falsidade impossível, por absoluta impropriedade do meio utilizado. 2. O delito descrito no artigo 311 do Código Penal prevê no seu preceito secundário pena severa de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa. Dentro desse contexto, não se pode perder de vista o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador, qual seja, a fé pública e, especialmente, a proteção da propriedade e da segurança no registro de automóvel. 3. No caso concreto, observa-se que a colocação de fita isolante para alterar letra da placa de identificação do veículo é perceptível a olho nu. O meio empregado para a adulteração não se presta à ocultação de veículo objeto de crime contra o patrimônio. Qualquer cidadão, por mais incauto que seja, tem condições de identificar a falsidade que, de tão grosseira, a ninguém pode iludir. Em suma, a fraude é risível, grotesca. Logo, a fé pública não é sequer atingida 4. Extrai-se da conduta do denunciado a intenção de ludibriar a fiscalização eletrônica - radar com dispositivo fotográfico, também chamado de pardal - e obstar, assim, o recebimento de multas por infrações administrativas. Contudo, o direito penal tem caráter fragmentário não devendo se ocupar de condutas que não danificam o bem jurídico penalmente protegido. 5. Não se está a defender a atipicidade em razão de suposta bagatela. A crença na veracidade dos sinais públicos merece proteção penal mesmo se minimamente arranhada. Porém, a situação é outra. Verifica-se atipicidade da conduta praticada porquanto o meio utilizado é absolutamente inócuo ao delito de adulteração de veículo automotor. 6. A punição de mera infração administrativa com a sanção criminal prevista tipo descrito no artigo 311 do Diploma Penal desafia a razoabilidade e proporcionalidade, porquanto a fé pública permaneceu incólume e, à míngua de lesividade ao bem jurídico tutelado, a conduta praticada pelo recorrido é atípica. Não é possível que se dê a uma molecagem - que merece sanção administrativa - o mesmo tratamento dispensado à criminalidade organizada. 7. Recurso especial ao qual se nega provimento. (STJ, REsp 503.960/SP, Rel. Ministro Celso Limongi (De-

Acesso ao Sumário

sembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 19/04/2010).

A propósito, colaciono julgados deste Tribunal:

Apelação. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Pleito almejando a condenação do apelado. Inviabilidade. Falsificação grosseira, facilmente perceptível, que permite a pronta identificação da numeração correta. Adulteração deveras rudimentar, mediante a inserção de fita adesiva sobre algarismos. Escorreito reconhecimento de atipicidade da conduta. Absolvição mantida. Improvido. (TJSP; Apelação Criminal 0073272-47.2018.8.26.0050; Relator: Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 30ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/04/2020; Data de Registro: 27/04/2020).

APELAÇÃO CRIMINAL – Adulteração de sinal identificador de veículo automotor – Recurso da defesa – Absolvição – Fragilidade probatória e desclassificação da conduta – Alteração de algarismo constante da placa do automóvel, mediante utilização de fita adesiva – Reconhecimento da atipicidade da conduta, por ausência de elemento subjetivo do delito – Recurso provido para a absolvição do acusado. (TJSP; Apelação Criminal 0022811-27.2012.8. 26.0068; Relator: Fernando Torres Garcia; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Barueri - 2ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 02/09/2020; Data de Registro: 15/09/2020)

Adulteração de sinal identificador de veículo automotor – Apelação – Dissimulação transitória da placa, com mero emprego de fita adesiva – Ausência de afronta à fé pública especificamente tutelada, especialmente em relação à propriedade e ao licenciamento ou registro de veículos automotores – Atipicidade material – Reconhecimento – Precedentes – Sentença condenatória reformada – Recurso provido. (Apelação nº 3001022-12.2013.8.26.0576, Relatora Desembargadora CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI; 2ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 16/2/2016; Data de registro 18/02/2016).

Adulteração de sinal identificador de veículo – Aplicação de fita adesiva sobre algarismos da placa do carro – Alteração perceptível e que não muda as características originais do veículo – Laudo pericial que não comprova adulteração, mas simples alteração superficial na numeração da placa – Inexistência de violação do bem jurídico tutelado no artigo 311, do Código Penal – Conduta atípica – Absolvição decretada. (TJSP – 4ª Câmara – Apelação nº 0429979-93.2010.8.26.0000 – Rel. Des. Alexandre Almeida – j. 05/12/2013).

E, ainda:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. OCULTAÇÃO TOTAL DA PLA-

Acesso ao Sumário

CA DE IDENTIFICAÇÃO E APOSIÇÃO DE FITA ADESIVA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO IMPOSTA. – A ocultação da placa de veículo automotor, assim como a aposição de fita adesiva no identificador, não caracteriza o delito previsto no artigo 311, do Código Penal. Precedentes. (TJMG – Apelação Criminal 1.0518.13.009542-6/001, Relator: Des. Renato Martins Jacob, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/09/2018, publicação da sumula em 24/09/2018).

Portanto, ante tais considerações, absolvo o peticionário do delito previsto no art. 311, do CP, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

E por analogia ao disposto no art.580 do Código de Processo Penal, considerando que "*não há impedimento que na instância revisional se estenda o seu deferimento a corréu que não peticionou*" (MIRABETE, Processo Penal, 2008, p.713), de ofício, estendo o benefício ao corréu Thiago Sfriso, para absolvê-lo pela prática do delito previsto no art.311 do CP, com fundamento no art. 386, inciso III, do CPP.

3 - Ante o exposto, conheço e defiro a presente Revisão Criminal para absolver o peticionário Cleber Vieira da Silva, pela prática do delito do art. 311 do CP, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, estendendo, de ofício ao corréu Thiago Sfriso, para absolvê-lo pela prática do delito do art. 311 do CP, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2123077-51.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário ROGERIO E SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4º 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 4.860)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, MARCO ANTÔNIO COGAN, FERNANDO SIMÃO, ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO, OTAVIO ROCHA, REINALDO CINTRA e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

Acesso ao Sumário

JUSCELINO BATISTA, Relator

Ementa: Revisão criminal – Tráfico de drogas – Não acolhimento – Condenação definitiva alicerçada na lei penal e nas provas coligidas – Afastada a tese de atipicidade da conduta – Cafeína é substância comumente empregada como insumo adulterante, de ação estimulante, na fabricação da cocaína – Elementares "matéria- prima", "insumo" e "produto químico", constantes do art. 33, §1º, I, da Lei 11.343/06, não abrangem apenas substâncias exclusivamente destinadas à preparação de drogas, mas também aquelas que se prestem, de forma eventual, a essa finalidade – Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça – Circunstâncias extraídas do acervo fático-probatório evidenciam que a cafeína trazida pelo peticionário tinha como destinação o preparo de entorpecentes – Dosimetria – Pena-base exasperada corretamente, com fulcro no art. 42 da Lei 11.343/06 – Inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea – Regime inicial fechado atraído pelo "quantum" de pena privativa de liberdade e pela reincidência – Ação revisional improcedente.

VOTO

Trata-se de revisão criminal proposta por **Rogério e Souza**, condenado definitivamente na ação penal n.º 0041883-78.2017.8.26.0050 (certidão de trânsito em julgado acostada à fl. 40 destes autos), como incurso nas sanções do artigo 33, §1º, I, da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e à pena pecuniária de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformado, o peticionário alega, em síntese, que a condenação definitiva contrariou a lei penal, pleiteando a absolvição, pela atipicidade do fato. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e sua compensação com a agravante da reincidência, bem como a fixação de regime prisional mais brando.

A liminar pretendida foi indeferida às fls. 466/467.

A d. Procuradoria de Justiça lançou seu parecer às fls. 476/489, opinando pelo indeferimento do pedido revisional.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A presente ação de revisão criminal deve ser julgada improcedente.

De início, reputo essencial tecer algumas considerações acerca da natureza jurídica e do cabimento da revisão criminal.

Embora o legislador tenha tratado do tema no Título II, do Livro III, do Código de Processo Penal ("Dos recursos em geral"), mostra-se firme o entendimento de que a revisão criminal ostenta natureza jurídica de ação autônoma de impugnação, e não de recurso, pois inaugura uma nova relação jurídico-processual, diversa daquela em que proferida a decisão impugnada.

Ademais, sendo a coisa julgada um atributo indispensável à segurança jurídica e à pacificação social (princípio da intangibilidade da "res judicata"), tem-se como lógica a constatação de que a revisão criminal é, por natureza, uma medida excepcional, que só se justifica diante de vícios graves, comprovados de maneira cabal.

Nesse diapasão, as hipóteses de cabimento da ação revisional, elencadas no artigo 621 do Código de Processo Penal, formam um rol taxativo ("numerus clausus") e devem ser interpretadas restritivamente, cabendo ao peticionário o ônus de provar, com clareza meridiana, a presença de uma dessas hipóteses, sob pena de carência da ação. Sobre o tema, discorre Edilson Mougenot Bonfim:

> Com a formação da coisa julgada, não mais militam em favor do réu os princípios do *in dubio pro reo* e do estado de inocência, consagrados no art. 5º, LVII, da CF. Assim, após o trânsito em julgado, presume-se de forma relativa (*iuris tantum*) que o condenado é culpado [...] **lógico, portanto, que o *onus probandi* recaia sobre o peticionário, uma vez que a sentença condenatória goza da presunção relativa de justiça [...] Ademais, o art. 156, primeira parte, do CPP aduz que 'a prova da alegação incumbirá a quem a fizer'.** (*Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.054) (grifo nosso)

Cumpre salientar que a revisão criminal não se presta à mera rediscussão do conjunto probatório que levou à condenação do acusado, como se se tratasse de um "terceiro juízo de aferição da causa" ou "terceira instância de julgamento". Senão, veja-se:

> PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. REVISÃO CRIMINAL INADMITIDA NA ORIGEM. TESE DE NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. AJUIZAMENTO PELO ART. 621, I, DO CPP. VIA IMPRÓPRIA. NÃO CABIMENTO DA AÇÃO REVISIONAL. MERO REEXAME DE FATOS E PROVAS. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DAS PEÇAS ESSENCIAIS AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA (SENTENÇA E ACÓRDÃO DE APELAÇÃO). INEXISTÊNCIA DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO. HABEAS

Acesso ao Sumário

> CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 2. **O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido do não cabimento da revisão criminal quando utilizada como nova apelação, com vistas ao mero reexame de fatos e provas, não se verificando hipótese de contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do CPP. Precedentes.** [...] (STJ - HC: 206847 SP 2011/0110277-6, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 16/02/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/02/2016) (grifo nosso)

Dito isso, passo à análise do caso em testilha.

Compulsando os autos de origem, verifica-se que a condenação definitiva está devidamente alicerçada na lei penal e nas provas coligidas, motivo pelo qual, em tese, a presente revisão criminal sequer comportaria conhecimento. Nada obstante, de modo a prestigiar as garantias constitucionais da ampla defesa e do acesso à Justiça, proceder-se-á à análise do mérito.

A combativa defesa técnica argumenta, em suma, que o peticionário só foi flagrado com cafeína, substância que não consta da Lista D-2 da Resolução RDC 19/2008 da ANVISA, cujo rol aponta os insumos químicos utilizados para fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos. Alega-se, nessa toada, que, uma vez ausente o elemento normativo do tipo ("*sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*"), a conduta é desprovida de tipicidade, impondo-se, por conseguinte, a absolvição, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

De fato, o peticionário trazia consigo apenas a substância cafeína, mas não lhe assiste razão ao sustentar a atipicidade do fato.

Segundo consta da prova pericial (laudo de exame químico-toxicológico), as análises rotineiras efetuadas no Núcleo de Exames de Entorpecentes demonstram que a cafeína é substância comumente empregada como insumo adulterante, de ação estimulante, na fabricação da cocaína.

As elementares "matéria-prima", "insumo" e "produto químico", constantes do artigo 33, §1º, I, da Lei 11.343/06, não abrangem apenas substâncias exclusivamente destinadas à preparação de drogas, mas também aquelas que se prestem, de forma eventual, a essa finalidade.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou que a posse de cafeína configura o delito do artigo 33, §1º, I, da Lei 11.343/06, quando se demonstra que tal substância seria utilizada na preparação de drogas. Nesse sentido, as palavras do Eminente Ministro Ribeiro Dantas, apreciando "habeas corpus" impetrado pelo próprio peticionário:

> [...] o acórdão impugnado está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, segundo a qual a posse de cafeína pelo agente -

Acesso ao Sumário

por constituir insumo comumente utilizado para aumentar a quantidade e o volume de entorpecentes -, configura o delito do art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006, quando utilizada para esse fim. [...] Impende anotar, ademais, que **a lista da Anvisa pontuada pela defesa, elenca produtos químicos, ou seja, substâncias provenientes de laboratório utilizados para a síntese e a fabricação de entorpecentes. Termo que não se confunde com os de "matéria-prima" ou de "insumo", previstos também no parágrafo único do art. 33 da Lei de Drogas, que tratam de quaisquer elementos usados na composição dos entorpecentes**. [...] (STJ - HC: 441695 SP 2018/0064032-8, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 15/10/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2019 REVJUR vol. 508 p. 169) (grifo nosso).

Em igual caminhar, julgado deste E. Tribunal de Justiça:

Guarda de insumos para preparação de drogas – Condenação – Recurso defensivo reclamando a atipicidade da conduta, pois cafeína não é substância entorpecente – Impossibilidade – Cafeína inserida dentre os insumos utilizados para o manuseio e preparação da droga – Tipificação – Condenação mantida. Associação para o tráfico – Condenação – Impossibilidade – Vínculo associativo não demonstrado pela prova oral – Possibilidade de haver mera coautoria que, por si só, não caracteriza o crime de associação para o tráfico – Absolvição necessária. Recurso parcialmente provido para absolver os réus do crime do artigo 35 da Lei nº 11.343/06 e reduzir as penas. (TJSP; Apelação Criminal 1500501-21.2020.8.26.0569; Relator (a): André Carvalho e Silva de Almeida; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Porto Feliz - 2ª Vara; Data do Julgamento: 11/06/2021; Data de Registro: 11/06/2021) (grifo nosso).

Com efeito, "in casu", as circunstâncias extraídas do acervo fático-probatório evidenciam que a cafeína trazida pelo peticionário tinha como destinação o preparo de entorpecentes: **(a)** foi apreendida quantidade elevada da substância, qual seja, aproximadamente 20 (vinte) quilogramas; **(b)** os testemunhos policiais são uníssonos no sentido de que o peticionário tentou empreender fuga ao notar a presença dos agentes públicos e, ao ser capturado, admitiu informalmente que a cafeína seria revendida a traficantes, para mistura com a cocaína.

Vale destacar, por oportuno, que não é possível descredibilizar os depoimentos de policiais, pelo mero fato de tais testemunhas integrarem o sistema de segurança estatal. Em verdade, trata-se de meio de prova idôneo e eficaz, mormente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade dos agentes públicos, na esteira do que vêm decidindo, de há muito, os nossos tribunais superiores (STF, HC 73.518/SP e STJ, AgRg no AREsp 597.972/DF).

Acesso ao Sumário

De rigor, pois, a manutenção do decreto condenatório.

Os pleitos subsidiários do peticionário também não comportam acolhimento.

A pena-base foi exasperada corretamente, porquanto a grande quantidade da substância apreendida atrai a incidência do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, que assim estatui: "*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*" (grifo nosso).

Inviável, outrossim, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, já que o peticionário não admitiu a prática da traficância em seus interrogatórios.

Aliás, ainda que fosse cabível a atenuante sobredita, registra- se, nos termos do artigo 67 do Código Penal, que a reincidência é circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes, impossibilitando sua compensação com a atenuante da confissão espontânea, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 188.790/SC).

Por derradeiro, há de ser mantido o regime inicial fechado, o único possível em face do "quantum" de pena privativa de liberdade superior a 08 (oito) anos e da reincidência do peticionário, conforme artigo 33, §2º, do Código Penal.

De todo o exposto, pelo meu voto, **julgo improcedente** a revisão criminal proposta por **Rogério e Souza**, mantendo-se, na íntegra, o v. Acórdão guerreado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2255323-74.2020.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é peticionário JOAO ORLANDO GOMES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, deferiram em parte o pedido, para o fim de absolver João Orlando Gomes, quanto ao crime do art. 35, *caput* da Lei 11.343/06, nos termos do art. 386, VII, do CPP; mantida a condenação pelo crime previsto no art. 33, *caput* da Lei 11.343/06, nos termos do julgado revidendo. Os efeitos desta decisão foram estendidos ao corréu Alessandro Moreira de Oliveira, consoante dispõe o art. 580 do CPP. Vencidos os desembargadores Francisco Orlando,

Acesso ao Sumário

Costabile Solimene, Amaro Thomé e Luiz Fernando Vaggione, que indeferiam o pedido revisional, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.467)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MÁRCIO BARTOLI (Presidente sem voto), MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE, AMARO THOMÉ, LUIZ FERNANDO VAGGIONE e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 22 de julho de 2021.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: Associação para o tráfico – Ausência de elementos demonstrando a estabilidade da associação – Prova insegura – Absolvição que se impõe – Revisão deferida.

Extensão dos efeitos do julgado ao corréu, nos termos do art. 580 do CPP.

VOTO

O peticionário foi denunciado como incurso no art. 33, *caput* e art. 35, ambos da Lei 11.343/06, em razão de fato ocorrido no 26 de janeiro de 2017, por volta das 16h, no imóvel situado à Rua Trinta, nº 284, Conjunto Habitacional D. Pedro II, São José dos Campos, quando, em concurso com Alessandro Moreira de Oliveira e Fabiano Leonardo da Silva Lima, preparavam, pois tinham em depósito, dois sacos de grande quantidade, 26 tijolos, 6.455 papelotes, já embalados em porções individuais, de maconha, cujo peso total somou mais de 45kg, para fins de tráfico, crime para o qual estavam associados. A ação foi julgada parcialmente procedente, absolvidos quanto ao crime de associação para o tráfico (Fabiano foi absolvido de ambas as imputações), foi condenado, nos termos do art. 33, *caput* da Lei 11.343/06, às penas de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 625 dias-multa, piso (fls. 437-446).

Apelaram da sentença o Ministério Público e a defesa. A Colenda 14ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, por votação unânime, negou provimento ao recurso defensório e deu provimento ao apelo da acusação, elevando as penas do peticionário para 12 anos e 1 mês de reclusão, mais o pagamento de 1.752 dias-multa, piso (fls. 568-584).

O Acórdão transitou em julgado no dia 22.11.2018 (fl. 630).

Agora, através do presente pedido, pleiteia a revisão do processo, buscando a absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico, alegando que a

Acesso ao Sumário

condenação é contrária à evidência dos autos, por inexistir elementos demonstrando vínculo permanente, tampouco a estabilidade da suposta associação. Ainda requer a redução da pena imposta (fls. 1-17).

A douta Procuradoria Geral de Justiça oficia pelo não conhecimento ou indeferimento do pedido revisional (fls. 41-45).

É o relatório.

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.

Anote-se que a pretensão posta no pedido revisional se restringe ao crime de associação para o tráfico. Releva, assim, definir-se o alcance deste delito. Nesse passo, associar-se tem o sentido da união de esforços de pessoas independentes, que, tendo atividades separadas, juntam-se para realização de um empreendimento comum. Portanto, pressupõe pessoas com capacidade para se agrupar por uma finalidade qualquer, quando, originalmente, eram capazes de viver e agir isoladamente."[1]

De outro lado, a associação para o tráfico de drogas exige concurso estável de vontades, estas voltadas para a prática desses delitos que, ainda realizados em diversas oportunidades, possam ser considerados como prática comum de todos os agentes, cujos resultados revertem em proveito dos associados em geral, mesmo que a divisão se faça de modo diferenciado. Não se confunde e não pode ser tomada como simples coautoria na prática de um eventual crime.

Apesar da reconhecida validade dos testemunhos de policiais, corretamente considerada para lastrear a condenação pelo crime de tráfico, verifica-se que os milicianos narraram que a diligência se originou de delação anônima, através do telefone "190"; dirigiram-se ao local dos fatos e, diante do forte cheiro de entorpecente, resolveram ingressar no imóvel. O policial Dauri, acompanhado do tenente, pulou o muro e surpreendeu os acusados tentando fugir pelos fundos, enquanto o policial Edson ficou na parte da frente e, ao adentrar, encontrou os acusados já detidos. Afora a confissão informal, de que trabalhassem "há algum tempo", recebendo R$300,00 por semana, bem como a apreensão de excessiva quantidade de drogas e apetrechos para embalo, nenhum outro

1 Apelação Criminal 990. 08. 132938 -7, de Santa Bárbara D'Oeste.

Acesso ao Sumário

elemento, apto a comprovar o crime de associação para o tráfico foi produzido.

Ainda que o peticionário estivesse na companhia de comparsas, durante atividade de embalo daquela droga que, pela quantidade, poderia demandar mais de uma semana, portanto executando o delito "há algum tempo", não se produziu nenhum elemento apto a configurar a estabilidade do suposto ajuste de vontades para tratar de questões envolvendo a organização do tráfico. Aliás, sequer a confissão informal dos acusados foi presenciada por ambos os policiais, tendo o policial Edson explicado não a ouvira diretamente, vindo a saber através do seu parceiro. Nesse contexto, apesar da quantidade da apreensão ser indicativa do possível envolvimento de outras pessoas, não há prova de que os acusados estivessem associados, de modo estável e duradouro, para a prática do crime.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, tem entendido nesse sentido:

"Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência ainda que o objetivo dos agentes seja a execução de apenas um delito, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se enquadra ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006."[2]

Ante a impossibilidade de se inferir a estabilidade e habitualidade necessários à caracterização do crime autônomo de associação para o tráfico, resta concluir que a condenação contrariou a evidência dos autos.

Apesar das sérias suspeitas que recaíam sobre a conduta do peticionário, pois surpreendido na companhia de outros dois indivíduos tentando fugir do imóvel, onde elevada quantidade de entorpecente fora apreendido, não é lícito arrimar a acusação quanto ao crime do art. 35 da lei antidrogas apenas nessa possibilidade, como prova absoluta do ilícito penal, dado não haver outros indícios que lhe emprestem credibilidade. Ou seja, simples suspeita, fundada em fato equívoco, que poderia ensejar conclusões diversas e contraditórias, não se configura em evidência para a condenação.

Evidência, segundo o léxico, tem o significado de "*qualidade ou caráter de evidente, atributo que não dá margem à dúvida*"[3]. Epistemologicamente, liga-se às teorias da verdade como evidência e correspondência[4], originárias dos gregos, que explicavam a evidência do ser como aquilo que se apresenta à nossa percepção. Nesse sentido, evidência implica sempre em valoração do enunciado, pois o erro, a falsidade e a mentira, não estão nas coisas, mas nos juízos que delas fazemos. Por isso, toda evidência somente o é, se "*não dá margem à dúvida*", ou como explicava Aristóteles em sua "*Metafísica*": "*Se diz do que é aquilo que é e do que não é aquilo que não é*".[5]

Acesso ao Sumário

2 HC 380161/SP (2016/0311127-0), Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 16/02/2017, Dje 21/02/2017.

3 "Dicionário HOUAISS da língua portuguesa", Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, ed. 2001.

4 *Apud* "Dicionário Oxford de Filosofia", São Paulo: Jorge Zahar, ed. 1997, p. 402.

5 *Apud*, "Dicionário Oxford de Filosofia", p. cit.

Com efeito, se duas hipóteses contrárias ganham ares de probabilidade, a conclusão é de que a prova não é segura para condenar. Por isso, ressalvado o digno entendimento posto no processo revidendo, o conjunto probatório não trazia a necessária evidência para a condenação pelo crime de associação para o tráfico.

Quanto à pena imposta, não assiste razão à defesa.

Não se pode ignorar que a elevadíssima quantidade da apreensão poderia levar à prática de milhares de outros delitos de tráfico e uso próprio, envolvendo outras tantas pessoas nessa atividade ilícita. Dessa forma, a possibilidade dessas consequências, a indiferença do agente quanto a esse resultado, são fatores que revelam a personalidade voltada à prática criminosa e avessa ao ordenamento jurídico. Essas circunstâncias do fato motivam a exasperação da pena-base, da forma estabelecida no Acórdão. Como, na segunda etapa, houve a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, a pena pelo crime de tráfico restou tornada definitiva em 8 anos de reclusão, mais o pagamento de 800 dias-multa, piso.

Em face desses fundamentos, defere-se em parte o pedido revisional, para o fim de absolver João Orlando Gomes quanto ao crime do art. 35, *caput* da Lei 11.343/06, nos termos do art. 386, VII do CPP, mantida a condenação pelo crime previsto no art. 33, *caput* da Lei 11.343/06, nos termos do julgado revidendo. Estende-se os efeitos desta decisão ao corréu Alessandro Moreira de Oliveira, consoante dispõe o art. 580 do CPP. Oficie-se com urgência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2122545-09.2021.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é peticionário JOSÉ EDUARDO STEFANINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: JULGARAM PROCEDENTE A REVISÃO CRIMINAL, PARA REDUZIR A PENA DE JOSÉ EDUARDO STEFANINI, PELA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ARTIGO 273, PARÁGRAFO 1º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL, A UM ANO DE RECLUSÃO E 10 DIAS-MULTA EM SEU VALOR MÍNIMO UNITÁRIO, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DO V. ACÓRDÃO. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.403)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), CARLOS BUENO, FÁBIO GOUVÊA, FRANCISCO BRU-

NO, NUEVO CAMPOS, GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 27 de julho de 2021.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Crime de importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária – Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.677/98, à hipótese prevista no seu parágrafo 1º B, inciso I, do Código Penal – Repristinação do preceito secundário do artigo 273, na redação originária – Pena redimensionada – Revisão criminal procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Revisão Criminal interposta por **JOSÉ EDUARDO STEFANINI**, visando rescindir o Venerando Acórdão proferido pela Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No Venerando Acórdão rescindendo foi negado provimento ao recurso da defesa, mantida a condenação do requerente por infração ao artigo 33 da Lei 11.343/06, e ao artigo 273, parágrafo 1º-B, inciso I, do Código Penal, em concurso material, à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime prisional aberto, além do pagamento do valor correspondente a 332 dias-multa em seu mínimo unitário.

A decisão transitou em julgado para a defesa em 21 de janeiro de 2020 e para a acusação em 27 de janeiro de 2020.

Nas suas razões, a defesa pretende a rescisão do julgado para o redimensionamento da pena, por força do Recurso Extraordinário nº 979962, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo deferimento da ação.

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.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

A ação revisional deve ser conhecida e deferida.

O acusado foi condenado em primeira instância pela prática dos crimes descritos no artigo 33 da Lei 11.343/06 e no artigo 273, parágrafo 1º, inciso B, do Código Penal, e a condenação, tal como lançada, foi integralmente mantida no julgamento da sua apelação, ocorrido em 26 de novembro de 2019.

O MM. Juiz houve por bem em aplicar o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/06, fixando a pena do acusado, ora peticionário, pela prática do delito previsto no artigo 273, parágrafo 1º, inciso I, do Código Penal, em 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa em seu valor mínimo unitário.

Ocorre que em julgamento em Plenário do Recurso Extraordinário nº 979.962-RG/RS, em 24 de março de 2021, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema nº 1003 da Repercussão Geral, fixou a tese de que "É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.677/98 (reclusão de 10 a 15 anos e multa), à hipótese prevista no seu parágrafo 1º B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica ***repristinado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária (reclusão de 1 a 3 anos, e multa)***."

Destarte, em conformidade com a referida decisão, a declaração de inconstitucionalidade não poderia levar à aplicação das sanções previstas ao delito de tráfico de entorpecentes, eis que vedada a analogia *in malam partem*.

Portanto, em relação ao delito descrito no artigo 273, parágrafo 1º, inciso I, do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal a míngua de maus antecedentes, em 01 ano de reclusão e 10 dias-multa em seu valor mínimo unitário, de forma definitiva, porque inexistentes circunstâncias agravantes e atenuantes, causas de aumento ou de diminuição de pena.

ASSIM, PELO MEU VOTO, JULGO PROCEDENTE A REVISÃO CRIMINAL, PARA REDUZIR A PENA DE JOSÉ EDUARDO STEFANINI, PELA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ARTIGO 273, PARÁGRAFO 1º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL, A UM ANO DE RECLUSÃO E 10 DIAS-MULTA EM SEU VALOR MÍNIMO UNITÁRIO, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DO V. ACÓRDÃO.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2300702-38.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MAUÁ, é réu MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE MAUÁ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41958)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), 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, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 23 de junho de 2021.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Lei do Município de Mauá que dispõe sobre a obrigatoriedade da divulgação de informações sobre obras públicas paralisadas, com os motivos, tempo de interrupção e nova data prevista para término. Vício de iniciativa inexistente. Princípio da publicidade prevalecente. Prestígio à transparência governamental, de iniciativa concorrente. Precedente deste colegiado. Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. O Prefeito de Mauá ajuíza ADI em face da Lei Municipal nº 5.433,

de 9.1.2018, que dispõe sobre a obrigatoriedade da divulgação de informações sobre obras públicas paralisadas, motivos, tempo de interrupção e data prevista para término, alegando vício de iniciativa por invadir competência privativa do Executivo. Pede o reconhecimento da inconstitucionalidade da citada lei.

2. A Câmara de Vereadores de Mauá presta informações a fl. 27/32 e o Ministério Público oferece parecer a fl. 56/65, ambos pela improcedência da ação.

É o relatório.

Fundamento e decido.

3. Efetivamente, a ação não procede. Assim estabelece a Lei Municipal nº 5.433/2018 (fl. 4):

> Art. 1º Institui a obrigatoriedade da divulgação no site oficial da Prefeitura do Município de Mauá, informações acerca das obras públicas municipais paralisadas, contendo os motivos e período de interrupção da obra.
>
> Parágrafo único. Considera obra paralisada, para efeitos desta lei, as obras com atividades interrompidas por mais de 60 (sessenta) dias.
>
> Art. 2º O site oficial da Prefeitura Municipal de Mauá deverá ser utilizado para transmitir as informações contidas no art. 1º desta Lei, onde constarão também os dados do órgão público ou concessionária responsável pela obra.
>
> Art. 3º Ultrapassado o prazo de paralisação de que trata o art. 1º desta Lei, o responsável pela obra deverá informar a Prefeitura Municipal de Mauá, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, o motivo da paralisação da obra.
>
> Art. 4º O poder executivo regulamentará esta Lei.
>
> Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

4. Desde logo se percebe que não se trata de lei que imponha ao Prefeito atos típicos e privativos do Executivo, respeitantes à administração das coisas públicas, e sim à publicização das obras públicas paralisadas e as razões dessas paralisações; lei que visa à informação do munícipe e de razoabilidade evidente, já que é direito de todo e qualquer cidadão conhecer o destino dos investimentos e do que, em geral, é realizado com o dinheiro público.

5. Não se vislumbra reserva ao Executivo na disciplina do que é de interesse geral, ou seja, a obediência à transparência dos atos de governo, que com efeito é de iniciativa concorrente, como ensina o zeloso Dr. Wallace Paiva Martins Júnior, em referência à própria obra, pertinentemente (fl. 60/62):

> "Como já escrevi ('Princípio da publicidade', in Princípios de Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2012, pp. 233-258, organização

Acesso ao Sumário

Thiago Marrara), em linha de princípio, a disciplina legislativa da publicidade administrativa não se revela como matéria que mereça trato normativo por impulsão exclusiva do Chefe do Poder Executivo, porque seu objeto se situa na iniciativa legislativa comum ou concorrente que é a regra, enquanto é excepcional a atribuição de reserva a certa categoria de agentes, entidades e órgãos.

Com efeito, a lei que disciplina a publicidade administrativa, prevista no art. 37, caput, da Constituição Federal e que vincula todos os entes federativos, não demanda iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo. Neste sentido, já se decidiu que:

'1. Lei disciplinadora de atos de publicidade do Estado, que independem de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, visto que não versam sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública. Não-incidência de vedação constitucional (CF, artigo 61, § 1º, II, e). (...)'. (STF, ADI-MC 2.472-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Correa, 12-03-2002, v.u., DJ 03-05-2002, p. 13)

Em caso similar, esse egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça assim decidiu em venerando acórdão cuja ementa transcrevo, da lavra da eminente Desembargadora Cristina Zucchi:

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.087, de 20 de agosto de 2019, do Município de Martinópolis, que dispõe sobre a obrigatoriedade da divulgação no site oficial da Prefeitura Municipal de Martinópolis de informações sobre as obras públicas municipais paralisadas, contendo exposição dos motivos e tempo de interrupção e dá outras providências. 1) Vício de iniciativa. Inocorrência. Norma que tem como objetivo principal dar publicidade sobre as obras públicas municipais paralisadas, com a divulgação em site oficial da Prefeitura Municipal, de informações relativas aos motivos da paralisação de referidas obras (art. 1º). Nítido respeito aos princípios da publicidade e transparência. Inexistência de conflito entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Matéria que não se encontra no rol de iniciativa reservada do Poder Executivo elencado no artigo 24 da Constituição Estadual. Competência legislativa concorrente. Precedentes do C. STF e deste C. Órgão Especial; 2) Excesso de poder exercido pela Câmara Municipal de Martinópolis, nas disposições do artigo 2º e artigo 3º da norma impugnada. 2.1) A previsão de divulgação da descrição pormenorizada de obras paralisadas, determinada pelo artigo 2º e parágrafo único caracteriza interferência do Poder Legislativo no âmbito administrativo, com violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Precedente deste C. Órgão Especial (ADIN nº 2.141.951-55.2017.8.26.0000, Rel. Des. ALEX ZILENOVSKI, j. 14.03.18; 2.2) Disposições do artigo 3º e parágrafo único (obrigação de apresentação

Acesso ao Sumário

ao Tribunal de Contas Estadual e ao Poder Legislativo de relatório) que extrapolam o poder de fiscalização do Poder Legislativo sobre as funções administrativas disciplinado constitucionalmente (Arts. 33 e 150 da CE). Violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Inconstitucionalidade declarada com relação ao artigo 2º e seu parágrafo único e ao artigo 3º e seu parágrafo único da Lei nº 3.087, de 20 de agosto de 2019, do Município de Martinópolis. Ação direta julgada parcialmente procedente, com efeito ex tunc'. (TJSP, ADI nº 2004216-72.2020.8.26.0000, j. 29-07-2020)"

6. É desejável e atende aos princípios da democracia participativa a informação ampla sobre os atos da gestão pública, dentre os quais se enquadram os que digam respeito às obras públicas, seu desenvolvimento e finalização – e se paralisadas, os motivos da anomalia.

7. Bem lembrado, outrossim, que a Lei de Mauá, 5.433/2018, encontra-se em boa sintonia com a Lei Federal 12.527/2011, artigo 8º e §§ 1º e 2º (Lei de Acesso à Informação):

> Art. 8º – É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.
>
> § 1º – Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:
>
> (...)
>
> V – dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgão e entidades;
>
> (...)
>
> § 2º – Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

8. Não há vício de iniciativa e, portanto, não há desrespeito à separação dos poderes, inexistindo imposições ilícitas ao Executivo Municipal de Mauá.

9. Julga-se improcedente a ação. Intimem-se.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2015567-08.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que

é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.315)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE e JAMES SIANO.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 646/2020, de iniciativa parlamentar, que alterou a Lei Complementar 331 de São José do Rio Preto, para o fim de instituir, em benefício dos guardas civis municipais, "aposentadoria especial por morte ou incapacidade resultante de lesão ou enfermidade adquirida em consequência do exercício da função ou em razão dela". Vício de iniciativa, que é do Chefe do Executivo para dispor sobre o regime jurídico dos servidores e da União para dispor sobre questão previdenciária. Artigos 24, § 2º e 144 da Constituição do Estado e art. 24, XII da Constituição Federal. Precedentes do Órgão Especial. Ação julgada procedente, com ressalva à irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de São José do Rio Preto, em face da edição da Lei Complementar n. 646/2020, de iniciativa parlamentar, que alterou a Lei Complementar 331 para o fim de instituir, em benefício dos guardas civis municipais, *"aposentadoria especial por morte ou incapacidade resultante de lesão ou enfermidade*

Acesso ao Sumário

adquirida em consequência do exercício da função ou em razão dela". Aduz o autor que a norma revela vício de iniciativa, porquanto de autoria de vereador, quando a matéria versada se insere na competência do Executivo. Pondera que a questão afeta o regime jurídico dos servidores, portanto cujo tratamento legal depende de lei de iniciativa do Executivo, conforme se prevê desde a Constituição Federal (art. 61, par. 1º, II, *a* e *b*, da CF/88). Acrescenta que igualmente se invade prerrogativa própria de dispor sobre questão orçamentária e de despesas do Município. Indica como parâmetro de controle os artigos 5º, 24, par. 2º, 1,2 e 3, 47, II, XI e XIV, 144 e 176 da Constituição do Estado.

Deferida a liminar (fls. 139/145), foram prestadas informações (fls. 150/153).

Indeferiu-se pleito de admissão, como *amicus curiae*, da Associação dos Guardas Municipais de São José do Rio Preto.

A Procuradoria de Justiça foi pela procedência (fls. 212/221).

É o relatório.

Ratificam-se, em primeiro lugar, as razões já de deferimento da liminar.

A lei municipal atacada, ao instituir aposentadoria especial aos guardas civis municipais, dispõe sobre o regime jurídico desta categoria de servidor do Município.

Sucede que consolidado o entendimento, com o enunciado do **Tema 917** da Suprema Corte, de que *"não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou atribuição de seus órgãos e nem do regime jurídico dos servidores públicos (art. 61, par. 1º, II, 'a', 'c', e 'e', da Constituição Federal."* Porém, tal o que se parece dar com a lei em tela, que trata do regime jurídico dos servidores locais.

A Constituição Estadual, justamente ao traçar as hipóteses de iniciativa privativa do Governador do Estado (aqui c/c o art. 144), em seu art. 24, § 2º, assim dispôs:

> *"Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:*
>
> *1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;*
>
> *2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;*
>
> *3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;*
>
> *4 – **servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de***

Acesso ao Sumário

cargos, estabilidade e aposentadoria;

5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;

6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos."

Em precedente de relatoria do E. Des. Evaristo dos Santos, colaciona-se lição segundo a qual as matérias reservadas ao Chefe do Poder Executivo são fundamentalmente aquelas que *"envolvem (a) servidores públicos; (b) estrutura administrativa; (c) leis orçamentárias; geração de despesas; e, (d) leis tributárias benéficas (GIOVANI DA SILVA CORRALO – "O Poder Legislativo Municipal" – Ed. Malheiros – 2008 – p. 82/87)"* (**ADin n. 2276121-27.2018.8.26.0000, j. 08.05. 2019**).

Ademais, este Órgão Especial já examinou lei anterior do mesmo Município, igualmente editada a regular o regime jurídico dos guardas civis locais, alterando a mesma Lei Complementar 331, apenas que ali instituindo regime especial de trabalho e de remuneração. E então se decidiu:

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 535 de 17 de abril de 2017, do Município de São José do Rio Preto, de iniciativa parlamentar, que dispôs sobre a carreira da Guarda Municipal. Processo legislativo. Irregularidade. Interferência em assunto que diz respeito, tão somente, ao Chefe do Poder Executivo. Posição definida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 917). Indiscutível invasão da competência. Agravo aos artigos 5º, 24, § 2º, 1 e 4, 47, II e XIV, e 144 da Constituição Estadual. Antecedentes desta Casa. Indicação orçamentária. Omissão. Invalidade. Ultraje à Carta Magna Paulista (artigos 25 e 174, III). AÇÃO PROCEDENTE." (**ADI n. 2086128-96.2017.8.26.0000, rel. Des. Beretta da Silveira, j. 30.08.2017**)

Depois, particularmente a respeito da concessão de aposentadoria especial mediante lei de iniciativa parlamentar:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 9.898, de 18 de outubro de 2016, do Município de Santo André, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a garantia ao direito de aposentadoria especial do magistério, aos professores readaptados na rede de ensino municipal. Vício de iniciativa. Competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre previdência social que não afasta a necessidade de tratamento uniforme das exceções às regras de aposentadoria dos servidores públicos. É obrigatória a atuação normativa da União para a edição de lei regulamentadora nacional. Tema de Repercussão no recurso extraordinário RE 797.705-RG/SE do C. STF. Afronta ao art. 126, § 4º da Carta Estadual. Competência exclusiva do Alcaide, por outro lado, para tratar de questões ligadas aos servidores do Município, ao

Acesso ao Sumário

teor do art. 24, § 2º, n. 1 da Constituição Bandeirante. Precedentes da Corte. Ação procedente." (**ADI n. 2054011-18.2018.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j. 22.08.2018**)

Ainda mais, e agora lembrando-se da *causa aberta* na direta de inconstitucionalidade, outro precedente deste Colegiado assentou ainda a competência da União para dispor sobre questão previdenciária e, veja-se, isto em caso em que identicamente se discutia aposentadoria especial de guardas municipais. Confira-se:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Emenda nº 39/2015 à Lei Orgânica do Município de São Paulo – Dispositivo que trata da concessão de aposentadoria especial a servidor integrante da Guarda Civil Municipal – Matéria Previdenciária – Aposentadoria especial de servidor público que deve ser regulada em norma de caráter nacional (lei complementar federal), de competência privativa da União e concorrente dos Estados e Distrito Federal (suplementar ou plena, na falta de lei federal), não aos Municípios (arts. 24, XII, e 40, § 2º, CF, este último reproduzido pelo art. 126, § 4º, da Constituição Estadual, todos aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual) – Jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e desta Corte – Inconstitucionalidade reconhecida. Ação julgada procedente." (**ADI n. 2260166-24.2016.8.26.0000, rel. Des. João Carlos Saletti, j. 13.12.2017**)

Por fim, prestadas informações, colhe-se a prolação de parecer da própria Diretoria Jurídica da Câmara, indicando a inconstitucionalidade da lei (v. fls. 165/172).

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE** a presente ação direta, para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 646/2020, com ressalva à irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2245173-34.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE ANDRADINA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ANDRADINA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.123)**

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, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.682, de 13 de julho de 2020, do município de Andradina, de iniciativa parlamentar, dispõe sobre o encaminhamento ao Legislativo de informações e documentos de procedimentos de licitação realizadas na forma do art. 4º da Lei Federal 13.979, de 06/02/2020, durante o período de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de Coronavírus (COVID-19) – Vício de iniciativa – Inocorrência – Ofensa aos princípios da separação dos poderes, da simetria e razoabilidade – Configuração – Ofensa aos artigos 24, incisos V e VI, 1º, inciso IV da CF/88 e arts. 111 e 144, da Constituição Bandeirante – Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da lei.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pela Sra. Prefeita do Município de Andradina, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.682, de 13 de julho de 2020, que dispõe sobre encaminhamento ao Legislativo de informações e documentos de procedimentos de licitação realizadas na forma do art. 4º da Lei Federal 13.979, de 06/02/2020, durante o período de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de Coronavírus (COVID-19).

Sustenta a ocorrência de violação ao princípio da Separação dos Poderes e ingerência na Administração Pública Municipal, uma vez que cabe ao Poder Executivo, primordialmente, a função de administrar, através de atos de planejamento, organização, direção e execução de atividades relacionadas ao Poder Público.

O pedido de liminar foi deferido às fls. 33/34.

Acesso ao Sumário

O Presidente da Câmara de Andradina prestou as informações pertinentes (fls. 39/41).

O D. Procurador Geral do Estado deixou de se manifestar (fls. 53).

A D. Procuradoria de Justiça, opinou pela procedência da presente ação de inconstitucionalidade (fls. 56/64).

É o relatório.

A Lei nº 3.682, de 13 de julho de 2020, do município de Andradina, de iniciativa parlamentar, 'dispõe sobre encaminhamento ao Legislativo de informações e documentos de procedimentos de licitação realizadas na forma do art. 4º da Lei Federal 13.979, de 06/02/2020, durante o período de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de Coronavírus (COVID-19)'. Foi inquinada de inconstitucional e tem a seguinte redação:

Art. 1º O Poder Executivo Municipal de Andradina deverá encaminhar ao Legislativo, no prazo de 15 (quinze) dias da assinatura do contrato ou do empenho, os seguintes documentos e informações relativos a compras ou contratação de serviços realizados na forma do art. 4º da Lei Federal 13.979, de 06 de fevereiro de 2020:

I – número do procedimento e da dispensa de licitação;

II – cópia do ato de autorização do ordenador de despesa e, se aplicável, do termo de ratificação (art. 26 da Lei Federal 8.666/93);

III – cópia do termo de referência ou do projeto básico;

IV – cópia da documentação de estimativa de preços (art. 4º-E, § 1º, VI, da Lei Federal 13.979/2020), ou do termo que justifica a sua dispensa (art. 4º-E, § 2º), e ou da justificativa para a contratação de valor superior ao cotado (art. 4º-E, § 3º);

V – cópia do empenho, e, se for o caso, do termo de contrato ou equivalente;

VI – fonte de recursos e medidas de adequação orçamentária;

VII – cópia da documentação da contratada, sendo:

a) de registro comercial e composição do quadro societário;

b) registro e licenças específicas, conforme o caso.

§ 1º As informações de que trata o ***caput*** *serão prestadas enquanto perdurar a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (Covid-19).*

§ 2º Os autos do procedimento de dispensa permanecerão à disposição para consulta por qualquer vereador, mediante agendamento prévio de vinte e quatro horas, ou para requisição de cópia pelo Poder Legislativo Municipal, com fornecimento imediato.

Art. 2º Para as contratações por dispensa de licitação referidas no art.

1º e processadas com data anterior a esta lei, o prazo de encaminhamento terá início na data de vigência desta lei, podendo ser prorrogado por igual período uma vez.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta de dotações próprias do orçamento vigente.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Quanto ao vício de iniciativa não se constata inconstitucionalidade.

Consoante exegese de dispositivos constitucionais, dentre eles o art. 24, § 2º da CE, são matérias reservadas ao Chefe do Poder Executivo: (a) servidores públicos; (b) estrutura administrativa; (c) leis orçamentárias; geração de despesas; e, (d) leis tributárias benéficas (**GIOVANI DA SILVA CORRALO** "O Poder Legislativo Municipal" Ed. Malheiros 2008 p. 82/87).

A Lei impugnada veicula apenas normas de instrumentalização de controle parlamentar sobre atos do Poder Executivo. Não se inclui, pois, no rol de matérias reservadas ao Chefe do Executivo.

O entendimento hodierno é pela ausência de violação dos princípios constitucionais invocados na exordial e pela existência de competência concorrente dos Municípios, para legislar sobre o tema, conforme já definido pelo E. STF no julgamento da ARE-RG 878.911 (Tema 917):

"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal). Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015."

Vale dizer: em algumas hipóteses do Poder Legislativo pode criar programas dentro da competência concorrente, desde que não adentre na estrutura ou gestão dos órgãos da Administração Pública.

Quanto aos princípios da separação dos poderes, simetria e razoabilidade, há violação à Constituição Bandeirante e o pedido inicial procede.

Acesso ao Sumário

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.

A propósito, Hely Lopes Meirelles adverte: *"No sistema brasileiro o governo municipal é de funções divididas, cabendo as executivas à Prefeitura e as legislativas à Câmara de Vereadores. Esses dois Poderes, entrosando suas atividades específicas, realizam com independência e harmonia o governo local,*

nas condições expressas na lei orgânica do Município. O sistema de separação de funções – executivas e legislativas – impede que o órgão de um Poder exerça atribuições do outro. Assim sendo, a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa: a Câmara estabelece regras para a Administração; a Prefeitura as executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos. O legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou da Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante" (in, Direito Municipal Brasileiro, 17ª ed., Editora: Malheiros, 2014, p. 735).

Sobre os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, leciona **LUÍS ROBERTO BARROSO**:

"O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interceptada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema." ("Curso de Direito Constitucional" Ed. Saraiva 4ª edição 2013 p. 328)

Não destoa **ANA PAULA ÁVILA**:

"Pela ideia de proporcionalidade, quer-se impor, nas relações que se estabelecem entre o Poder Público e os cidadãos, que os direitos individuais somente sejam restringidos na medida do estritamente necessário ao alcance das finalidades públicas almejadas pelo Estado. Assim, somente será proporcional a restrição a direito por uma medida que seja adequada para atingir o fim público, que seja a menos restritiva possível ao direito individual e cujas vantagens promovidas pelo fim visado compensem o prejuízo causado ao direito objeto de restrição."

(...)

"Sua relevância decorre do reconhecimento dos direitos fundamentais como parte da Constituição em sentido material e por isso, a proporcionalidade, vocacionada à proteção desses direitos, constitui um dos fundamentos do próprio Estado de Direito." ("A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade" – Ed. Livraria do Advogado 2009 p. 134).

A lei impugnada traz medidas de controle interno e externo pela municipalidade em relação aos atos do Poder Executivo, – impõe atribuição de infor-

Acesso ao Sumário

mar à Câmara Municipal todas as compras e contratações de serviços realizados, que guardem relação com o estado de calamidade pública proveniente da pandemia do coronavírus, descrevendo como tal obrigação deve ser cumprida –, o que não encontra simetria com o disposto na esfera Estadual e Federal.

Além de trazer obrigatoriedade de gerenciamento de dados não tidos por obrigatórios pelo Governo do Estado, diminuiu a capacidade de gestão da Administração Pública e geraria altos gastos à Municipalidade, em efetivo de servidores para seu cumprimento, num momento em que todos os esforços monetários devem ser concentrados na saúde da população.

Cabe ressaltar que, não obstante a relevância da matéria, em se tratando de questão atinente à pandemia da COVID-19, a procedência da ação em nada obsta o combate à doença no Município, não trazendo consequências diretas à saúde pública.

Pelo exposto, julga-se procedente a pretensão inicial para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.682, de 13 de julho de 2020, do município de Andradina.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2266562-75.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LORENA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LORENA.

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 54.099OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), 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 MELLO, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

CARLOS BUENO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 317, de 5-10-2020, do Município de Lorena, de origem parlamentar – Concessão de serviços públicos de coleta, varrição e manejo dos resíduos sólidos urbanos e domiciliares e de construção civil.

1. Análise de ofensa a dispositivos da Lei Orgânica do Município. Inadmissibilidade. Ausência de parametricidade.

2. Inconstitucionalidade. Ocorrência. Concessão de serviços públicos de coleta, varrição e manejo dos resíduos sólidos urbanos e domiciliares e de construção civil. Matéria sujeita à iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo e à reserva de administração. Inteligência dos art. 5º e 47, II e XVIII, da CE/89.

3. Ação procedente."

VOTO

Ação direta proposta pelo Prefeito Municipal de Lorena, com pedido de liminar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 317, de 5-10-2020, do Município de Lorena, de origem parlamentar, promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal, após rejeição do veto integral ao Projeto de Lei Complementar nº 40/2020, pelo requerente. Referida norma incluiu o parágrafo único ao art. 5º da Lei Complementar Municipal de Lorena nº 296, de 20-5-2019, que "AUTORIZA O PODER EXECUTIVO, ATRAVÉS DE PROCESSO LICITATÓRIO, A FAZER CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO, NO MODELO DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA – PPP, PARA MODERNIZAÇÃO, OTIMIZAÇÃO, EXPANSÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DOS SERVIÇOS DE COLETA, VARRIÇÃO E MANEJO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS DOMICILIARES E DE CONSTRUÇÃO CIVIL E DEMAIS SERVIÇOS CONGÊNERES E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.".

Eis como está redigido o texto impugnado:

"Art. 1º Fica o Poder Executivo do Município de Lorena autorizado a fazer concessão do serviço público, no modelo de Parceria Público Privada – PPP, nos termos da Lei Municipal nº 3.318/2009, para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção dos serviços de coleta, varrição e manejo dos resíduos sólidos urbanos domiciliares e de construção civil e demais serviços congêneres, através de processo licitatório.

"Art. 2º Os serviços que deverão integrar a Parceria Público Privada –

Acesso ao Sumário

PPP, serão:

"I – Coleta Manual, transporte e destinação final de resíduos sólidos domiciliares;

"II – Coleta, transporte e destinação final de resíduos sólidos da construção civil;

"III – Coleta e transporte de resíduos sólidos recicláveis;

"IV – Operação e manutenção de unidade de processamento de resíduos da construção civil;

"V – Operação e manutenção de unidade de triagem de resíduos sólidos e operação e manutenção de unidade de trituração de podas;

"VI – Operação e manutenção de Ecopontos;

"VII – Varrição manual de vias públicas;

"VIII – Varrição mecanizada de vias públicas;

"IX – Lavagem de feiras livre, mercados e logradouros públicos;

"X – Além dos serviços congêneres e/ou complementares que estiverem descritos no projeto aprovado e definido conforme plano de negócios que instruirão o processo licitatório;

"XI – Programa de educação ambiental;

"XII – Recuperação e adequação de aterro de inertes.

"Art. 3º Os caminhões coletores compactadores utilizados na prestação do serviço deverão ser licenciados no município de Lorena, não poderão ter idade superior a 05 (cinco) anos e deverão estar em consonância com as normas de segurança do trabalho.

"Art. 4º A concessão será outorgada pelo prazo de 20 (vinte) anos, podendo ser prorrogada até o limite indicado na Lei Federal nº 11.079/2004 e na Lei Municipal nº 3.318/2009, desde que o contrato tenha sido cumprido satisfatoriamente pelo concessionário, a juízo do poder concedente.

"Art. 5º A concessão deverá ser feita através de processo licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93.

"**Parágrafo único. Em observância a determinação constante do caput deste artigo, fica estabelecida a descrição dos objetos a ser contratados por lote, de modo a se evitar a aglutinação indevida.** (incluído pelo art. 1º da Lei Complementar nº 317, de 5-10-2020) (negritos do relator)

"Art. 6º. As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta de dotação orçamentária própria, suplementadas se necessário.

"Art. 7º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

Em resumo, o autor argumenta que o dispositivo impugnado disciplina matéria referente a regime de concessão de serviços públicos, tema que integra

Acesso ao Sumário

a gestão pública municipal, que compete ao Chefe do Poder Executivo, por isso seria formal e materialmente inconstitucional por violar o princípio da separação de poderes e a iniciativa privativa do prefeito, em matéria de sua competência, arts. 5º e 47, II, XI e XIV. Também seria incompatível com o princípio federativo, já que compete à União legislar privativamente sobre normas gerais de licitação e contratação pública, art. 22, XXVII, da CF/88 e com os princípios de razoabilidade, proporcionalidade e da segurança jurídica, art. 111 da CE/89, pois há concorrência pública em andamento e o objetivo da norma seria o de frustrá-la. Cita também violação ao art. 37, IV, da Lei Orgânica Municipal.

Liminar deferida, foram os autos processados, com a solicitação de informações, cientificada a Procuradora-Geral do Estado e em seguida ouvido o Procurador-Geral de Justiça, fls. 146/149.

A Câmara Municipal de Lorena, representada por seu Presidente, em suas informações narrou o trâmite do Projeto de Lei nº 40/2020 e ainda defendeu a constitucionalidade da norma, fls. 153/156.

Instada a se manifestar para os fins do art. 90, § 2º, da CE/89, a Procuradoria-Geral do Estado deixou transcorrer o prazo legal sem se manifestar, fls. 162.

Às fls. 165/173, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral de Justiça, dr. Wallace Paiva Martins Junior, opinou pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 317, de 5-10-2020, do Município de Lorena. A ementa do parecer ministerial resume a questão da seguinte forma: "**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 317, DE 05 DE OUTUBRO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE LORENA, QUE 'DISPÕE SOBRE A ALTERAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 296 DE 20 DE MAIO DE 2019'. PARAMETRICIDADE. INCOGNOSCIBILIDADE DE OFENSA À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO E DE MATÉRIA DE FATO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. LICITAÇÃO. DIVISÃO POR LOTE. INICIATIVA PARLAMENTAR. SEPARAÇÃO DE PODERES. PROCESSO LEGISLATIVO. RESERVA DE INICIATIVA LEGISLATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO. ATOS DE ADMINISTRAÇÃO TÍPICOS E ORDINÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE INVASÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA FEDERAL SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PROCEDÊNCIA. 1.** Incognoscibilidade do contraste entre lei municipal e Lei Orgânica do Município no contencioso abstrato, concentrado, direto e objetivo de lei ou ato normativo estadual, cujo parâmetro exclusivo é a Constituição Estadual. **2.** Lei municipal, de iniciativa parlamentar, estabelecendo a descrição dos objetos a serem contratados por lote, de modo a se evitar a aglutinação

Acesso ao Sumário

indevida, na licitação para celebração de parceria público-privada para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção dos serviços de coleta, varrição e manejo dos resíduos sólidos urbanos domiciliares e de construção civil e demais serviços congêneres, é incompatível com a reserva da Administração, pois, significa a intromissão na prática de atos de Administração típicos e ordinários que competem exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, esfera imune à interferência do Poder Legislativo, nos termos dos arts. 5º e 47, II e XIV, da Constituição Estadual, não bastasse a iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos (art. 47, XVIII, Constituição Estadual). **3.** A edilidade não detém iniciativa legislativa supletiva ou subsidiária nas hipóteses em que o alcaide não exerce sua iniciativa legislativa reservada ou emite os atos normativos inerentes à reserva da Administração. **4.** Inexistência de invasão à competência normativa federal porque a lei vergastada não invadiu a competência normativa federal privativa para edição de normas gerais de licitação e contratações públicas, considerando que a Lei nº 8.666/93 tem regras próprias (art. 23, §§ 2º e 5º), assim como a Lei nº 14.133/21 (arts. 47, II, e 49), que determinam ou facultam a divisão do objeto da licitação em lotes ou frações. **5.** Incognoscibilidade de agravo aos princípios de razoabilidade, proporcionalidade e da segurança jurídica (art. 111) da Constituição Estadual, por haver concorrência em andamento, dado que o regime jurídico administrativo é orientado pela mutabilidade, e se trata de questão de fato, insindicável no âmbito estreito do contencioso abstrato e objetivo de constitucionalidade. **6.** Procedência do pedido.".

É o relatório.

A Lei Complementar nº 317, de 5-10-2020, de origem parlamentar, acrescentou o parágrafo único ao art. 5º da Lei Complementar nº 296, de 20-5-2019, que, por sua vez, "AUTORIZA O PODER EXECUTIVO, ATRAVÉS DE PROCESSO LICITATÓRIO, A FAZER CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO, NO MODELO DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA – PPP, PARA MODERNIZAÇÃO, OTIMIZAÇÃO, EXPANSÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DOS SERVIÇOS DE COLETA, VARRIÇÃO E MANEJO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS DOMICILIARES E DE CONSTRUÇÃO CIVIL E DEMAIS SERVIÇOS CONGÊNERES E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS." A alteração promovida pela Câmara de Vereadores e agora impugnada, com o objetivo de se evitar a "aglutinação" de serviços, estabelece que os objetos contratados por lote devem ser descritos.

Acesso ao Sumário

De início, necessário afastar a análise de violação a dispositivos da Lei Orgânica do Município e da Constituição Federal que não sejam de observância obrigatória pelos Estados e Municípios ou que não foram reproduzidos pela Constituição Estadual, pois apenas a Constituição Estadual deve ser parâmetro de controle abstrato de normas, art. 125, § 2º, CF/88. Também a contrariedade

reflexa ou indireta ao texto da Constituição não podem ser aferidas por via principal.

Não há que se falar em usurpação legislativa da União Federal, pelo Município de Lorena. A Lei nº 8.666, de 21-6-1993, art. 23, e a Lei nº 14.133, de 1º-4-2021, arts. 47 e 49, editadas pela União, as quais instituem normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, ora determinam ora facultam a divisão do objeto da licitação em lotes ou frações. Ou seja, é possível o ente federado dividir o objeto da licitação em lotes.

Por outro lado, examinar a incompatibilidade da norma com os princípios de razoabilidade, proporcionalidade e da segurança jurídica, demandaria análise de matéria de fato, o que é inviável nesta sede, pois o controle abstrato de constitucionalidade abrange o cotejo direto da lei impugnada com a norma constitucional utilizada como parâmetro, de modo a obstar a este Órgão Colegiado verificar se o objetivo da norma seria o de frustrar concorrência pública em andamento.

Contudo, a matéria regulamentada pela norma de iniciativa parlamentar insere-se no âmbito da competência atribuída pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo, existindo, pois, vício de iniciativa a violar o princípio da separação entre os Poderes e da reserva da Administração, arts. 5º, 47, XVIII, da CE/89, porque compete, privativamente, ao Prefeito Municipal a iniciativa das leis que disponham sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos.

Nesse sentido: "Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivos da Lei Orgânica do Município de Amparo, com alterações dadas pela Emenda nº 60/2019, que condicionam a concessão ou permissão de serviços de água e saneamento básico à autorização do Poder Legislativo e vedam sua privatização a qualquer título. Ofensa à regra da separação de poderes. Verificação. Gestão superior da Administração Pública que compete ao Chefe do Poder Executivo, sendo reservada a ele, ademais, a iniciativa de leis que disponham sobre regime de concessão de serviços públicos (artigo 47, incisos II e XVIII da Constituição do Estado). Vício formal e material constatado. Precedentes do Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal. Pedido julgado procedente." (ADI nº 2195727-96.2019.8.26.0000, rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 9-9-2020).

A corroborar esse entendimento, segue trecho extraído do judicioso parecer ministerial: "Não bastasse a iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos (art. 47, XVIII, Constituição Estadual) que abarca o conteúdo da lei local, a **definição do modo pelo qual será desenvolvida a licitação**, tendo em conta o **fracionamento legítimo ou não** de seu objeto, em **lei municipal**, de **iniciativa parlamentar**, é **incompatível com a reserva da Administração**, pois, signi-

Acesso ao Sumário

fica a intromissão na prática de **atos de Administração típicos e ordinários** que **competem exclusivamente** ao Chefe do Poder Executivo, esfera imune à interferência do Poder Legislativo, nos termos dos arts. 5º e 47, II e XIV, da Constituição Estadual.

"Ainda que possa haver motivação idônea para a norma produzida, a edilidade **não detém iniciativa legislativa supletiva ou subsidiária** nas hipóteses em que o alcaide não exerce sua iniciativa legislativa reservada ou emite os atos normativos inerentes à reserva da Administração.", fls. 173.

Portanto, a iniciativa da Câmara Municipal está a invadir a área de atuação privativa do Poder Executivo, violando princípio constitucionalmente protegido da separação entre os Poderes e da reserva da Administração, sendo, pois, de rigor o reconhecimento da procedência da ação para declarar inconstitucional a Lei Complementar nº 317, de 5-10-2020, e determinar sua retirada do ordenamento jurídico.

Diante desse quadro, **julga-se procedente a ação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2198239-18.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MAUÁ, é ré MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE MAUÁ.

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 36.392)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), 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, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 5.602, DE 30 DE JUNHO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE MAUÁ/SP, QUE 'GARANTE A PERMANÊNCIA DE IDOSOS E PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA EM VAGAS COMUNS QUANDO AS VAGAS DEMARCADAS ESTIVEREM OCUPADAS EM ESTACIONAMENTOS DE VEÍCULOS NAS VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS – ZONA AZUL NO MUNICÍPIO DE MAUÁ, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DO EXECUTIVO – LEI QUE VERSA SOBRE TEMA DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA – TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL NO ÂMBITO DO C. STF – TEMA Nº 917 – ARE 878.911/RJ – VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES – MATÉRIA AFETA À RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO – INSTITUIÇÃO DE GARANTIA DE VAGA EM ESTACIONAMENTO ROTATIVO, ADEMAIS, QUE ABALA O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE EXPLORAÇÃO DO BEM PÚBLICO – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 47, INCISOS II E XIV, 117 E 144, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES – AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Ação de inconstitucionalidade voltada contra Lei nº 5.602, de 30 de junho de 2020, do Município de Mauá/SP, que *"garante a permanência de idosos e pessoas portadoras de deficiência em vagas comuns quando as vagas demarcadas estiverem ocupadas em estacionamentos de veículos nas vias e logradouros públicos – Zona Azul no Município de Mauá, e dá outras providências"*.

Em síntese, delineada ***causa petendi*** repousa na alegada ofensa ao princípio da independência dos poderes, fundamentada em vício de iniciativa do ato impugnado, que teve gênese no parlamento local. Aponta-se, também, abalo ao equilíbrio econômico-financeiro do respectivo contrato de concessão, a indevida instituição de obrigações ao Executivo, e a falta de indicação da fonte de custeio, violando, portanto, artigos 5º, 47, II, XI e XIV, 111, 117 e 144 da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

A liminar foi indeferida a fls. 27/28. Citado, o Procurador-Geral do Estado deixou transcorrer ***in albis*** o prazo para respectiva manifestação (fls. 50).

Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Mauá/SP (fls. 36/40), defendendo a higidez do ato normativo impugnado, notadamente porque editado à luz de interesse local. Discorreu sobre o trâmite do processo legislativo e sustentou inexistir reserva de iniciativa do Executivo para sua edição.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 53/60, opinou pela procedência do pedido.

É o Relatório.

Pretensão deduzida busca extirpar do ordenamento jurídico a Lei nº 5.602, de 30 de junho de 2020, do Município de Mauá/SP, que *"garante a permanência de idosos e pessoas portadoras de deficiência em vagas comuns quando as vagas demarcadas estiverem ocupadas em estacionamentos de veículos nas vias e logradouros públicos – Zona Azul no Município de Mauá, e dá outras providências"*, cujo teor é o seguinte (fls. 24, ***sic.***):

> *"**Art. 1º** – À Lei Nº 1.847 de 31 de Outubro de 1983, é acrescido o artigo 12 com a seguinte redação:*
>
> *'Art. 12. Caso as vagas demarcadas para idosos e pessoas portadoras de deficiência estejam ocupadas, os beneficiários poderão estacionar nas vagas comuns desde que atendido todos os requisitos acima'.*
>
> ***Art. 3º** – As despesas com a execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias.*
>
> ***Art. 4º** Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."*

A Constituição da República adotou, em seu artigo 61, sistema pluralístico de iniciativa legislativa (fase inicial do processo legislativo), conferindo esta prerrogativa, ordinariamente, a sujeitos diversos. Todavia, o § 1º do mesmo dispositivo excepciona a regra geral, dispondo sobre matérias específicas que estão sujeitas à iniciativa legislativa **privativa** do Chefe do Executivo, as quais devem ser interpretadas em caráter restrito por opção político-normativa.

Acesso ao Sumário

Tratando-se de norma vinculada ao princípio da simetria, seus preceitos devem ser observados nas respectivas Cartas dos Estados-Membros (art. 25 da Constituição da República), bem assim nas próprias Leis Orgânicas dos Municípios do Estado de São Paulo, à luz do que dispõe o art. 144 da Constituição Bandeirante:

> *"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."*

Verifica-se que o ato normativo impugnado tem gênese no Projeto de Lei nº 07/2020, do Município de Mauá/SP, de autoria do Vereador Vanderley Caval-

cante da Silva (fls. 19 e 24), sendo alvo de veto expresso pelo Prefeito local (fls. 20/22), ulteriormente rejeitado na Câmara Municipal (fls. 23).

Em matéria de iniciativa legislativa, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no *"Tema 917"* (ARE 878.911/RJ), sedimentou entendimento de que há vício de iniciativa de Lei, em decorrência de interferência entre Poderes, na hipótese de propositura por parlamentar local, quando a norma tratar (i) da estrutura ou atribuição de órgãos do Executivo, ou ainda, (ii) dispuser sobre o regime jurídico dos servidores públicos. Nesse sentido:

> *"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência.* ***Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos.*** *4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido."*
>
> **(STF. Tribunal Pleno. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911/RJ, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 29 de setembro de 2016, destacado).**

Ao pretender garantir a permanência de idosos e pessoas portadoras de deficiência em vagas comuns quando as vagas demarcadas estiverem ocupadas em estacionamentos de veículos nas vias e logradouros públicos ("Zona Azul") no Município de Mauá/SP, alterando legislação anterior (Lei Municipal nº 1.847, de 31 de outubro de 1983), houve evidente ingerência do Legislativo local em matéria de competência própria do Executivo, por ingressar em tema próprio de **organização administrativa**, adentrando seara atinente às realizações materiais inerentes à Administração, alterando a rotina e estrutura de unidades administrativas e utilização privativa de bens públicos municipais (estacionamento rotativo).

Logo, o ato impugnado resvala em prerrogativas próprias do Chefe do Executivo, notadamente previstas no artigo 47, incisos II (*"exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual"*) e XIV (*"praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo"*) c.c. artigo 144 da Constituição Estadual, abalando a independência e separação dos Poderes asseguradas no art. 5º da mesma Carta (*"São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"*).

Acesso ao Sumário

A esse respeito, objetivamente pontuou o parecer ministerial a fls. 53/60, ***verbis***:

"A regulamentação do estacionamento nas vias públicas é matéria que cabe ao Poder Executivo Municipal, através de seu órgão executivo de trânsito, nos termos do art. 24, I, II e III, do Código de Trânsito Brasileiro. Além disso, o uso privativo de bem público, com prerrogativa de exploração, como é o estacionamento rotativo, em vias e logradouros públicos, é típico ato de polícia administrativa, disciplinando a fruição desses bens. Em outras palavras, o estacionamento remunerado rotativo em vias e logradouros públicos reflete o exercício da gestão administrativo-patrimonial sobre a utilização privativa de bens públicos de uso comum do povo. E, sob este ângulo, denota-se a violação ao princípio da separação dos poderes pela usurpação da reserva da administração, perceptível dos incisos II e XIV do art. 47 c.c. o art. 5º, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144.

(...)

O diploma impugnado invadiu a esfera da gestão administrativa, que cabe ao Poder Executivo, pois envolve o planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo, no caso em análise representados pelo estabelecimento de regras referentes a estacionamento. A atuação legislativa em análise equivale à prática de ato de administração, de sorte a violar a garantia constitucional da separação dos poderes."

Constata-se, portanto, violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o ato normativo impugnado ingressa nas atribuições direcionadas ao Poder Executivo no exercício de direção da Administração Pública, conforme artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

No mais, pretensa instituição de garantia da permanência de idosos e pessoas portadoras de deficiência nas vagas de estacionamento rotativo daquela municipalidade, nas condições estipuladas, traria também inegáveis reflexos econômicos à concessionária responsável pela execução do serviço público, afetando o repasse contratual e interferindo no equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, a macular o artigo 117 da Constituição Estadual, especialmente quanto à obrigatoriedade da manutenção da proposta:

*"Artigo 117 – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."*

A propósito, já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal, ***mutatis mutandi***:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.304/02 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. EXCLUSÃO DAS MOTOCICLETAS

DA RELAÇÃO DE VEÍCULOS SUJEITOS AO PAGAMENTO DE PEDÁGIO. CONCESSÃO DE DESCONTO, AOS ESTUDANTES, DE CINQUENTA POR CENTO SOBRE O VALOR DO PEDÁGIO. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATROS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. AFRONTA. 1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente."

(STF – ADI 2733, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2005, DJ 03-02-2006 PP-00011 EMENT VOL-02219-02 PP-00280).

Referendando os vícios ora reconhecidos para edição de atos normativos de estrita similaridade, o posicionamento recente do C. Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 1.712, de 27-8-2019, do Município de Registro, de iniciativa parlamentar, que isenta idosos e pessoas com necessidades especiais do pagamento do valor de estacionamento rotativo – Disciplina do uso privativo de bem público de uso comum do povo – Usurpação de competência – Ocorrência. Projeto de lei. Sanção. A mera vontade do Prefeito Municipal não é juridicamente suficiente para convalidar defeitos provenientes do descumprimento da Constituição. Subsistência do vício. Estacionamento em vias públicas. Bem de uso comum do povo. Competência legislativa privativa do Chefe do Executivo para dispor sobre gestão administrativa. Vício de iniciativa. Matéria que se insere no âmbito da competência legislativa atribuída pela Constituição ao chefe do Poder Executivo Municipal. Violação aos arts. 5º, 47, II, XIV e XIX, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2169387-18.2019.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 27/11/2019; Data de Registro: 10/12/2019)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.405, de 12 de novembro de 2018, do Município de Mauá. Violação dos artigos 5º, caput e 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a', ambos da Constituição do Estado de São Paulo, aplicáveis aos municípios em decorrência do estabelecido no artigo 144 do mesmo diploma legal. Vício de iniciativa. Pedido procedente. No caso em testilha, restou demonstrada a violação do princípio constitucional da separação dos Poderes, bem como aos dis-

Acesso ao Sumário

positivos da Constituição do Estado de São Paulo, porquanto a matéria tratada na norma impugnada constitui reserva legal do Chefe do Poder Executivo já que dispõe acerca da instituição de hipóteses de isenção de pagamento devido pela utilização de vagas de 'Zona Azul', em benefício de pessoas idosas e deficientes físicos. Ação procedente."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2090396-28.2019.8.26.0000; Relator: Alex Zilenovski; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 21/08/2019; Data de Registro: 23/08/2019)

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 2.575, de 08 de agosto de 2017, do Município de Itapecerica da Serra. Legislação de iniciativa parlamentar, que institui gratuidade na utilização de estacionamento rotativo (zona azul) em favor de idosos e pessoas com deficiência. Preliminares levantadas pelo réu afastadas. Mérito. Matéria que dispõe sobre gestão pública, em ato de administração municipal, dispondo sobre utilização privativa de bem público e, portanto de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, nos termos da Constituição do Estado de São Paulo (artigos 5º, 47, II e XIV e 144). Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da norma." **(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2118483-28.2018.8.26.0000; Relatora: Cristina Zucchi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/11/2018; Data de Registro: 29/11/2018)**

Diante do exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.602, de 30 de junho de 2020, do Município de Mauá/SP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2251112-92.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor APEOESP – SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu 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 EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.925)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), 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 GO-

Acesso ao Sumário

DOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, RICARDO TUCUNDUVA, VIANNA COTRIM, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por entidade de classe em face de norma estadual que "Estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas e dá providências correlatas".

Carência de interesse jurídico, diante da ausência de pertinência temática, considerada a abrangência da norma e os objetivos institucionais do sindicato autor. Legitimidade ativa condicionada à demonstração de interesse. Ilegitimidade ativa *ad causam*.

Extinção da ação sem julgamento de mérito.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, ajuizada pelo Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo – APEOESP, impugnando a Lei Estadual nº 17.293, de 15 de outubro de 2020, que *"Estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas e dá providências correlatas"*. Inicialmente, o requerente destaca sua legitimidade para a propositura da presente ação, asseverando que a inconstitucionalidade arguida incide na vida de seus associados. No mérito, aponta vícios de constitucionalidade formais e materiais na legislação combatida. Argumenta que há vício de iniciativa, uma vez que, embora o original PL 529/2020 fosse de autoria do Governador, a presente norma surgiu com a aprovação de um Projeto de Lei Substitutivo Aglutinativo, apresentado por um conjunto de deputados. Aduz, ainda, que não foram apresentados estudos de impacto orçamentário, financeiro ou atuarial, o que violaria os princípios da publicidade, da transparência, da razoabilidade e do interesse público, o Decreto Estadual 51.704/2007 e a Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como o disposto no artigo 165, § 6º, da CF/88 e no artigo 113 do ADCT. Sustenta que alguns dispositivos legais (como a previsão de novos beneficiários do IAMSPE ou a previsão de renovação de perícia médica para fins de licença-saúde) poderão corresponder a um aumento de despesa obrigatória de caráter continuado (o que só seria demonstrado por meio de estudo de impacto financeiro) e isso está ve-

Acesso ao Sumário

dado pela LC 173/2020. Argumenta violação ao pacto federativo, pois a lei paulista estaria adentrando em seara reservada à União ao criar novas fases no processo licitatório da concorrência, ferindo o artigo 22 da CF/88. Aduz, também, que há violação ao princípio da vedação ao confisco, uma vez que a lei impôs aumento nas contribuições dos servidores ao IAMSPE sem demonstrar qualquer desequilíbrio nas contas. Afirma, ainda, violação aos princípios constitucionais que traduzem o bem-estar social, na medida em que a lei combatida extinguiu autarquias e fundações voltadas a tal finalidade. Suscita, por fim, violação ao processo legislativo, uma vez que foi admitida a tramitação de proposição manifestamente inconstitucional. Requer, assim, seja julgada procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada (fls. 01/44). Junta documentos à inicial (fls. 45/202).

A liminar pleiteada foi indeferida pela decisão de fls. 204/207.

As informações requisitadas foram prestadas pelo Presidente da ALESP (fls. 230/252 e documentos de fls. 253/3391) e pelo Governador do Estado (fls. 3703/3704).

Citada, a Procuradoria-Geral do Estado defendeu a constitucionalidade do ato normativo impugnado. Argumentou pela (i) inépcia da inicial, por invocar parâmetros de constitucionalidade juridicamente inadequados e fundamentação genérica; (ii) ilegitimidade ativa do requerente; (iii) inexistência de vício de iniciativa; (iv) regularidade do processo legislativo; (v) prescindibilidade dos estudos de impacto orçamentário e financeiro; (vi) não usurpação de competência legislativa da União; (vii) não violação dos princípios do não-confisco e do bem-estar social (fls. 3393/3439).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela extinção da ação sem julgamento de mérito, em razão da inépcia da inicial, da ilegitimidade ativa da requerente e do parâmetro de controle invocado. Caso enfrentado o mérito, opinou pela improcedência da ação direta (fls. 3711/3791).

2. **A ação deve ser extinta sem julgamento de mérito.**

Refletindo o disposto no artigo 103 da CF/88, dispõe a Constituição do Estado de São Paulo, ao elencar taxativamente os legitimados para a propositura de ações visando ao controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais:

"Artigo 90 – São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:

(...)

V – as ***entidades sindicais ou de classe****, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu* ***interesse jurídico*** *no caso;"*

Acesso ao Sumário

Vê-se que a entidade requerente detém o que se convencionou chamar de **legitimidade ativa especial**, condicionada à demonstração de pertinência temática, ou seja, de interesse jurídico atinente à impugnação da norma tida como inconstitucional – critério criado pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência e expressamente adotado pela Constituição Estadual no artigo acima mencionado.

Neste aspecto, para aclarar a conceituação de **interesse jurídico** no contexto do controle concentrado de constitucionalidade, importante a lição de **Luís Roberto Barroso**: *"Ao longo dos anos de vigência da nova Carta, e independentemente de qualquer norma expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: (i) os universais, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese;* ***e (ii) os especiais, que são os órgãos e entidades cuja atuação*** é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada. *(...) Os legitimados especiais compreendem o Governador de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa,* ***confederação sindical ou entidade de classe*** *de âmbito nacional. (...) Outra linha restritiva da legitimação das* ***entidades de classe*** *de âmbito nacional é a denominada* ***pertinência temática****.* ***A ideia, a rigor, mais se aproxima do conceito processual que identifica o interesse em agir:*** é preciso que haja uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ***ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente.*** *Vale dizer: a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida, ainda que só parte dela seja atingida."*[1]

Nossa Corte Suprema, aliás, fixou a observância de três requisitos para **delimitar a atuação das entidades de classe** no processo de fiscalização normativa abstrata, sintetizados na ementa de julgamento a seguir transcrita:

"AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGOS 3º E 7º, I, DA LEI FEDERAL 13.135/2015. NOVA SISTEMÁTICA DA PENSÃO POR MORTE DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. AÇÃO PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO QUE NÃO REPRESENTA A TOTALIDADE DA CATEGORIA EM ÂMBITO NACIONAL. REQUERENTE QUE NÃO SE INCLUI NO ROL TAXATIVO DE LEGITIMADOS À PROPOSITURA DAS AÇÕES DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AÇÃO NÃO CONHECIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a legitimidade ativa para provocar o controle normativo abstrato, refor-

Acesso ao Sumário

1 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Editora Saraiva. São Paulo, 2012. Pgs. 193-197.

*çando a jurisdição constitucional por meio da democratização das suas vias de acesso. **No caso de entidades de classe** de âmbito nacional, **a legitimidade deve observar três condicionantes procedimentais:** a) homogeneidade entre os membros integrantes da entidade (ADI 108-QI, rel. min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 5/6/1992; ADI 146, rel. min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 19/12/2002); b) representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros (ADI 386, rel. min. Sydney Sanches, Plenário, DJ de 28/6/1991; e ADI 1.486-MC, rel. min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 13/12/1996); e **c) pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade postulante e a norma objeto da impugnação** (ADI 1.873, rel. min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 19/9/2003). 2. A requerente, entidade associativa que representa os servidores ativos, inativos e pensionistas pertencentes aos quadros do Ministério da Previdência Social e do Instituto Nacional do Seguro Social, congrega apenas pequena parcela dos servidores públicos federais, não havendo se falar em representatividade de classe. 3. A requerente carece de representatividade adequada para impugnar os artigos 3º e 7º, I, da Lei federal 13.135/2015, que, por estabelecerem nova sistemática para a pensão por morte dos servidores públicos federais, não se restringem à esfera jurídica dos servidores da previdência social. 4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (ADI 5461 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, j. 23/08/2019, grifado).

3. Pois bem, no caso em apreço, da leitura da norma estadual impugnada, ainda que se vislumbre que algumas de suas disposições pudessem afetar a categoria profissional representada pelo sindicato autor, percebe-se que seu alcance é maior e vai muito além dos interesses da classe, abarcando uma série de **medidas voltadas ao reequilíbrio das contas públicas,** tais quais: a extinção de entidades descentralizadas, a alienação de bens públicos, a alteração das regras de isenção de IPVA para pessoas com deficiência, a concessão da exploração de serviços ou de uso de determinadas áreas, a transação de créditos pela PGE, etc.

Dessa forma, **inexiste pertinência temática** entre os objetivos da entidade autora (destacando-se, neste ponto, que o art. 2º de seu Estatuto dispõe que a APEOESP se propõe a *"organizar e representar os docentes e especialistas em educação das redes estadual e municipais do Estado de São Paulo e tem por finalidade: a) defender os interesses e direitos, individuais e coletivos da categoria profissional que representa, inclusive nas instâncias judiciais e administrativas competentes"*) e a norma impugnada (que estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas), **evidenciando-se a ausência do interesse jurídico exigido pela norma constitucional**.

Acesso ao Sumário

Mesmo em relação às matérias que mais se aproximariam dos interesses da classe docente – como as alterações ao Decreto-lei que disciplina o IAMSPE e a instituição do Programa de Demissão Incentivada –, percebe-se que o diplo-

ma normativo hostilizado não incide apenas sobre sua esfera jurídica, recaindo sobre todos os demais servidores públicos estaduais. Faltar-lhe-ia, portanto, representatividade de toda a categoria.

Assim, é de rigor o reconhecimento da ilegitimidade *ad causam* do sindicato.

4. Em consonância com o entendimento até aqui assinalado, já decidiu este Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 138, de 06 de novembro de 2017, do Município de Itapetininga, que modifica a base de cálculo da Taxa de Coleta de Lixo. Ação ajuizada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Itapetininga e Região. Ilegitimidade de parte, por falta de pertinência temática. Reconhecimento. Norma impugnada, no caso, que não dispõe sobre assunto relacionado aos objetivos institucionais (específicos) da entidade sindical. Ação Direta, ademais, que não se presta ao exame de circunstâncias fáticas (como aquela referente ao suposto erro na condução do processo legislativo) e muito menos de normas infraconstitucionais. Processo extinto, sem exame do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil." (Direta de Inconstitucionalidade 2046019-06.2018.8.26.0000; Rel. Des. FERREIRA RODRIGUES; j. 15/08/2018; grifado).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 9.665, de 15 de fevereiro de 2018, do Município de São José dos Campos. Ilegitimidade ativa do autor para ajuizamento de ação para controle concentrado de constitucionalidade. Inexistência do requisito 'pertinência temática'. Processo extinto, sem resolução do mérito, cessados os efeitos da concessão liminar." (Direta de Inconstitucionalidade 2035561-27.2018.8.26.0000; Rel. Des. BORELLI THOMAZ; j. 06/06/2018; grifado).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA PELO SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO (APEOESP) – ENTIDADE QUE CONGREGA MERA FRAÇÃO OU PARCELA DA CATEGORIA ATINGIDA PELA LEI QUESTIONADA – DIPLOMA NORMATIVO CUJA REPERCUSSÃO NÃO SE RESTRINGE À ESFERA JURÍDICA DOS ASSOCIADOS DA REQUERENTE – ILEGITIMIDADE AD CAUSAM ATIVA – RECONHECIMENTO – PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC". "Sindicato que congrega mera fração ou parcela de categoria profissional não ostenta legitimidade ativa para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade que atinge o interesse de outras classes não representadas pela entidade requerente." (Direta de Inconstitucionalidade 2164077-94.2020.8.26.0000; Rel. Des. RENATO SARTORELLI; j. 05/08/2020; grifado).

5. Ante o exposto, **extingue-se a presente ação sem julgamento de mé-**

Acesso ao Sumário

rito, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2304753-92.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PEDRO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº ADI-0083/21)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. São Pedro. LCM nº 171 de 4-10-2019, art. 3º. Revogação da LCM nº 170/19. Promulgação da lei com redação diversa da aprovada pela Câmara Municipal. Vício formal. Violação aos art. 28 da Constituição do Estado. – A Constituição do Estado prevê que "aprovado o projeto de lei, na forma regimental, será ele enviado ao Governador que, aquiescendo, o sancionará e promulgará", o que deve ser observado pelos municípios, por força do art. 144. No caso, é incontroverso que o texto do art. 3º do PLCM nº 15/19 aprovado pela Câmara Municipal não é o mesmo do Autógrafo nº 90/2019 encaminhado ao Prefei-

Acesso ao Sumário

to Municipal. O acréscimo feito, especificando quais os dispositivos revogados, não altera o projeto de lei aprovado; mas envolve alteração vedada pelo art. 28 da Constituição Estadual e não sobrevive. – Ação procedente em parte.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça em face do Prefeito Municipal e do Presidente da Câmara Municipal de São Pedro, tendo por objeto o art. 3º da LCM nº 171 de 4-10-2019. O autor alega que o referido dispositivo foi sancionado e promulgado com redação diversa daquela aprovada pela Câmara Municipal, em afronta ao processo legislativo. Pede a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º da LCM nº 171 de 4-10-2019.

Não havendo pedido liminar, apenas determinei o processamento da ação (fls. 65).

O Prefeito do Município de São Pedro prestou informações (fls. 69/73); sustenta que o PLCM nº 15/19, de iniciativa da Câmara Municipal, foi aprovado pelo Prefeito em exercício, inexistindo ofensa aos art. 28 e 144 da Constituição do Estado; o Poder Legislativo pode dispor sobre sanções relativas ao poder de polícia sanitária, por se tratar de iniciativa concorrente e não reservada ao Chefe do Executivo; conforme cópia integral do Autógrafo nº 90/19 em anexo, encaminhada pela Câmara Municipal de São Pedro ao Chefe do Poder Executivo em 4-10-2019, a LCM nº 171/19 consta com idêntica redação que fora dada ao PLCM nº 15/19.

O Presidente da Câmara Municipal de São Pedro prestou informações (fls. 89/90); diz que o ex-Presidente da Câmara Municipal de São Pedro, Sr. Cássio Hellmeister Capellari, signatário do Autógrafo nº 90/2019, manifestou-se pessoalmente sobre a questão central da presente ação no Processo – SEI/MP nº 29.0001.002443.2020-35, aduzindo que "na intenção de corrigir erro formal, foi elaborado novo autógrafo idêntico ao anterior, porém constando claramente no artigo 3º, quais eram as disposições que estavam sendo revogadas da Lei Complementar nº 78/2012", sendo corrigido o equívoco de forma administrativa, através de certidão emitida pelo Presidente da Câmara e 2º Secretário; a propositura tramitou mediante processo legislativo regular, tendo sido legitimamente aprovada pelo Colegiado da Câmara Municipal.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 117/120).

É o relatório.

2. A Câmara Municipal de São Pedro aprovou em 3-10-2019 o Projeto

Acesso ao Sumário

de Lei Municipal Complementar nº 015/2019, em única votação e discussão, por oito votos a favor, duas abstenções e três ausências (fls. 28, 32/34), com a seguinte redação:

> **Art. 1º.** Fica revogada, em seu inteiro teor, a Lei Complementar nº 170, de 05 de setembro de 2019, que altera o artigo 102 do Código de Postura do Município – LC 78/12, para regulamentar a distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer outro tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias em ruas, praças, logradouros e demais locais públicos do Município de São Pedro.
>
> **Art. 2º.** As despesas decorrentes da execução da presente lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias.
>
> **Art. 3º.** Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Em 4-10-2019 o Presidente da Câmara Municipal expediu o Autógrafo nº 90/2019 com a redação supramencionada (fls. 16); no entanto, na mesma data encaminhou ao Prefeito Municipal um autógrafo com alteração no art. 3º, com a seguinte redação (fls. 29/30)

> **Art. 3º.** Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário em específico os § 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, do art. 102 da Lei Complementar n. 78/2012.

A lei complementar foi sancionada e promulgada pelo Prefeito Municipal sob o nº 171 de 4-10-2019. Em razão disso, a Procuradoria-Geral de Justiça ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade, suscitando violação ao art. 28 da Constituição do Estado de São Paulo (fls. 1/8).

3. Processo legislativo. Vício. **A Constituição do Estado prevê que** "aprovado o projeto de lei, na forma regimental, será ele enviado ao Governador que, aquiescendo, o sancionará e promulgará" (**art. 28**), o que deve ser observado pelos municípios, por força do art. 144.

No caso, o encaminhamento do Autógrafo nº 90/2019 ao Prefeito Municipal, com alteração na redação do art. 3º do projeto aprovado, é admitido pelo signatário e ex-Presidente da Câmara Municipal de São Pedro, Cássio Hellmeister Capellari, segundo o qual: "quando da confecção do Autógrafo da Lei que dispõe sobre a revogação da Lei Complementar Municipal nº 170, de 05 de setembro de 2019, por um equívoco não constou do artigo 3º, quais as disposições em específicas que estavam sendo revogadas. Todavia na intenção de corrigir erro formal, foi elaborado no autógrafo idêntico ao anterior, porém constando claramente no artigo 3º, quais eram as disposições que estavam sendo revogadas" (fls. 62).

Acesso ao Sumário

4. É incontroverso que o texto do art. 3º do PLCM nº 15/19 aprovado pela Câmara Municipal foi alterado no Autógrafo nº 90/2019 encaminhado ao Prefeito Municipal. Os réus alegam que a alteração foi feita para a correção de

mero erro formal, sem qualquer prejuízo ao processo legislativo. Com alguma razão, pois a LCM nº 170 de 5-9-2019 alterou os §§ 1º a 6º do art. 102 da LCM nº 78/2012, o Código de Posturas, para regulamentar a distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer outro tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias em ruas, praças, logradouros e demais locais públicos do Município de São Pedro (fls. 13/14); e a LCM nº 171/19, ao prever a revogação integral da LCM nº 170/19, não precisaria ter especificado quais os artigos.

Mas nem por isso o acréscimo pode ser admitido. Como anotado pelo Des. Ricardo Anafe na discussão do caso e no voto convergente que acompanha o acórdão, o acréscimo feito ao texto aprovado pelos vereadores configura vício formal ou material que fulmina o ato contestado e ofende o art. 28 da Constituição Estadual, segundo o qual o projeto de lei aprovado será enviado ao Governador, no caso ao Prefeito. A alteração implica em inconstitucionalidade formal do acréscimo inserido na LCM nº 171/19 de São Pedro.

O voto é pela procedência em parte da ação para reconhecer a inconstitucionalidade formal da expressão "em específico os § 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, do art. 102 da Lei Complementar nº 78/2012" na parte final do artigo 3º da Lei Complementar nº 171, de 04 de outubro de 2019, do Município de São Pedro, por violação aos artigos 28 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 3º da Lei Complementar nº 171, de 04 de outubro de 2019, do Município de São Pedro, que "dispõe sobre a revogação da Lei Municipal Complementar nº 170, de 05 de setembro de 2019" – Processo legislativo – Autógrafo enviado ao Poder Executivo com conteúdo diverso do projeto de lei que havia sido aprovado – O encaminhamento de autógrafo para sanção ou veto do Chefe do Poder Executivo com redação diferente daquela aprovada no projeto de lei pela Câmara Municipal no procedimento legislativo relativo a leis complementares afronta o artigo 28 da Constituição do Estado, que estabelece como etapa obrigatória do procedimento legislativo o envio do projeto de lei para anuência ou veto do Chefe do Poder Executivo, conforme devidamente aprovado na Casa Legislativa – Violação dos artigos 28 e 144 da Carta Bandeirante – Inconstitucionalidade da expres-

Acesso ao Sumário

são "em específico os § 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 102 da Lei Complementar nº 78/2012" (art. 3º).

Pedido parcialmente procedente.

(Voto nº 31.619)

1. *Ex ante*, cumpre destacar a adoção do relatório elaborado, bem como a excelência do voto do eminente Relator Desembargador Torres de Carvalho, mas por convencimento, ouso divergir como segue.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei Complementar nº 171, de 04 de outubro de 2019, do Município de São Pedro, sob a alegação de ofensa aos artigos 28 e 144 da Constituição Estadual.

A lei impugnada possui a seguinte redação:

"Art. 1º. Fica revogada, em seu inteiro teor, a Lei Complementar nº 170, de 05 de setembro de 2019, que altera o artigo 102 do Código de Postura do Município – LC 78/12, para regulamentar a distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer outro tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias em ruas, praças, logradouros e demais locais públicos do Município de São Pedro.

Art. 2º. As despesas decorrentes da execução da presente lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias.

Art. 3º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário em específico os § 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, do art. 102 da Lei Complementar n. 78/2012." (g.n.)

No entanto, de acordo com a íntegra do processo legislativo que consta dos autos, o autógrafo aprovado pela Câmara Municipal possuía redação diversa, confira-se:

"Art. 1º. Fica revogada, em seu inteiro teor, a Lei Complementar nº 170, de 05 de setembro de 2019, que altera o artigo 102 do Código de Postura do Município – LC 78/12, para regulamentar a distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer outro tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias em ruas, praças, logradouros e demais locais públicos do Município de São Pedro.

Art. 2º. As despesas decorrentes da execução da presente lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias.

Art. 3º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

Cumpre ressaltar que uma vez constatada a ocorrência de vício formal

Acesso ao Sumário

e/ou material suficiente a fulminar o ato normativo contestado, deve, necessariamente, ser reconhecida a sua inconstitucionalidade, independentemente da ocorrência ou não de prejuízo às partes. Isso porque, o controle concentrado de constitucionalidade tem como finalidade primordial a retirada do sistema jurídico vigente lei ou ato normativo incompatível à ordem constitucional.

Da leitura das normas impugnadas, verifica-se a existência de vício de inconstitucionalidade formal, à luz do princípio da separação e independência dos Poderes.

Segundo o princípio tradicional de balança de *poderes* e *contrapesos constitucionais*, cada um dos Poderes serve de limitação do arbítrio dos outros simplesmente por exercer sua ação constitucional dentro dos limites intransponíveis de sua *própria competência* (Eusébio de Queiroz Lima, *in* Teoria do Estado, p. 307). E, na prática de atos, **"se houver exorbitância de qualquer dos Poderes surge a** ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando a cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência" (Dalmo Dallari, *in* ob. cit., p. 193).

Dessa forma, a legitimidade de conformação dada ao Poder Legislativo está cingida pela reserva de atribuições e competências próprias de cada Poder calcadas na Constituição Federal, que, por ser dotada de soberania, cabe definir, de modo peculiar, no Estado Brasileiro, o delineamento da divisão dos poderes (funções) e suas interações (independência e harmonia). A Carta da República positivou o princípio da separação dos Poderes em seu artigo 2º, conferindo-lhe contornos próprios, a ser seguido por todos os Estados da Federação (*v.g.* artigo 5º, da Constituição Bandeirante).

Pois bem.

Consoante estabelece o artigo 28 da Constituição do Estado, aprovado o projeto de lei, na forma regimental, será ele enviado ao Governador que, aquiescendo, o sancionará e promulgará. *In casu*, o autógrafo enviado para sanção do Chefe do Poder Executivo possuía (em relação ao artigo 3º) redação diversa daquele aprovada pela Câmara Municipal, a ensejar a inconstitucionalidade formal do aludido dispositivo da Lei Complementar Municipal nº 171, de 04 de outubro de 2019, do Município de São Pedro.

Desse modo, como bem aduziu o d. Subprocurador-Geral de Justiça no parecer de fl. 117/120, **"se era necessária alguma alteração na redação original do projeto de lei, que anteriormente havia sido aprovado, tal modificação tinha de ser necessariamente submetida ao plenário e não poderia ser promovida como foi"**, razão pela qual afigura-se formalmente inconstitucional a expressão "em específico os § 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, do art. 102 da Lei Complementar nº 78/2012" constante do artigo 3º, *in fine*, da Lei Complementar nº 171, de 04 de outubro de 2019, do Município de São Pedro.

Acesso ao Sumário

Por epítome, conclui-se da inconstitucionalidade formal da expressão **"em específico os § 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, do art. 102 da Lei Complementar nº 78/2012"** na parte final do artigo 3º da Lei Complementar nº 171, de 04 de outubro de 2019, do Município de São Pedro, por violação aos artigos 28 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo parcialmente procedente o pedido, nos termos suso alinhavados.

RICARDO ANAFE, Desembargador Corregedor Geral da Justiça

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2300737-95.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LORENA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LORENA.

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 33.211)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, 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 MELLO, VIANNA COTRIM, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 28 de julho de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 3897, de 07 de dezembro de 2020, do Município de Lorena, o qual estabelece que os eventos relacionados ao "Projeto Aviva Lorena", de cunho religioso, poderão ser subsidiados e auxiliados pela administração local.

Acesso ao Sumário

Violação ao princípio da laicidade. Ocorrência. Poder Público que deve ficar à margem das confissões religiosas, descabendo à lei estabelecer a intervenção do Executivo através de subsídios à realização do evento, consoante previsto no artigo 19, inciso I, da Carta Magna, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição Estadual. Evidenciada invasão, por outro lado, na esfera de gestão administrativa do alcaide, que contraria os artigos 5º e 47, inciso XIV da Carta Paulista.

AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE proposta pelo Prefeito do Município de Lorena contra o parágrafo único do artigo 3º da Lei Municipal nº 3897, de 07 de dezembro de 2020, o qual estabelece que os eventos relacionados ao "Projeto Aviva Lorena", poderão ser subsidiados e auxiliados pela administração local.

Alega o autor que a Lei nº 3897/2020, ao instituir durante a Semana Municipal dos Evangélicos o "Projeto Aviva Lorena", com palestras, seminários, peças teatrais e cultos, entre outras atividades promovidas pela comunidade evangélica, estabeleceu no parágrafo único do artigo 3º que tais eventos poderão ser subsidiados e auxiliados pela administração, a critério desta; diante disto, entende que o dispositivo impugnado ofende os princípios da laicidade do Estado e da impessoalidade, contrariando o artigo 19, inciso I, da Carta Magna e os artigos 111 e 144 da Constituição Estadual, pois permite à administração municipal subvencionar determinado segmento religioso, privilegiando-o em relação aos demais, o que é inconstitucional, conforme precedentes desta Egrégia Corte (fls. 01/08, com documentos de fls. 09/51).

Processada a ação (fls. 53), prestou informações o Presidente da Câmara Municipal de Lorena, batendo-se pela constitucionalidade do dispositivo atacado, haja vista a finalidade da norma de integração entre diferentes comunidades, inexistindo aumento de despesa à administração, que pode se utilizar de recursos já existentes para a realização dos eventos em questão (fls. 61/66).

Ausência de manifestação do Procurador Geral do Estado de São Paulo (certidão de fls. 68).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do pedido (fls. 71/74).

É o relatório.

A ação é procedente.

Acesso ao Sumário

O parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 3897, de 07 de dezembro de 2020, do Município de Lorena possui o seguinte texto:

> "LEI N° 3.897, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2020
>
> Institui o Projeto Aviva Lorena que comemora a Semana Municipal dos Evangélicos no Município de Lorena.
>
> Mauro Gonçalves Fradique de Oliveira, Presidente da Câmara Municipal de Lorena, no uso de suas atribuições legais, nos termos do art. 43, § 6°, da Lei Orgânica do Município e do art. 237 do Regimento Interno, faz saber que a Câmara Municipal de Lorena, aprovou e eu promulgo a seguinte Lei:
>
> (...)
>
> Art. 3° Durante a semana de comemoração do 'Projeto Aviva Lorena', inserida junto Semana Municipal dos Evangélicos serão promovidos eventos pela comunidade evangélica, tais como: ações sociais, peças teatrais, exposições, simpósios, palestras, seminários, cruzadas evangelísticas, cultos religiosos e outros acontecimentos semelhantes.
>
> **Paragrafo único. A critério da Administração Pública Municipal, as atividades descritas no caput deste artigo poderão ser subsidiadas e auxiliadas por ela."** (grifo meu).

No que tange ao argumento de violação ao princípio da laicidade, insculpido no artigo 19, inciso I, da Constituição da República, de observância dos Municípios por força do artigo 144 da Carta Paulista, cabe estabelecer que citado dispositivo constitucional contém vedação à União, Estados e Municípios de *"estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público"*.

A respeito do tema, observo primeiramente que este Colendo Órgão Especial já decidiu, reiteradas vezes, que a criação de datas comemorativas é matéria abrangida pela competência legislativa da Câmara dos Vereadores, consoante se pode verificar dos seguintes julgados: ADI nº 2241247-21.2015.8.26.0000, Relator Desembargador MÁRCIO BARTOLI, j. em 2/3/2016 , ADI nº 2259356-49.2016.8.26.0000, Relator Desembargador ARANTES TEODORO, j. em 10/05/2017, ADI nº 2158135-23.2016.8.26.0000, Relator Desembargador TRISTÃO RIBEIRO, j. em 28/06/2018, entre outros; isso porque, consoante se deixou assente no julgado de Relatoria do eminente Desembargador MÁRCIO BARTOLI, *"A simples introdução da mencionada data no calendário municipal não representa infringência ao artigo 144 da Constituição Estadual c.c. artigo 19, I , da Constituição Federal, pois não impõe qualquer aliança oficial entre o ente federativo e uma ordem religiosa específica ou seu representante. A inovação legislativa poderá servir de amparo para que cidadãos ou entidades*

Acesso ao Sumário

privadas comemorem a data inserida no calendário municipal, sem que haja desrespeito, nesse ponto, aos parâmetros constitucionais".

No caso presente, entretanto, a norma impugnada extrapola a simples criação do evento comemorativo "Projeto Aviva Lorena" e sua inclusão no calendário oficial do Município, estabelecendo o compromisso da administração em subsidiá-lo e auxiliá-lo – seja financeiramente ou através da cessão de espaço e material de apoio, entre outros tipos de colaboração possíveis (a exemplo do sugerido nas informações de fls. 61/66) –, de tal sorte a apartar-se da regra constitucional de que o Estado deve se manter à margem das confissões religiosas, em razão do princípio da laicidade do Estado e também da isonomia e impessoalidade, de que tratam o artigo 111 da Constituição Bandeirante.

Ademais, ao assim dispor, observa-se também que o parágrafo único do artigo 3º da Lei Municipal nº 3897/2020 cria obrigações para o Poder Executivo, interferindo na prática de atos de gestão administrativa, em evidente afronta ao artigo 47, inciso XIV, da Constituição do Estado de São Paulo e também ao consectário da separação dos poderes, insculpido no artigo 5º da citada Carta, não sendo cabível o argumento de que referida norma apenas faculta a atuação da administração, a critério desta, tendo em vista que, consoante bem apontado no r. parecer ministerial, *"essa natureza não desabona a conclusão de inconstitucionalidade. As leis que autorizam o Poder Executivo a agir em matérias de sua iniciativa privativa implicam determinações e são, portanto, inconstitucionais"* (fls. 73/74).

Esta é a lição sempre precisa de HELY LOPES MEIRELLES, *in verbis*:

> *"Lei de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito. As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal. São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito, como chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; o regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual e os créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental (...)"*[1].

Por fim, consoante precedente de minha relatoria, julgado em votação unânime pelo Colendo Órgão Especial na sessão de 22 de julho de 2020:

1 *in* Direito Municipal Brasileiro, 15ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 617.

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arts. 2º e 3º da Lei nº 2103, de 16 de abril de 2010, do Município de Louveira, relacionada a realização de evento religioso denominado '24 horas de Louvor. Apontada afronta à iniciativa exclusiva do Executivo prevista no artigo 24, § 2º, 2, da Constituição Estadual. Inocorrência. Dispositivo citado que contém elenco 'numerus clausus" da matéria, não comportando ampliação. Violação ao princípio da laicidade. Ocorrência. Norma que ao dispor sobre atos do Executivo para sua consecução, demonstra aliança com o Poder Público que deve ficar à margem das confissões religiosas, consoante previsto no art. 19, I, da Carta da República, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual. Evidenciada invasão, por outro lado, na esfera de gestão administrativa do Chefe do Executivo que contraria o art. 47, XIV e o art. 5º da Carta Paulista. AÇÃO PROCEDENTE." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2006111-68.2020.8.26.0000)

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 3897, de 07 de dezembro de 2020, do Município de Lorena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2125962-04.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA ISABEL e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA ISABEL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.318)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), TORRES DE CARVALHO, CAMPOS MELLO, FIGUEIREDO GONÇALVES, EUVALDO CHAIB, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, 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 e MOREIRA VIEGAS.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de agosto de 2021.
COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Santa Isabel. Lei n. 2000, de 30.7.1997, impugnação dirigida contra o art. 33 e seus anexos I, III, IV e VII. Texto legal que não define atribuições para os cargos e funções ali tratados, porém, remete a decreto autônomo a ser exarado pelo Prefeito. Inconstitucionalidade verificada. Precedentes do Órgão Especial. Violação dos arts. 1, 18, 29 e 31 da CF e 5º caput, §§ 1º e 2º; 24, § 2º, n. 1; 111 e 115, II e V da Const. Estadual. Com modulação de 120 dias.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Procurador-Geral de Justiça em face do disposto no art. 33, bem como dos anexos I, III, IV e VII, todos da lei n. 2.000, de 30.7.1997, do Município de Santa Isabel, que dispõem sobre plano de carreiras, vencimentos e salários do funcionalismo local. É certo que o sobredito art. 33 e os anexos referidos não expressam quais, afinal, são as atividades individualizadas de cada cargo ou função, remetendo o preenchimento da lacuna a um decreto do Prefeito, que deve ter sido exarado em até 30 dias da publicação do texto-mãe (fl. 2).

Consoante expresso a fls. 12 e 13, *"A criação de cargos e funções de confiança não pode ser desarrazoada, artificial, abusiva ou desproporcional, devendo, estas últimas, nos termos do art. 37, II e V, da Constituição Federal de 1988, e do art. 115, II e V, da Constituição Estadual, ater-se às atribuições de assessoramento, chefia e direção para as quais se empenhe relação de confiança, sendo vedada para o exercício de funções técnicas, burocráticas, ordinárias ou profissionais, às quais é reservado o provimento efetivo precedido de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como apanágio dos princípios de moralidade, impessoalidade e eficiência"*.

Ademais, prosseguiu o autor, *"O princípio da legalidade impõe lei em sentido formal para disciplina das atribuições de qualquer função pública lato sensu (cargo ou empregos públicos). Embora distintos seus regimes jurídicos, cargo e emprego significam o lugar e o conjunto de atribuições e responsabilidades determinadas na estrutura organizacional, com denominação própria, criado por lei, sujeito à remuneração e à subordinação hierárquica, provido por uma pessoa, na forma da lei, para o exercício de uma específica função permanente conferida a um servidor"*.

Em suma, aqui a *vexata quaestio* exposta pelo autor acha-se relacionada à criação de cargos ou empregos públicos no tocante à *"a necessidade de a lei específica – no sentido de reserva legal ou de lei em sentido formal, ou, ainda, de princípio da legalidade absoluta ou restrita, como ato normativo produzido no Poder Legislativo mediante o competente e respectivo processo – descrever as correlatas atribuições"* (*verbis*).

E encerra articulando a fls. 14/15 que *"(...) A possibilidade de regulamento autônomo para disciplina da organização administrativa não significa a outorga de competência para o Chefe do Poder Executivo fixar atribuições de cargo público e dispor sobre seus requisitos de habilitação e forma de provimento. A alegação cede à vista do art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal, e do art. 24, § 2º, 1, da Constituição Estadual que, em coro, exigem lei em sentido formal. Regulamento administrativo (ou de organização) contém normas sobre a organização administrativa, isto é, a disciplina do modo de prestação do serviço e das relações intercorrentes entre órgãos, entidades e agentes, e de seu funcionamento, sendo-lhe vedado criar cargos públicos, somente extingui-los desde que vagos (arts. 48, X, 61, § 1º, II, a, 84, VI, b, Constituição Federal; art. 47, XIX, a, Constituição Estadual) ou para os fins de contenção de despesas (art. 169, § 4º, Constituição Federal)"* (*verbis*).

Nos autos encontramos as informações da Prefeita e do Presidente da Câmara Municipal (fls. 213/214 e 289/291) e uma vez citada, a d. Procuradoria-Geral do Estado permaneceu silente (fl. 316). E, por fim, a Subprocuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência (fls. 319/324).

É o relatório.

Voto n. 52.318

Como já dito, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade disparada pelo Procurador Geral de Justiça do Est. de S. Paulo contra o art. 33 da lei de Santa Isabel, n. 2.000, de 30.7.1997, mais os seus anexos I, III, IV e VII, todos eles reproduzidos nos autos a fls. 2/10, textos não impugnados pela Prefeita nem pelo Presidente da Câmara Municipal, confira-se em seus qualificados pronunciamentos nos autos.

A propósito, transcrevo a seguir o disposto no art. 33, cerne do problema, *verbis*: *"Art. 33 – As descrições das atribuições dos cargos, empregos permanentes e funções de confiança e as gratificações de que trata o Capítulo VII serão regulamentados por decreto, no prazo de trinta dias contados da data da publicação desta Lei"*.

Observo que, especificamente a respeito do ponto, a Prefeita a fl. 291 literalmente aduziu que *"(...) os cargos e funções jazem descritos nos anexos da lei, a qual deixa para decreto apenas a respectiva regulamentação"* (*verbis*). E do mesmo modo a Edilidade assim indicou a fl. 215: *"a Lei vergastada criou*

o cargo, definiu sua quantidade e sua respectiva remuneração, tendo deixado para o respectivo decreto regulamentador, tão somente, a descrição das atribuições de cada um deles" (*verbis*).

De sorte que, nos termos do acima transcrito, a materialidade da infração constitucional remanesceu incontroversa.

Igualmente não nos passou despercebido que a Prefeita, em suas informações, deu conta de que está sensível ao problema e até constituiu comissão para redação de um novo texto, bem como noticiou a promoção de outra ação direta de inconstitucionalidade, **já julgada por este colendo Órgão Especial, e que levou o n. 0000315-38.2017.8.26.0000**. Todavia, sobredita *direta de inconstitucionalidade* **passou ao largo dos ora controvertidos anexos I, III, IV e VII da lei 2.000/97, bem como sequer tangenciou seu art. 33**, estes sim objetos da presente demanda. Ali, na ação precedente, somente foram afirmados inconstitucionais os seus arts. 2º, 4º, 5º, 8 a 12, 14 a 19, 21 e 23. **Portanto, não se há falar em repercussões daquela demanda nestes autos.**

Há cargos, empregos permanentes e funções de confiança regulados nos anexos em discussão, porém, apenas com designação, referência e carga horária anotadas no respectivo anexo, sem nenhuma descrição das atribuições, que, como visto, ficaram para o Prefeito regular sozinho em sede de decreto. Ou seja, os postos foram criados sem delineamento das suas respectivas atribuições.

Isso não é possível fazer e o assunto tratado na exordial nada tem de inédito. A censura a esse modo de proceder remonta a pronunciamentos do Excelso Pretório, oportuno transcrever ementa esclarecedora de julgado da lavra da Ministra CÁRMEN LÚCIA, relatora na ADI 4.125 – Plenário, em 15.2.2011, e repetida no voto do Ministro LUIZ FUX, no RE 806436 AgR/SP, desta feita em 2.9.2014:

> *"(...) A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes. 7.* ***A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre 'as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado', é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei (...)"*** (*verbis*).

A orientação vem reverberando e ainda semanas atrás este mesmo colendo Órgão Especial, na sessão de 16.6.2021, em voto do e. Des. CARLOS BUENO, acolheu a mesma tese ministerial e assim decidiu a ação direta de inconstitucionalidade n. 2009369-52.2021.8.26.0000, lição que aqui também vem muito bem a calhar:

Acesso ao Sumário

"(...) Em simetria com a Constituição Federal art. 37, II e V, e art. 61, § 1º, II, 'a' e 'e', – a Constituição Estadual estabeleceu que a criação de cargo público na estrutura da administração direta e a criação de Secretarias e de órgãos públicos ***dependem de lei formal de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.***

A exigência de lei em sentido formal também se aplica à descrição das atribuições do cargo*, pois se a caracterização de determinado cargo dá-se pelas atribuições que lhes são conferidas, permitir ao Prefeito Municipal editar decreto (...) para instituir as atribuições de cargos comissionados, viola o princípio da reserva legal, porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei, atribuição essa do Poder Legislativo que não pode ser delegada ao Poder Executivo (...)".*

Em suma, por ausência de lei formal descrevendo suas atribuições, o que é absolutamente incontroverso nestes autos, os mencionados cargos padecem de inconstitucionalidade. Sem as respectivas descrições das atividades no corpo legal não é possível aferir se há elementos a justificar o provimento de cada um deles. A descrição precisa das atribuições é imprescindível para se verificar se realmente se adequam às nominações correspondentes, e, quando o caso, inclusive para conferir correspondência ao ditado no tema 1010 da colenda Suprema Corte.

Oportuno deixar à mostra que a mesma orientação foi repetida noutras oportunidades, por exemplo, quando do julgamento, em 9.6.2021, mais uma vez pelo Órgão Especial, da Direta de Inconstitucionalidade n. 2239031-14.2020.8.26.0000, rel. o e. Des. XAVIER DE AQUINO, a ele fazendo coro o mesmo resultado na Direta de Inconstitucionalidade n. 2072028-34.2020.8.26.0000, rel. o e. Des. TORRES DE CARVALHO, na sessão de 26.5.2021.

E há mais, porque também a doutrina perfilha o mesmo entendimento, oportuno repercutir excerto de lição de CARVALHO FILHO, encontrável no seu "Manual de Direito Administrativo" (São Paulo, Atlas, 27ª edição, 2014, p. 616):

"(...) O cargo, ao ser criado, já pressupõe as funções que lhe são atribuídas. Não pode ser instituído cargo com funções aleatórias ou indefinidas: é a prévia indicação das funções que confere garantia ao servidor e ao Poder Público".

Sem olvidar que, assim agindo, a legislatura transmitiu a outro poder de Estado o que lhe era dever e municiou o Chefe da Administração com possibilidades extralegais, como modificar as atribuições ao seu bel prazer, ou às intercorrências da política ao longo do tempo, o que não responde aos superiores interesses da administração (art. 5º e seus §§ 1º e 2º da Const. Estadual). É ex-

Acesso ao Sumário

pressamente defeso a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

Especialmente em relação aos cargos em comissão (ou, na hipótese, *funções de confiança*), por ocasião do julgamento em Repercussão Geral do *leading case* que deu ensejo à edição do Tema 1010 (RE 1041210, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, j. em 28/09/2018), novamente a Corte Suprema deixou assente que *"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; e d)* ***as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir****"*.

Noutras palavras, como já aqui repetidamente expresso, se a lei não preencheu aqueles requisitos, a procedência desta ação é sim de rigor, para o que ainda se mostrou oportuno transcrever o quanto posto a fl. 323 no r. parecer do d. Subprocurador-Geral de Justiça:

> *"(...) Nem se alegue – como previsto no art. 33 da Lei 2.000/97 – que ao Chefe do Poder Executivo remanesceria competência para descrição das atribuições do cargo público, sob pena de convalidar a invasão de matéria sujeita exclusivamente à reserva legal. A possibilidade de regulamento autônomo para disciplina da organização administrativa não significa a outorga de competência para o Chefe do Poder Executivo fixar atribuições de cargo público e dispor sobre seus requisitos de habilitação e forma de provimento. A alegação cede à vista do art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal, e do art. 24, § 2º, 1, da Constituição Estadual que, em coro, exigem lei em sentido formal. Regulamento administrativo (ou de organização) contém normas sobre a organização administrativa, isto é, a disciplina do modo de prestação do serviço e das relações intercorrentes entre órgãos, entidades e agentes, e de seu funcionamento, sendo-lhe vedado criar cargos públicos, somente extingui-los desde que vagos (arts. 48, X, 61, § 1º, II, a, 84, VI, b, Constituição Federal; art. 47, XIX, a, Constituição Estadual) ou para os fins de contenção de despesas (art. 169, § 4º, Constituição Federal)"* (*verbis*).

Finalmente, tendo em vista a segurança jurídica e o excepcional interesse social presente no caso, necessária a ***modulação*** de efeitos desta declaração e nessa quadra, **em apreço à isonomia de tratamento e congruência de entendimentos**, predico aqui a repetição pura e simples do quando deliberado na sessão de 16.6.2021, voto do e. Des. CARLOS BUENO, mais uma vez por ocasião do julgamento da Direta de Inconstitucionalidade n. 2009369-52.2021.8.26.0000.

Acesso ao Sumário

A respeito da modulação de efeitos nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei que cria cargos em desconformidade com o art. 115, II e V, da Constituição de nosso Estado, o Órgão Especial, por assim entender razoável, convencionou fixar o prazo de 120 dias, a contar da data do julgamento da ação, para que o ente público responsável tome as providências necessárias para adequação ao julgado (ADI n. 2142150-77.2017.8.26.0000, Rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. em 4-4-2018; ADI n. 2230814-84.2017.8.26.0000, Rel. Des. ANTONIO CARLOS MALHEIROS, j. em 21-3-2018; ADI n. 2192307-54.2017.8.26.0000, Rel. Des. MÁRCIO BARTOLI, j. em 14-3-2018; ADI nº 2217582-05.2017.8.26.0000, Rel. Des. ÁLVARO PASSOS, j. em 7-3-2018).

O prazo é fixado para que o Poder Público adeque a estrutura administrativa ao julgado, enquanto ainda vigem os dispositivos impugnados e declarados inconstitucionais, e não para que se pratique validamente ato processual, o que seria contado em dias úteis. A contagem é feita em dias corridos. Logo, considerada a razoabilidade do prazo de 120 dias, ora fixado para o início da execução do acórdão, não há que se falar em risco de grave dano ou de difícil reparação, a não ser que seja em detrimento dos cofres públicos, porque a partir deste momento há despesas com execução de leis inconstitucionais e atrasar o prazo procrastinará também o estado permanente de ofensa aos princípios da moralidade, impessoalidade, acessibilidade a cargos e empregos públicos e da legalidade.

Ante o exposto, respeitosamente, propomos ao colendo Órgão Especial que **julgue procedente a ação direta em curso para afirmar a inconstitucionalidade** do art. 33, bem como dos anexos I, III, IV e VII da lei n. 2.000, de 30.7.1997, de Santa Isabel, **com a modulação acima posta**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2300261-57.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE ANDRADINA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ANDRADINA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.927)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (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

Acesso ao Sumário

VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS MELLO, FIGUEIREDO GONÇALVES, EUVALDO CHAIB, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 4 de agosto de 2021.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Andradina. Lei Complementar nº 45, de 22.11.20, de iniciativa parlamentar, inserindo o art. 73-I à Seção Única do Capítulo III, do Título II, do Código de Posturas do Município – Lei Municipal nº 889, de 25.02.80 – instituindo coleta domiciliar com a disposição final adequada de móveis, eletrodomésticos, eletroeletrônicos e outros materiais não recolhidos pelo serviço de coleta municipal.

Vício de iniciativa. Inocorrência. Iniciativa legislativa comum. Recente orientação do Eg. Supremo Tribunal Federal.

Organização administrativa. Cabe ao Executivo a gestão administrativa. Desrespeito aos princípios constitucionais da 'reserva de administração' e da separação dos poderes. A norma invade, inequivocamente, seara privativa do Executivo. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 47, inciso XIV e 144 da Constituição Estadual).

Ação procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação **direta de inconstitucionalidade** da Prefeita Municipal de Andradina tendo por objeto a **Lei Complementar Municipal nº 45, de 22.11.20**, de iniciativa parlamentar, inserindo o art. 73-I à Seção Única do Capítulo III, do Título II, do Código de Posturas do Município – Lei Municipal nº 889, de 25.02.80 – instituindo coleta domiciliar com a disposição final adequada de móveis, eletrodomésticos, eletroeletrônicos e outros materiais não recolhidos pelo serviço de coleta municipal.

Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade da norma. Evidente o vício de iniciativa. Inequívoca a violação à separação dos poderes (arts. 5º, *caput*,

Acesso ao Sumário

24, § 2º, '2', e 47, inciso II, todos da CE). Trata-se de matéria afeta à organização administrativa de competência exclusiva do Poder Executivo. Mencionou jurisprudência. Daí a liminar e o reconhecimento da inconstitucionalidade (fls. 01/11).

Aplicado o rito abreviado (fl. 43), vieram informações (fls. 50/52). Deixou de se manifestar a d. Procuradoria Geral do Estado (fl. 85). A D. Procuradoria de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 88/97).

É o relatório.

2. Procedente a ação.

Trata-se de ação **direta de inconstitucionalidade** da Prefeita Municipal de Andradina tendo por objeto a **Lei Complementar Municipal nº 45, de 22.11.20**, de iniciativa parlamentar, inserindo o art. 73-I à Seção Única do Capítulo III, do Título II, do Código de Posturas do Município – Lei Municipal nº 889, de 25.02.80 – **instituindo coleta domiciliar** com a disposição final adequada de móveis, eletrodomésticos, eletroeletrônicos e **outros materiais não recolhidos** pelo serviço de coleta municipal.

Com o seguinte teor a norma impugnada:

> *"Art. 1º.* A Seção Única – Da Limpeza de Terrenos Urbanos, do Capítulo III do Título II da Lei Municipal nº 889, de 25 de fevereiro de 1980, passa a vigorar acrescida do art. 73-I, com a seguinte redação:
>
> ***"Art. 73-I. O Poder Executivo Municipal realizará, mensalmente, mediante planejamento regular, em sistema rotativo por bairro ou região da cidade, a coleta domiciliar e disposição final adequada de móveis, eletrodomésticos, eletro-eletrônicos inservíveis e outros resíduos ou materiais industrializados não recolhidos pelo prestador do serviço de limpeza pública."***
>
> ***"§ 1º – O Poder Executivo divulgará, no bairro ou região, com a devida antecedência, através do sítio oficial de 'Internet' e outros meios idôneos, as datas de coleta domiciliar, com objetivo, ainda, de promover a conscientização e engajamento da população.***
>
> ***"§ 2º – O poder Executivo manterá canais para contato e informações sobre a coleta domiciliar."***
>
> ***"§ 3º – O Poder Executivo manterá serviço de coleta de rejeitos domiciliares resultantes da limpeza de imóveis em bairros periféricos, mediante solicitação de interessados e, caso necessário, agendamento prévio." (AC)***
>
> *"Art. 22 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."* (fl. 14).

Sustentou a Prefeita autora, vício de iniciativa, por se tratar de matéria de competência exclusiva do Poder Executivo e violação a separação dos poderes.

Com razão.

a) Quanto ao vício de iniciativa.

Acesso ao Sumário

Não se constata essa falha quanto à questionada **Lei Complementar Municipal nº 45, de 22.11.20**.

Norma cuida, em princípio, da coleta domiciliar e disposição final adequada de móveis, eletrodomésticos, eletro-eletrônicos inservíveis e outros resíduos ou materiais industrializados não recolhidos pelo prestador do serviço de limpeza pública.

Não se encontra no rol de matérias reservadas ao Chefe do Poder Executivo, ou seja, aquelas que envolvem **(a) servidores públicos**; **(b) estrutura administrativa**; **(c) leis orçamentárias; geração de despesas**; e, **(d) leis tributárias benéficas** (**GIOVANI DA SILVA CORRALO** – "O Poder Legislativo Municipal" – Ed. Malheiros – 2008 – p. 82/87).

Dispõe a **Constituição Bandeirante**, ao tratar de **iniciativa privativa** do **Governador do Estado**, em seu art. 24, § 2º:

> *"§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:"*
>
> *"1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;"*
>
> *"2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;"*
>
> *"3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;"*
>
> *"4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;"*
>
> *"5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;"*
>
> *"6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos."*

Observe-se, ademais, recente orientação do **Colendo Supremo Tribunal Federal** no julgamento da **Repercussão Geral** (**Tema nº 917**) atrelada ao **RE nº 878.911**:

> *"**Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual**. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. **Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos.** 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. **Recurso extraordinário***

Acesso ao Sumário

***provido**." "Decisão: O Tribunal, **por unanimidade**, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber."* (RE nº 878.911, Tema nº 917 – v.u. j. de 30.09.16 – DJ-e de 11.10.16 – Relator Ministro **GILMAR MENDES**).

Em suma, a matéria disciplinada pela lei local – coleta domiciliar e disposição final adequada de móveis, eletrodomésticos, eletro-eletrônicos inservíveis e outros resíduos ou materiais industrializados não recolhidos pelo prestador do serviço de limpeza pública –, **não** se encontra no restrito rol de matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, a denotar a **inexistência** de **vício formal** no processo legislativo.

Ausente laivo de inconstitucionalidade nesse sentido.

b) Quanto à separação dos poderes.

A **Lei Complementar Municipal nº 45/20**, no entanto, fere a **independência** e **separação dos poderes** ("***Artigo 5º* –** São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.") e configura **inadmissível** invasão do Legislativo na esfera Executiva.

No âmbito local, observa com a síntese dos doutos, **HELY LOPES MEIRELLES**:

> *"Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora* leis*, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo provê* in genere*, o Executivo* in specie*: a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí **não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo**, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em* ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, **realizações materiais da Administração** e **tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental**." (grifei – "Direito Administrativo Brasileiro" – Ed. Malheiros – 30ª edição – 2018 – p. 631).

No caso em questão, a lei objurgada interfere na **organização administrativa**, ao determinar a forma como se realizará a coleta domiciliar e disposição final adequada de móveis, eletrodomésticos, eletro-eletrônicos inservíveis e outros resíduos ou materiais industrializados não recolhidos pelo prestador do serviço de limpeza pública, tema peculiar à Administração.

Acesso ao Sumário

Em recente julgado análogo deste **Eg. Órgão Especial**, reputou-se **inconstitucional** interferência do Poder Legislativo no âmbito administrativo:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LM nº 7.747/19 do Município de Guarulhos. Programa 'Cata Treco' para coleta e destinação de resíduos sólidos específicos. Inconstitucionalidade. Vício de Iniciativa. Usurpação de competência. Violação ao princípio da separação dos Poderes."

"1. Inconstitucionalidade. Criação de despesa. O prefeito afirma que a norma viola o art. 25 da Constituição Estadual, por criar despesa sem indicar a fonte de custeio. Sem razão; a falta de indicação da fonte de custeio para a execução do quanto disposto em um ato normativo obstando tão somente sua execução no exercício em que editada, sem implicar em inconstitucionalidade. Jurisprudência pacífica do STF e do Órgão Especial deste tribunal."

"2. ***Inconstitucionalidade. Separação dos Poderes. A LM nº 7.747/19, que institui o programa 'Cata Treco' do Município de Guarulhos, possui aspectos problemáticos que redundam na sua inconstitucionalidade. A lei, de iniciativa do Poder Legislativo, disciplina uma política pública, atribuindo a órgãos do Poder Executivo obrigações e dinâmicas organizacionais específicas, em afronta ao princípio da separação dos Poderes, positivado no art. 5º da CE.*** *Ainda, a lei impugnada determina ao Poder Executivo a regulamentação de suas disposições no prazo máximo de 60 dias (artigo 4º), o que configura usurpação da atribuição do chefe do Poder Executivo de, em juízo de conveniência e oportunidade, expedir atos normativos para o devido funcionamento da Administração e seus órgãos, nos termos do art. 47, III e XIX da CE. Por qualquer dos ângulos analisados, tem-se que a norma não sobrevive, posto que inconstitucional."*

"Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade da LM nº 7.747/19 do Município de Guarulhos, por afronta aos art. 5º e 47, III e XIX da CE." (grifei – ADIn nº 2.119.277-78.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 17.02.21 – Rel. Des. **TORRES DE CARVALHO**).

E ainda no mesmo sentido:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.878, de 27 de abril de 2020, do Município de Lorena, que criou o programa 'Reciclagem Ambiental Participativa' ***para disciplinar a coleta e segregação de resíduos sólidos e líquidos recicláveis,*** *atribuindo como postos de coletas as instituições de ensino públicas e privadas, sendo promulgada pela Câmara Municipal após veto integral do Poder Executivo – Alegação de usurpação da competência privativa do Poder*

Acesso ao Sumário

Executivo, violando a separação os poderes – VÍCIO DE INICIATIVA – Projeto apresentado por parlamentar direcionado à defesa do meio ambiente e combate à poluição pela criação de postura municipal (segregação do lixo) – Não ocorrência – Matéria de competência concorrente entre União, Estados e Municípios, de iniciativa não privativa do Poder Executivo e sem a necessidade de participação popular (artigos 23, inciso VI e 24, inciso VI, da Constituição Federal) – ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA ***– Impossibilidade do Poder Legislativo, ainda que no exercício da competência concorrente, adentrar em matéria de gestão administrativa, de iniciativa privativa do Poder Executivo*** *– Lei objurgada que no seu artigo 3º criou obrigação adicional aos administradores das instituições de ensino público indicadas como postos de coleta, ao determinar que estes fizessem remessa do material para terceiros e elaborassem relatórios de prestação de contas – Ofensa aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição Estadual – Norma, no entanto, que é plenamente constitucional no que tange à criação de postura às entidades de ensino privadas – Situação que permite a declaração da inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 3.878/2020, sem redução de texto, com efeito 'ex nunc', apenas para excluir da sua incidência as instituições de ensino públicas não previamente autorizadas pelo Chefe do Poder Executivo – Ação julgada parcialmente procedente, com modulação."* (grifei – ADIn nº 2.159.779-59.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 31.03.21 – Rel. Des. **JACOB VALENTE**).

Cabe esclarecer que nos julgados acima citados, a inconstitucionalidade foi reconhecida não apenas pelo vício de iniciativa (o que entendo não ser o caso diante da tese firmada no **Tema nº 917** do **STF** – **item "a" supra**), **mas também em razão da indevida ingerência na organização administrativa e da afronta à separação dos poderes.**

Inequívoca a invasão na seara privativa do Executivo.

Haveria, em outros termos, ofensa ao **princípio constitucional da 'reserva de administração'**. Ele, segundo o **Pretório Excelso**, *"... impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas* à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo*."* (RE nº 427.574-ED – j. de 13.12.11 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO** – DJE de 13.02.12 e ADI nº 3.343 – j. de 01.09.11 – Plenário – Rel. p/ o Ac. Min. **LUIZ FUX** – DJE de 22.11.11).

Acesso ao Sumário

Diante do aludido vício de inconstitucionalidade, impõe-se a invalidação da **Lei Complementar nº 45, de 22 de novembro de 2020, do Município de Andradina**, por afronta aos **arts. 5º, 47, inciso XIV e 144 da Constituição Estadual**.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2049154-55.2020.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus Prefeito do Município de (...) e Presidente da Câmara Municipal de (...).

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 37737)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, ELCIO TRUJILLO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI e JACOB VALENTE.

São Paulo, 11 de agosto de 2021.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Dispositivos 132, incisos VII e VIII, e 152, 153, 154, 155, 156 e 157 da Lei Complementar nº 26, de 23 de janeiro de 1996, bem como da expressão "inativos e pensionistas" constante do art. 1º, caput, da Lei nº 1.642, de 16 de dezembro de 2011, do Município de (...), que dispõem sobre a concessão de abono familiar, auxílio natalidade, abono natalício e a concessão de vale alimentação a servidores inativos e pensionistas do Município.

A previsão de vantagens pecuniárias e seu pagamento a servidores inativos e pensionistas não observa o interesse público ou às exigências do serviço, mas apenas o interesse privado dos próprios servidores, sem

Acesso ao Sumário

que isso traga benefício a população local. Inexistindo, ainda, previsão da fonte de custeio. Presente a vulneração aos princípios da razoabilidade, finalidade e interesse público.

Ação procedente, garantida a irrepetibilidade dos valores.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça em face dos arts. 132, incisos VII e VIII, e 152, 153, 154, 155, 156 e 157 da Lei Complementar nº 26, de 23 de janeiro de 1996, bem como da expressão "inativos e pensionistas" constante do art. 1º, caput, da Lei nº 1.642, de 16 de dezembro de 2011, do Município de (...), que dispõem sobre a concessão de abono familiar, auxílio natalidade, abono natalício e a concessão de vale alimentação a inativos e pensionistas do Município.

A Lei Complementar nº 26, de 23 de janeiro de 1996, que Institui o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de (...), disciplina, *in verbis*:

CAPÍTULO VI

Vencimento e das Vantagens

SEÇÃO I

Disposições Gerais

Artigo 132 – Além dos vencimentos e das vantagens previstas nesta lei, serão deferidos aos funcionários as seguintes gratificações e adicionais:

(...)

VII – Abono Familiar;

VIII – Abono Natalício nos valores de 20% (vinte por cento) do salário base da referência inicial;

(...)

Seção IX

Abono Familiar

Artigo 152 – Será concedido Abono Familiar ao funcionário ativo:

I – Pelo cônjuge ou companheiro de funcionário que viva comprovadamente em sua companhia e que não exerça atividade remunerada e nem tenha renda própria;

II – Por filho menor de 18 (dezoito) anos que não exerça atividade remunerada nem tenha renda própria;

III – Por filho inválido ou mentalmente incapaz sem renda própria.

§ 1º – Compreende para fins deste artigo, o filho de qualquer condição, o enteado, o adotivo e o menor que mediante autorização judicial estiver sob a guarda e sustento do funcionário.

Acesso ao Sumário

§ 2º – Quando pai e a mãe forem funcionários ativos, o abono familiar será concedido ao cônjuge varão ou àquele cuja guarda estiver os filhos menores.

§ 3º – O pai e a mãe equiparam-se o padrasto, a madrasta e na falta deste os que mantiverem os incapazes sob sua guarda mediante autorização legal da justiça.

Artigo 153 – Ocorrendo o falecimento do funcionário o abono familiar passará a ser pago a seus beneficiários, por intermédio da pessoa em cuja guarda se encontre, enquanto fizerem jus a sua concessão.

§ único – Caso o funcionário falecido não haja requerido o abono familiar relativo a seus dependentes, o requerimento poderá ser feito após a sua morte pela pessoa cuja guarda e sustento se encontre, gerando seus efeitos a partir da data do pedido.

Artigo 154 – O valor do abono familiar será de 3% (três por cento) por dependente, do salário do funcionário devendo ser pago à partir da data em que for protocolado o pedido de concessão.

§ único – *O responsável pelo recebimento do abono familiar deverá apresentar, no mês de Julho e Dezembro de cada ano, Declaração de Vida e Residência dos Dependentes, sob pena de ter suspenso o pagamento da vantagem.*

Artigo 155 – Nenhum desconto incidirá sobre o abono familiar, nem este servirá de base a qualquer contribuição, ou ainda que para fins de previdência social, e nem se incorporará aos vencimentos para quaisquer fins.

Artigo 156 – Todo aquele que por ação ou omissão der causa a pagamento indevido do abono familiar ficará obrigado a sua restituição, sem prejuízo das demais cominações legais.

SEÇÃO X

Do Auxílio Natalidade

Artigo 157 – O Auxílio Natalidade é devido pelo parto da esposa do funcionário em caso de nascimento de filho ocorrido após 12 (doze) meses de admissão regular.

I – A própria gestante quando segurada;

II – Do segurado quando a paternidade não for segurada é esposa ou companheira a mais de 12 (doze) meses.

§ 1º – *Para efeito deste artigo considera-se nascimento o evento ocorrido após 6 (seis) meses de gestação.*

§ 2º – *O auxílio natalidade consiste no pagamento de um só vez da importância correspondente ao valor da Referência Inicial do funcionário e deverá ser paga no máximo até 05 (cinco) dias após ter sido requerido.*

§ 3º – *Em caso de parto múltiplo serão devidos tantos quanto forem os filhos, mesmo tratando-se de nati-morto.*

Acesso ao Sumário

Já a Lei Municipal nº 1.642, de 16 de dezembro de 2011, de (...), *"autoriza o poder executivo a conceder vale alimentação aos servidores públicos municipais e dá outras providências"*, estabelecendo:

> *Artigo 1º – Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a fornecer VALE ALIMENTAÇÃO no valor de R$ 100,00 (cem reais) aos Servidores Públicos Municipais ativos, (efetivos e comissionados), contratados por tempo determinado, inativos e pensionistas.*

A Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo questiona a constitucionalidade de referidos dispositivos sustentando que as vantagens instituídas não atendem a nenhum interesse público e tampouco às exigências do serviço, em clara contrariedade ao art. 128 da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta. A vantagem pecuniária não tem causa jurídica hígida, afigurando-se mera liberalidade com o dinheiro público, em afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que devem nortear a Administração Pública, conforme inscrição do art. 111 da Constituição Estadual, representando autêntica liberalidade custeada pelo erário.

Foi deferida a liminar (f.104/108) para suspender a eficácia das normas impugnadas (arts. 132, incisos VII e VIII, e 152, 153, 154, 155, 156 e 157 da Lei Complementar nº 26, de 23 de janeiro de 1996, bem como da expressão "inativos e pensionistas" constante do art. 1º, caput, da Lei nº 1.642, de 16 de dezembro de 2011, do Município de (...)) até o julgamento definitivo da lide.

O prefeito de (...) prestou informações à f.131/139 sustentando que os dispositivos são compatíveis à Constituição Estadual e não configuram mera liberalidade, mas direito social que visa proteger o trabalhador e a sua família, conferindo paridade de tratamento.

A Câmara Municipal de (...) também prestou informações (f.181/189) alegando a existência de base constitucional para as normas, e a proteção de direitos sociais dos servidores.

Em parecer a Procuradoria-Geral de Justiça (f.192/197) opina pela procedência da ação, sustentando que as vantagens impugnadas não atendem a qualquer interesse público e, tampouco, às exigências do serviço, porquanto o requisito, para o seu recebimento, serve apenas como mecanismo destinado a beneficiar interesses financeiros e pessoais exclusivamente privados dos servidores públicos. Afirma, ainda, que os preceitos municipais, além de vulnerar os princípios da moralidade, interesse público, impessoalidade e finalidade, também ofendem o princípio da razoabilidade, que deve nortear a Administração Pública.

É o relatório.

A pretensão é de reconhecimento da inconstitucionalidade dos arts. 132, incisos VII e VIII, e 152, 153, 154, 155, 156 e 157 da Lei Complementar nº

26, de 23 de janeiro de 1996, bem como da expressão "inativos e pensionistas" constante do art. 1º, caput, da Lei nº 1.642, de 16 de dezembro de 2011, do Município de (...), que dispõem sobre a concessão de abono familiar, auxílio natalidade, abono natalício e a concessão de vale alimentação a inativos e pensionistas do Município.

A constitucionalidade dos referidos dispositivos legais deve ser analisada em conjunto com os art. 111 e 128 da Constituição Estadual, aplicáveis por força do disposto no art. 144 da mesma Carta e que dispõem acerca de princípios a serem seguidos pela Administração Pública:

> *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 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.*

Não obstante as alegações da municipalidade, o pagamento da gratificação não observa o interesse público ou às exigências do serviço, mas apenas o interesse privado dos próprios servidores.

Na hipótese específica, as vantagens instituídas indicam possuir natureza indenizatória e não salarial, porque tem como finalidade ressarcir despesas do servidor com ocasiões e refeições ocorridas durante o exercício de sua função pública. Afigura-se, assim, desarrazoada e contrária ao interesse público a extensão determinada pela norma para "aposentados e pensionistas".

Incidente a Súmula Vinculante 55 do STF: "O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos". O enunciado repete a dicção da Súmula 680 também do STF, que dispõe: "O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos".

Nesse sentido, tem-se os precedentes:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis nº 1.743/2002, 1.798/2003, 1.869/2004, Lei 2.302/2010 e Lei 2.979/2019 do Município de Tanabi – Legislação que dispõe sobre a concessão de "prêmio por assiduidade" e "vale alimentação aos servidores públicos inativos" – Inviabilidade – Violação aos princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e interesse público – Ofensa aos artigos 5º, 111, 128 e 144, todos da Constituição Bandeirante – Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade das leis.
>
> (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2125916-15.2020.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 10/03/2021; Data de Registro: 11/03/2021)

Acesso ao Sumário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 869, de 07 de abril de 2006 do Município de Taguaí – Legislação que dispõe sobre a concessão de vale/cartão alimentação aos servidores públicos, cujo valor fica a critério do Executivo e sua extensão à funcionários inativos e pensionistas – Inviabilidade – Princípio da reserva legal – 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 – Violação aos princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e interesse público – Ofensa aos artigos 5º, 111, 128 e 144, todos da Constituição Bandeirante – Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei, com observação.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2195320-56.2020.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 05/05/2021; Data de Registro: 07/05/2021)

Outrossim, as vantagens oferecidas sem qualquer base jurídica a lhe respaldar ou revestir de interesse público sua concessão, afigurando-se mera liberalidade, sem que sequer tenha sido demonstrada a reserva de fundos para tal pagamento.

Presente a vulneração aos princípios da razoabilidade, finalidade e interesse público, de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma impugnada.

Ante o exposto, **julga-se procedente a ação**, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 132, incisos VII e VIII, e 152, 153, 154, 155, 156 e 157 da Lei Complementar nº 26, de 23 de janeiro de 1996, bem como da expressão "inativos e pensionistas" constante do art. 1º, caput, da Lei nº 1.642, de 16 de dezembro de 2011, ambos do Município de (...), garantida a irrepetibilidade dos valores.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2184421-96.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ONDA VERDE e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ONDA VERDE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, JULGARAM PAR-

CIALMENTE EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO; E, NO REMANESCENTE, POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. VENCIDO O EXMO. SR. DES. TORRES DE CARVALHO (COM DECLARAÇÃO).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.624)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE, vencedor, TORRES DE CARVALHO, vencido, PINHEIRO FRANCO (Presidente), CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, LUIS SOARES DE MELLO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, 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 e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 11 de agosto de 2021.

RICARDO ANAFE, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Diploma municipal que regulamenta cargos em comissão – Anexo II da Lei Complementar nº 95, de 13 de dezembro de 2017, do Município de Onda Verde – Superveniência da Lei Complementar nº 105/2020, do Município de Onda Verde, que extinguiu, em seu artigo 19, o cargo de provimento em comissão de "Assessor Jurídico" – Carência superveniente reconhecida, nesse ponto, pela ausência de interesse de agir – Perda parcial do objeto – Extinção parcial da ação, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil – Cargos de provimento em comissão – É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração – Cargos de provimento em comissão, cujas atribuições descritas em lei, não revelam natureza exigente da confiança senão plexo de competências comuns, técnicas profissionais – Atribuições não inerentes a natureza das funções de direção, chefia e assessoramento – Atribuições meramen-

Acesso ao Sumário

te executivas ou operacionais não autorizam a criação de cargos em comissão e funções de confiança, sob pena de burla à obrigatoriedade de concurso público, instrumento de efetivação dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade, que garante aos cidadãos o acesso aos cargos públicos em condições de igualdade – Ofensa aos artigos 111 e 115, II e V, da Constituição do Estado de São Paulo.

Processo parcialmente extinto sem resolução de mérito e, no remanescente, pedido procedente, com modulação.

VOTO

1. *Ex ante*, cumpre destacar a adoção do relatório elaborado, bem como a excelência do voto do eminente Relator Desembargador Torres de Carvalho, mas por convencimento ouso divergir, em parte, como segue.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade das expressões **"Ambulanceiro Chefe"** (*sic*), **"Motorista Chefe"**, **"Operador de Máquinas Chefe"**, **"Chefe de Enfermagem"**, **"Chefe de Gabinete"**, **"Coordenador de Desenvolvimento Rural"**, **"Cirurgião Dentista Chefe"**, **"Fiscal Geral"**, **"Chefe do Serviço Pessoal"**, **"Secretário Executivo"**, **"Assessor de imprensa"**, **"Diretor agro-pecuário"** (*sic*), **"Diretor de Saúde"**, **"Coordenador Administrativo"**, **"Coordenador do transporte e frota escolar"**, **"Coordenador de Odontologia"**, **"Coordenador de Meio Ambiente"**, **"Coordenador de Cultura"**, **"Coordenador de Turismo e Lazer"**, **"Coordenador de Esporte"**, **"Coordenador de Obras"**, **"Coordenador de Transporte"**, **"Coordenador de Assistência Social"**, **"Coordenador de Finanças"**, **"Coordenador de Patrimônio"**, **"Coordenador Técnico do Centro de Referência de Assistência Social – CRAS"**, **"Coordenador Técnico de Psicologia – CRAS"**, **"Diretor Administrativo de Sistema de Informação Social – CRAS"**, **"Engenheiro Agrônomo Chefe"**, **"Médico Chefe"**, **"Coordenador Geral de Educação"**, **"Assessor Jurídico"**, **"Assessor dos Serviços Internos"**, **"Chefe da Casa Abrigo"** e **"Coordenador de Unidade de Saúde"**, constantes do Anexo II da Lei Complementar nº 95, de 13 de dezembro de 2017, do Município de Onda Verde, porque segundo ele violam os artigos 98 a 100, 111, 115, II e V, e 144, da Constituição do Estado.

A Lei Complementar nº 105, de 15 de abril de 2020, do Município de Onda Verde, que "dispõe sobre a criação e organização da Procuradoria Jurídica do Município de Onda Verde e dá outras providências", em seu artigo 19, extin-

guiu o cargo de provimento em comissão de "Assessor Jurídico".

Assim, diante da lei modificadora, não mais subsistindo no mundo jurídico o cargo de **"Assessor Jurídico"**, constante no Anexo II da Lei Complementar nº 95/2017, do Município de Onda Verde, de rigor, **no tópico**, a extinção parcial do processo sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, como bem anotado pelo eminente Relator.

No mais, o pedido deve ser julgado procedente.

No que tange aos demais cargos impugnados, a inicial apontou vício de inconstitucionalidade por não retratarem atribuições de assessoramento, chefia e direção.

Cumpre asseverar que o acesso aos cargos públicos ocorre, em regra, mediante aprovação em concurso público, admitindo, como exceção, a livre nomeação e exoneração no caso dos cargos em comissão, cuja investidura, deve ocorrer com observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A Constituição Federal dispõe que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" (inciso II, do artigo 37).

Por sua vez, dispõe o artigo 115, inciso II, da Constituição Estadual, que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração" e, o inciso V prevê que "as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento."

Os cargos em comissão como sabido é, são aqueles de livre nomeação e exoneração. Todo cargo em comissão guarda norte constitucional específico, revelador, na forma do inciso V, do artigo 37 da Sexta Carta Republicana, de exercício de direção, chefia ou assessoramento.

Lembrando Cammarosano, o arrimo expoente das funções de confiança se encontra na demonstração de que o máxime de importância do cargo guarda liame a eficiência desejada do superior hierárquico, que não teria condições de bem atuar se não fosse o auxílio daquele posto no cargo ou na função de confiança[1], por necessária correspondência a direção, chefia ou assessoramento,

1 Cammarosano, Marcio. Cargos em comissão: breves considerações quanto aos limites à sua cria-

pena de afronta "sistemática ao artigo 37, inciso II, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos (...)" (Cf. Supremo Tribunal Federal AgReg RE 752.769, j. 08.10.13, Relatora Ministra Cármen Lúcia).

Fixadas essas premissas, da leitura das atribuições descritas, verifica-se que os **cargos de provimento em comissão** de "Fiscal Geral", "Diretor Administrativo de Sistema de Informação Social – CRAS", "Diretor de Saúde", "Diretor agro-pecuário" (*sic*), "Diretor Administrativo de Sistema de Informação Social – CRAS", assim como os "Secretário Executivo", "Coordenador de Desenvolvimento Rural", "Coordenador Administrativo", "Coordenador do transporte e frota escolar", "Coordenador de Odontologia", "Coordenador de Meio Ambiente", "Coordenador de Cultura", "Coordenador de Turismo e Lazer", "Coordenador de Esporte", "Coordenador de Obras", "Coordenador de Transporte", "Coordenador de Assistência Social", "Coordenador de Finanças", "Coordenador de Patrimônio", "Coordenador Técnico do Centro de Referência de Assistência Social – CRAS", "Coordenador Técnico de Psicologia – CRAS", "Coordenador Geral de Educação" e "Coordenador de Unidade de Saúde", "Ambulanceiro Chefe" (*sic*), "Motorista Chefe", "Operador de Máquinas Chefe", "Chefe de Enfermagem", "Chefe de Gabinete", "Cirurgião Dentista Chefe", "Chefe do Serviço Pessoal", "Diretor agro-pecuário" (*sic*), "Engenheiro Agrônomo Chefe", "Médico Chefe", e "Chefe da Casa Abrigo", retratam funções genéricas, sucintas, de índole técnico-burocrática, não guardando para si nenhuma atividade de chefia, direção, nem tampouco assessoramento.

Na Administração Pública, repita-se, a regra é que os servidores ocupem cargos de provimento efetivo, submetendo-se a concurso público para admissão, de forma que somente excepcionalmente, em número e para situações limitadas, podem ser criados e providos cargos em comissão.

Noutro bordo, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, ao analisar o Recurso Extraordinário (RE 1.264.676, j. 8/6/2020), destacou que **o artigo 37 da Constituição Federal não faz qualquer distinção ao limitar o exercício tanto dos cargos em comissão, quanto das funções de confiança e gratificadas, às atribuições de direção, chefia e assessoramento.** Confira-se trecho da decisão monocrática, *in verbis*:

Acesso ao Sumário

"Pois bem: assim dispõe o art. 37, caput, II e V, da Carta da República:

"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:

(...)

ção. Revista interesse público, Porto Alegre, n. 38, jul/ago. 2006, p. 25-31.

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

V – as **funções de confiança**, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os **cargos em comissão**, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de **direção, chefia e assessoramento**; (Grifo nosso)

Da interpretação da norma constitucional, está claro que tanto os cargos em comissão, como as funções de confiança, se destinam às atribuições de direção, chefia e assessoramento, não se podendo incluir, nesse contexto, atividades meramente burocráticas, operacionais ou técnicas. Pressupõem, ainda, uma relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

(...)

No voto condutor desse último julgado (ADI 3.145, DJe de 25/10/2019), o Ministro LUIZ FUX assim se manifestou:

"O artigo 37, II, da Constituição Federal determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, que garante aos cidadãos o acesso aos cargos públicos, em condições de igualdade e mediante prévia averiguação de conteúdos disciplinares pertinentes (ADI 2.364-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 14/12/2001).

Contudo, a parte final do dispositivo constitucional ressalva dessa exigência a nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. **Por sua vez, o artigo 37, V, da Constituição Federal dispõe que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento.** Nesse contexto, a criação de cargos em comissão e de funções gratificadas pressupõe o exercício de atribuições que sejam atendidas por meio do provimento em comissão, no qual

Acesso ao Sumário

se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado. Tais funções são aquelas a que se atribui poder de comando, inerente aos cargos de chefia e direção, ou que configuram assessoria técnica, a auxiliar os membros do Poder nomeante no exercício de suas funções. Assim, não se admite a criação de tais cargos e funções para o exercício de atribuições meramente executivas ou operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, sob pena de burla ao texto constitucional. As funções permanentes ou de rotina administrativa são próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos." (g.n)

E sobre as funções de confiança, esclarece Celso Antônio Bandeira de Melo:

"Assemelham-se, quanto à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para evitar que pudessem ser preenchidas por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservado aos servidores de carreira, cujo mínimo será fixado em lei". (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: 2012, Malheiros, 29ª ed. pág. 260) (g.n)

Assim, conclui-se da inconstitucionalidade dos cargos descritos na inicial – ressalvado o cargo de "Assessor Jurídico" – previstos no Anexo II da Lei Complementar nº 95, de 13 de dezembro de 2017, do Município de Onda Verde, por ofensa aos artigos 111, 115, incisos II, V e 144, da Carta Bandeirante.

Por razões de segurança jurídica, e a fim de permitir a reorganização da estrutura administrativa do Município, prudente a modulação dos efeitos do resultado ora imposto, nos termos do artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/99, para que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia em 120 (cento e vinte) dias do julgamento.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil com relação ao cargo de "Assessor Jurídico", constante no Anexo II da Lei Complementar nº 95/2017, do Município de Onda Verde, e no mais, julgo procedente o pedido, com modulação de efeitos, nos termos suso alinhavados.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº ADI-0017/20)

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Onda Verde. LCM nº 95/17, Anexo II. Cargos em comissão. Atribuições genéricas, sucintas, técnicas. Ausência de fidúcia. "Coordenador Geral de Educação". Cargo privativo de servidor investido em cargo efetivo da área. "Assessor Jurídico". Advocacia pública. Violação aos art. 98, 99, 111, 100, 115, II e V e 144 da CE. Tema STF nº 1.010. –

1. Assessor Jurídico. A LCM nº 105/20, que dispõe sobre a criação e organização da Procuradoria Jurídica do município de Onda Verde, extingue no art. 19 o cargo de provimento em comissão de "Assessor Jurídico". Exaurida a eficácia do dispositivo impugnado antes mesmo do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, é hipótese de ausência do interesse processual e de extinção da ação sem resolução do mérito quanto ao cargo em comento.

2. Cargos em comissão. As atribuições e os requisitos dos cargos em comissão impugnados nos autos estão elencados no Anexo II da LCM nº 95/17. As expressões impugnadas remetem a cargos cujas atribuições são de chefia, diretoria e assessoramento, entendimento que também se aplica ao cargo de Coordenador Geral de Educação. Embora a descrição das atribuições indique algum nível de generalidade e o consequente não atendimento das exigências estabelecidas pelas Constituições Federal e Estadual para o provimento em comissão puro, é possível o enquadramento dos cargos como 'funções de confiança', a serem preenchidas por servidores efetivos do município. A solução atende aos ditames constitucionais, aos parâmetros da tese fixada no julgamento do RE nº 1.041.210-SP, Tema STF nº 1.010, e às necessidades da administração municipal. Precedentes do Órgão Especial. – Ação direta de inconstitucionalidade extinta sem resolução do mérito quanto ao cargo de Assessor Jurídico e, no mais, modulado o efeito da decisão em 120 dias a contar da data do acórdão, julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do provimento em comissão dos cargos indicados, assegurada a não repetição dos valores pagos aos servidores e o provi-

Acesso ao Sumário

mento apenas por servidores efetivos, concursados, do quadro do município. Voto parcialmente vencido.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça em face do Prefeito do Município de Onda Verde e da Câmara Municipal de Onda Verde tendo por objeto as expressões "Ambulanceiro Chefe", "Motorista Chefe", "Operador de Máquinas Chefe", "Chefe de Enfermagem", "Chefe de Gabinete", "Coordenador de Desenvolvimento Rural", "Cirurgião Dentista Chefe", "Fiscal Geral", "Chefe do Serviço Pessoal", "Secretário Executivo", "Assessor de imprensa", "Diretor agro-pecuário", "Diretor de Saúde", "Coordenador Administrativo", "Coordenador do transporte e frota escolar", "Coordenador de Odontologia", "Coordenador de Meio Ambiente", "Coordenador de Cultura", "Coordenador de Turismo e Lazer", "Coordenador de Esporte", "Coordenador de Obras", "Coordenador de Transporte", "Coordenador de Assistência Social", "Coordenador de Finanças", "Coordenador de Patrimônio", "Coordenador Técnico do Centro de Referência de Assistência Social – CRAS", "Coordenador Técnico de Psicologia – CRAS", "Diretor Administrativo de Sistema de Informação Social – CRAS", "Engenheiro Agrônomo Chefe", "Médico Chefe", "Coordenador Geral de Educação", "Assessor Jurídico", "Assessor dos Serviços Internos", "Chefe da Casa Abrigo" e "Coordenador de Unidade de Saúde" constantes do Anexo II da LCM nº 95/17, que alterou e consolidou o quadro de cargos de provimento em comissão existentes na municipalidade.

O autor alega que a LCM nº 95/17 instituiu cargos de provimento em comissão à margem dos preceitos constitucionais que regem a matéria, notadamente dos art. 98 a 100, 111, 115, II e V, e 144 da CE; criou artificialmente cargos de provimento em comissão à míngua das necessárias atribuições de assessoramento, chefia e direção. As atribuições previstas para os cargos de "Ambulanceiro Chefe", "Motorista Chefe", "Operador de Máquinas Chefe", "Chefe de Enfermagem", "Cirurgião Dentista Chefe", "Fiscal Geral", "Assessor de Imprensa", "Coordenador do Transporte e Frota Escolar", "Coordenador de Patrimônio", "Diretor Administrativo de Sistema de Informação Social – CRAS", "Engenheiro Agrônomo Chefe", "Médico Chefe", "Coordenador Geral de Educação", "Assessor Jurídico" e "Assessor dos Serviços Internos", são genéricas, sucintas, técnicas, profissionais e ordinárias, não se revestindo da excepcionalidade exigível no nível superior de assessoramento, chefia e direção. As atividades relacionadas aos cargos de "Chefe de Gabinete", "Coordenador de Desenvolvimento Rural", "Chefe do Serviço Pessoal", "Secretário Executivo", "Diretor Agro-pecuário", "Diretor de Saúde", "Coordenador Administrativo", "Coordenador de Odontologia", "Coordenador de Meio Ambiente", "Coordenador de Cultura", "Coordenador de Turismo e Lazer", "Coordenador de Es-

Acesso ao Sumário

porte", "Coordenador de Obras", "Coordenador de Transporte", "Coordenador de Assistência Social", "Coordenador de Finanças", "Coordenador Técnico do Centro de Referência de Assistência Social – CRAS", "Coordenador Técnico de Psicologia – CRAS", "Chefe da Casa Abrigo" e "Coordenador de Unidade de Saúde" são genéricas e demasiadamente sucintas, não revelando atividades de fidúcia que pudessem justificar o livre provimento. Não há óbice à criação de cargos comissionados, desde que respeitados os requisitos constitucionais; a excepcional possibilidade de se criar cargos de livre provimento não admite o uso da prerrogativa para burlar a regra do acesso a cargos públicos mediante prévia aprovação em concurso público. Não basta a lei criar o cargo ou lhe dar denominação de assessoramento, chefia ou direção se não discriminar suas atribuições de confiança a fim de viabilizar o controle de sua conformidade com as prescrições constitucionais que evidenciam a natureza excepcional do provimento em comissão; conquanto o Anexo II da LCM nº 95/17 tenha descrito as atribuições dos postos de provimento em comissão, fê-lo com imprecisão e indeterminação que não permitem pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; além disso, fixou para os postos que especifica atribuições de natureza burocrática e técnica; a nomenclatura das unidades questionadas não pode ser fator determinante para autorizar o provimento comissionado; a criação dos cargos descritos viola o Tema STF nº 1.010. O cargo de provimento em comissão de "Coordenador Geral de Educação" desempenha atividades ligadas ao suporte pedagógico da educação, que demanda a criação específica de novo cargo efetivo; a impossibilidade de cargos de provimento em comissão e funções de confiança que possuam atribuições de suporte técnico pedagógico à docência encontra esteio em inúmeros julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. O cargo de provimento em comissão de "Assessor Jurídico" tem como atribuições o assessoramento jurídico do município e sua defesa em todas as ações do contencioso judicial; as atividades inerentes à advocacia pública consistem em funções de natureza profissional e técnica, reservadas a profissionais investidos em cargos de provimento efetivo da respectiva carreira; a conclusão decorre dos art. 98 a 100 da CE, que se reportam ao modelo traçado no art. 132 da CF ao tratar da advocacia pública estadual; cita jurisprudência. Pede a declaração de inconstitucionalidade das expressões constantes do Anexo II da LCM nº 95/17 e discriminadas na inicial.

A Procuradoria-Geral do Estado sustenta a inaplicabilidade do modelo constitucional de organização da advocacia pública estadual à advocacia municipal (fls. 206/215).

O Prefeito Municipal de Onda Verde prestou informações (fls. 217/220); alega que a LCM nº 95/17 limitou-se a criar os cargos de Educador de Educação Infantil (14 vagas), Farmacêutico (01 vaga) e Monitor de Transporte Escolar (03 vagas), não tendo revogado leis, nem criado cargos comissionados; os cargos

Acesso ao Sumário

criados pela LCM nº 95/17 foram preenchidos por meio de concurso público; as LCM nº 1/01, 2/01, 7/03, 8/03, 23/05, 29/06, 31/07, 33/07, 35/08, 38/08, 43/09, 44/09, 45/09, 46/09, 48/10, 49/10, 50/10, 52/11, 61/12, 63/12, 64/13, 65/13, 66/13, 67/13, 68/13, 71/14, 74/14, 84/15, 91/16, 92/16 e 93/17 permanecem em vigor; o cargo de Assessor Jurídico foi extinto pela LCM nº 105/20. Junta documentos (fls. 221/327).

O Presidente da Câmara Municipal de Onda Verde quedou-se inerte (fls. 329).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela extinção do processo sem resolução do mérito quanto à expressão "Assessor Jurídico" e pela procedência da ação, no mais, para declarar a inconstitucionalidade das expressões "Ambulanceiro Chefe", "Motorista Chefe", "Operador de Máquinas Chefe", "Chefe de Enfermagem", "Chefe de Gabinete", "Coordenador de Desenvolvimento Rural", "Cirurgião Dentista Chefe", "Fiscal Geral", "Chefe do Serviço Pessoal", "Secretário Executivo", "Assessor de imprensa", "Diretor Agro-Pecuário", "Diretor de Saúde", "Coordenador Administrativo", "Coordenador do Transporte e Frota Escolar", "Coordenador de Odontologia", "Coordenador de Meio Ambiente", "Coordenador de Cultura", "Coordenador de Turismo e Lazer", "Coordenador de Esporte", "Coordenador de Obras", "Coordenador de Transporte", "Coordenador de Assistência Social", "Coordenador de Finanças", "Coordenador de Patrimônio", "Coordenador Técnico do Centro de Referência de Assistência Social – CRAS", "Coordenador Técnico de Psicologia – CRAS", "Diretor Administrativo de Sistema de Informação Social – CRAS", "Engenheiro Agrônomo Chefe", "Médico Chefe", "Coordenador Geral de Educação", "Assessor dos Serviços Internos", "Chefe da Casa Abrigo" e "Coordenador de Unidade de Saúde", constantes do Anexo II da LCM nº 95/17 (fls. 332/344).

O Órgão Especial, por unanimidade, extinguiu a ação sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI do CPC, pela ausência de interesse processual, em relação ao cargo de "Assessor Jurídico" constante no Anexo II da LCM nº 95/17; e, no mais, por maioria, julgou a ação procedente com modulação dos efeitos da decisão para que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia a partir de 120 dias contados do julgamento. Exponho, respeitosamente, meu entendimento quanto à possibilidade do município designar para os cargos impugnados servidores concursados, efetivos, do quadro municipal.

Acesso ao Sumário

2. Legislação. A LCM nº 95/17 de 13-12-2017 do município de Onda Verde dispõe sobre a criação de empregos e cargos públicos (fls. 29/42). Como afirma o Prefeito Municipal, a lei de fato criou os cargos efetivos de Educador de Educação Infantil, Farmacêutico e Monitor de Transporte Escolar (art. 3º); mas não se limitou a isso. No que importa aos autos, o art. 1º modificou o Quadro de Pessoal instituído pelas LCM nº 1/01, 2/01, 7/03, 8/03, 23/05, 29/06, 31/07, 33/07, 35/08, 38/08, 43/09, 44/09, 45/09, 46/09, 48/10, 49/10, 50/10, 52/11,

61/12, 63/12, 64/13, 65/13, 66/13, 67/13, 68/13, 71/14, 74/14, 84/15, 91/16, 92/16 e 93/17; o art. 2º, II prevê que "os cargos de provimento em comissão serão de livre nomeação e exoneração e compreendem as funções e referências descritas no Anexo II"; e o art. 5º modificou as atribuições, requisitos e valores das referências dos cargos na forma dos Anexos I, II e III.

O Anexo II da LCM nº 95/17 traz o quadro consolidado de cargos de provimento em comissão no município de Onda Verde, nos seguintes termos (fls. 40/41, 153/155):

Denominação	Qtde.	Atribuições	Requisitos
Ambulanceiro Chefe	01	Serviços de chefia e condução de ambulância	Habilitação para a condução de veículos (CNH), conforme as exigências da categoria.
Motorista Chefe	01	Serviços de chefia e condução de veículos automotores	Habilitação para a condução de veículos (CNH), conforme e exigências da categoria.
Operador de Máquinas Chefe	01	Operar Equipamentos mecânicos (pá carregadeira, motoniveladora e retro -escavadeira e outros)	Habilitação para conduzir veículos automotores da espécie, de acordo com a legislação de trânsito (CTB)
Chefe de Enfermagem	01	Chefiar, dirigir, supervisionar e coordenar enfermagem, elaborar treinamentos para a equipe de enfermagem, realizar escala de trabalho e substituir eventuais faltas.	Formação superior em enfermagem.
Chefe de Gabinete	02	Serviços auxiliares ao Prefeito.	A critério do Prefeito.

Acesso ao Sumário

Coordenador de Desenvolvimento Rural	01	Chefia, coordenação e direção de todos os trabalhos e atividades relacionadas ao setor rural.	Formação em curso superior de medicina veterinária, agronomia ou zootecnia e inscrição nos quadros de habilitados dos respectivos conselhos.
Cirurgião Dentista Chefe	01	Chefiar os serviços odontológicos e assinar os documentos de sua competência	Formatura em Odontologia e inscrição nos quadros de habilitados do Conselho Regional de Odontologia
Fiscal Geral	01	Fiscalização dos Serviços braçais e de obras Municipais	A critério do Prefeito
Chefe do Serviço Pessoal	01	Todo e qualquer serviço emanado ao setor de pessoal	A critério do Prefeito
Secretário Executivo	03	Secretariar atos e serviços do Executivo Municipal	A critério do Prefeito
Assessor de imprensa	01	Divulgação de trabalhos, eventos, projetos e assemelhados; elaboração de material para divulgação; redação de texto para publicação e toda atividade inerente à publicidade de atos públicos.	A critério do Prefeito
Diretor Agropecuário	01	Dirigir e chefiar todo trabalho e atividades relacionadas ao setor agropecuário	Formação em nível técnico em ciências agrárias ou equivalente.
Diretor de Saúde	01	Dirigir e chefiar todo trabalho e Atividades desenvolvidos nas Unidades Básicas de Saúde	A critério do Prefeito
Coordenador Administrativo	01	Coordenação, chefia e direção de departamento administrativo diverso e telecentro	A critério do Prefeito
Coordenador do transporte e frota escolar	01	Chefiar, coordenar, dirigir, supervisionar e fiscalizar toda frota e transporte escolar	A critério do Prefeito
Coordenador de Odontologia	01	Coordenação, chefia e direção do Departamento de Odontologia	Curso Superior Registro no CRO

Acesso ao Sumário

Coordenador de Meio Ambiente	01	Coordenação dos serviços do Departamento de Meio Ambiente	Nível Superior
Coordenador de Cultura	01	Coordenação, chefia e direção do Departamento de Cultura	A critério do Prefeito
Coordenador de Turismo e Lazer	01	Coordenação, chefia e direção do Departamento de Turismo e Lazer	A critério do Prefeito
Coordenador de Esporte	01	Coordenação, chefia e direção do Departamento de Esporte	A critério do Prefeito
Coordenador de Obras	01	Coordenação, chefia e direção do Departamento de Obras	A critério do Prefeito
Coordenador de Transporte	01	Coordenação, chefia e direção do Departamento de Transportes	A critério do Prefeito
Coordenador de Assistência Social	01	Coordenação, chefia e direção do Departamento de Assistência Social	A critério do Prefeito
Coordenador de Finanças	01	Coordenação, chefia e direção do Departamento de Finanças.	A critério do Prefeito
Coordenador de Patrimônio	01	Controlar, chefiar, supervisionar, dirigir e direcionar todo trabalho referente à compra, conserto, manutenção, funcionamento, destino e uso de bens públicos, responsabilizando-se pelo funcionamento de todo equipamento e serviço público.	A critério do Prefeito
Coordenador Técnico do Centro de Referência de Assistência Social – CRAS	01	Coordenação do Centro de Referência de Assistência Social nas áreas de atenção integral às famílias	Curso superior de serviço social Registro no CRESS. Conhecimento básico de informática
Coordenador Técnico de Psicologia – CRAS	01	Coordenação dos serviços de psicologia das famílias atendidas no Centro de Referência de Assistência Social	Curso superior de psicologia e Registro no CRP. Conhecimento básico de informática

Acesso ao Sumário

Diretor Administrativo de Sistema de Informação Social – CRAS	01	Dirigir, administrar e supervisionar toda atividade de operacionalização do Sistema Único de Assistência Social – SUAS WEB, CAD Único, Pró-Social – Fortalecendo a Família e Renda Cidadã. Dirigir e monitorar o desempenho dos aplicativos, recursos de entrada e saída de dados, o repasse de recursos do Sistema Único de Assistência Social; dirigir e assegurar o funcionamento do Sistema de Informações Social, assegurando a segurança das informações; coordenar e dirigir, bem como realizar, estudos e pesquisas de informação social municipal; organizar e manter atualizado banco de dados sociais do município.	Curso Superior e Conhecimento aplicado à direção, administração e informática.
Engenheiro Agrônomo Chefe	01	Chefiar os serviços agrônomos e assinar os documentos de sua competência.	Formatura em Engenharia Agrônoma e inscrição nos quadros de habilitados pelo CREA
Médico Chefe	01	Chefiar os serviços médicos e assinar os documentos de sua competência	Formatura em Medicina com inscrição no CRM
Coordenador Geral de Educação	02	Coordenação e execução de todo serviço referente à rede pública de ensino	Formatura em curso superior de Pedagogia e inscrição no MEC
Assessor Jurídico	01	Assessorar juridicamente o Município e defendê-lo em todas as ações do contencioso judicial	Formatura em Direito, com inscrição na OAB.
Assessor dos Serviços Internos	01	Assessorar os serviços internos da prefeitura, inclusive minutas de elaboração de atos administrativos e extrajudiciais.	Formatura em Direito, Contabilidade e Administração de Empresas
(...)	(...)	(...)	(...)
Chefe da Casa Abrigo	01	Serviços de chefia, atender e zelar por crianças e adolescentes acolhidos.	A critério do Prefeito
Coordenador de Unidade de Saúde	02	Coordenação dos serviços e atividades desenvolvidas nas Unidades Básicas de Saúde.	Curso superior de enfermagem. Registro no COREN

Acesso ao Sumário

3. "Assessor Jurídico". A LCM nº 105/20 de 15-4-2020 dispõe sobre a criação e organização da Procuradoria Jurídica do município de Onda Verde (fls. 277/284); e prevê no art. 19 a extinção do cargo de provimento em comissão de "Assessor Jurídico" a partir da entrada em vigor da nova legislação (fls. 284). Exaurida a eficácia do dispositivo impugnado antes mesmo do ajuizamento da ação, é hipótese de ausência de interesse processual a atrair a extinção do feito sem resolução do mérito quanto ao cargo em comento.

4. Cargos comissionados. A jurisprudência da Corte, em diversas oportunidades, analisou a criação de cargos ou empregos em comissão e funções de confiança, de livre nomeação e exoneração, por leis municipais; e, acertadamente, vem corrigindo distorções que, além de inflar a Administração, resultam na burla à regra do concurso público insculpida nos art. 37, II da CF e art. 115, II da CE. Vale lembrar a necessidade da regra em prestígio aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência do serviço público, a teor dos art. 37, 'caput' da CF e art. 111 da CE.

Os precedentes indicam que, para a aferição da legalidade do cargo, é necessário diferenciar os conceitos de cargos ou empregos em comissão e funções de confiança; assentou-se que os cargos comissionados podem ser preenchidos por servidores de carreira ou por terceiros não efetivos no serviço público, enquanto as funções comissionadas (ou de confiança) são desempenhadas unicamente por servidores efetivos, sendo de livre nomeação e exoneração pela autoridade competente. Um e outro destinam-se a funções de direção, chefia e assessoramento, nos termos dos art. 37, V da CF e art. 115, V da CE.

5. O Procurador-Geral de Justiça afirma que as atribuições dos cargos em comissão impugnados não se enquadram na exceção da necessidade de concurso público, constitucionalmente prevista; a esse respeito, faço duas observações, por envolver fundamento que transparece nos diversos casos similares apreciados por este Órgão Especial.

A primeira refere-se à adjetivação das atribuições de tais cargos, empregos e funções (e tantos outros!) como sendo 'burocráticas, operacionais, técnicas, profissionais'; mas as atividades e funções do serviço público são sempre burocráticas, técnicas, operacionais e profissionais, pois essa é a sua natureza: é o que fazem os Secretários, os Diretores de Departamento, de Serviço, de Relações Humanas, entre outros, de todas as empresas, de todos os governos e do nosso tribunal. Não vejo como qualificar ou desqualificar os cargos ou empregos em comissão e as funções de confiança a partir dessas características.

A segunda refere-se à cláusula de confiança, fidúcia, usualmente presente nos nossos acórdãos e nas alegações do autor, segundo a qual a criação do cargo deve pressupor 'necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado' (fls. 19). O argumento precisa ser melhor definido. Nas

Acesso ao Sumário

organizações maiores, em que assessores, diretores e chefes são indicados por seus superiores imediatos e podem não ser sequer conhecidos do Governador do Estado, do Presidente da Assembleia Legislativa ou do Presidente do Tribunal, inexiste qualquer 'relação de confiança' entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; a relação de confiança se estabelece entre a autoridade imediata, que o indicou, e o ocupante da função ou do cargo em comissão. A confiança é ínsita, própria, natural, pressuposto da própria indicação, pois não se compreende que o superior imediato, cujo desempenho depende também do desempenho do servidor designado, não demonstre qualquer confiança nele. A confiança é ínsita à designação, daí a precariedade da função: deixando de existir a confiança, o superior imediato indicará outro servidor para o exercício da função, igualmente desconhecido da autoridade nomeante. A lei não exige confiança entre a autoridade nomeante e o servidor designado, mas do superior imediato que o indica e, apenas excepcionalmente, também da autoridade nomeante. Não há necessidade de prova da confiança, pois ela decorre da própria designação ou indicação.

Não custa notar que a 'confiança', 'fidúcia', pode sequer existir, como se nota de nomeações de alto escalão que atendem a interesses outros e não, necessariamente, a interesse do serviço ou da autoridade nomeante.

6. Cargos em comissão. Funções de confiança. No caso dos autos, os cargos em comissão existentes no município de Onda Verde, as atribuições a eles associadas e os requisitos para o provimento estão elencados no Anexo II da LCM nº 95/17. Nota-se que as expressões impugnadas remetem a cargos em comissão com atribuições de chefia, diretoria e assessoramento, entendimento que igualmente se aplica ao especificamente impugnado cargo de Coordenador Geral de Educação.

A descrição das atribuições, genéricas, não atende as exigências estabelecidas pelas Constituições Federal e Estadual para o provimento em comissão; a frágil descrição das atribuições e a natureza das funções, vários com requisitos de nomeação e escolaridade 'a critério do Prefeito', indicam o descumprimento à impessoalidade, eficiência e moralidade ante a frustração do provimento mediante concurso público.

No entanto, os cargos aqui impugnados podem ser enquadrados como 'funções de confiança', a serem preenchidas por servidores efetivos do município. Como exemplo, não se entrevê inconstitucionalidade na existência e no provimento dos cargos de chefe dos 'ambulanceiros', dos motoristas, dos operadores de máquinas, dos enfermeiros, dos cirurgiões-dentistas, dos médicos, dos engenheiros agrônomos, todos com atribuição de chefiar os demais integrantes das respectivas carreira; nem de coordenador de desenvolvimento rural, administrativo, do transporte e frota escolar, de odontologia, de meio ambiente, de cultura, de turismo e lazer, de esportes, de obras, de transporte, de assistência

Acesso ao Sumário

social, de finanças, de patrimônio, do CRAS, de psicologia, geral de educação e de unidade de saúde, todos com atribuições de coordenar, chefiar e dirigir os departamentos aos quais vinculados; tampouco de diretor agropecuário, de saúde, administrativo de sistema de informação social, todos com atribuições de dirigir e chefiar o setor em que lotados. O mesmo entendimento se aplica aos cargos de chefe de gabinete, chefe fiscal geral, secretário executivo, assessor de imprensa, assessor dos serviços internos e chefe da casa abrigo, que igualmente exercem atribuições de assessoramento ou de proeminência hierárquica; e tais atribuições, a toda evidência, exigem especial confiança da autoridade superior e justificam a livre nomeação.

Enfim, os cargos de que cuidam estes autos são de gestão e suas atribuições estão suficientemente definidas na lei para essa finalidade; assim, obedecida a regra do concurso, não há razões para que o tribunal interfira na organização interna da Prefeitura ou defina quando e como ela pode ter cargos de chefia.

7. Função de confiança. Tema STF nº 1.010. É certo que o Supremo Tribunal estendeu à função de confiança os requisitos estabelecidos para os cargos em comissão (Ministério Público de Santa Catarina v. Prefeito do Município e Presidente da Câmara Municipal de Belmonte, RE nº 1.264.676-SC, 8-6-2020, Rel. Alexandre de Moraes, decisão singular): "Da interpretação da norma constitucional, está claro que tanto os cargos em comissão, como as funções de confiança, se destinam às atribuições de direção, chefia e assessoramento, não se podendo incluir, nesse contexto, atividades meramente burocráticas, operacionais ou técnicas. Pressupõem, ainda, uma relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado". Com a vênia devida, a decisão faz uma indevida extensão do Tema STF nº 1.010, nela citado, de esclarecedora ementa:

> Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. **1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição. 2.** Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei

Acesso ao Sumário

que os cria. **3.** Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário. **4.** Fixada 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; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir (Sebastião Alves de Almeida [Prefeito do Município de Guarulhos] v. Ministério Público de São Paulo, RE nº 1.041.210-SP, STF, Pleno, 27-8-2018, Rel. Dias Toffoli, repercussão geral, Tema STF nº 1.010) (negrito nosso).

O fundamento central do acórdão é a proteção aos princípios do concurso público, da moralidade, da igualdade, da impessoalidade, da eficiência e da economicidade: a regra para o provimento de cargos no serviço público é o concurso público de provas ou de provas e títulos, devendo a criação e o provimento de cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, que excepciona a regra, ser vista com rigor e com restrição; e uma questão de proporcionalidade, pois o número de cargos em comissão transparecia excessivo para a Prefeitura objeto do processo.

8. O Tema STF nº 1.010 não cuidou de funções de confiança e de sua leitura, que não as menciona, não decorre o rigor que tenho visto no Órgão Especial, nem justificativa para a extensão feita no RE nº 1.264.676-SC, acima mencionado. As funções de confiança são preenchidas por servidores concursados, a principal preocupação do tribunal; e o inciso V do art. 37, ao mencionar 'atribuições de direção, chefia e assessoramento', não dimensiona qualquer delas e não as limita a grandes departamentos da administração. Ao contrário, como mencionado, a administração pública, como as empresas privadas, divide-se em grandes, médias e pequenas unidades e cada uma tem um diretor, um chefe, um coordenador, que chefiarão um número maior ou menor de servidores; mas sempre exercendo as atribuições de direção, chefia ou assessoria, como ocorre com os chefes de oficina, da garagem, das equipes de vendas, do serviço de limpeza, da enfermaria, e assim por diante.

São funções em que ínsita a confiança de quem nomeia, pois fez a nomeação; e que, exatamente pela maior responsabilidade envolvida, não se adequam ao provimento efetivo, que impedirá a renovação e a designação de chefias mais competentes ou adequadas. A posição assumida pelo tribunal leva a essa interferência, que entendo indevida, na organização administrativa: admite que setores

Acesso ao Sumário

e departamentos precisam de chefes e diretores, e transforma tais funções, que permitem periódica renovação, em cargos efetivos, estáticos, imunes à evolução e à alteração da alta administração. Não se extrai isso dos incisos II e V da Constituição Federal.

9. Neste contexto, a interpretação conforme a Constituição conferida aos cargos aqui impugnados, como se observa em alguns outros casos apreciados pelo Órgão Especial, é suficiente para resolver a questão: os cargos devem ser providos exclusivamente por ocupantes de cargo efetivo, concursados, a dispensar o rigor com que os cargos e empregos puramente em comissão, que frustram a impessoalidade e o livre acesso aos cargos públicos, têm sido analisados pelo tribunal. Trata-se de solução que atende aos ditames constitucionais, aos parâmetros da tese fixada com o julgamento do RE nº 1.041.210-SP (Tema STF nº 1.010) e às necessidades da administração municipal, conferindo mais tempo para eventual alteração legislativa, caso o município considere pertinente a providência, e permitindo a continuidade do serviço público. Afinal, a inconstitucionalidade não é do cargo nem de sua denominação, mas da forma de provimento, que pode ser adequada como fez o Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao determinar que o cargo de Controlador Interno, previsto em comissão, pode ser provido por servidor efetivo do quadro municipal, em decisão mantida em Ministério Público de Santa Catarina v. Município de Curitibanos, RE nº 1.317.310-SC, STF, 1ª Turma, 14-4-2021, Rel. Rosa Weber, decisão singular; e como fazemos diuturnamente com os Ouvidores Gerais, Corregedores e cargos assemelhados e pode ser estendido a outros cargos e funções. Cito, por todos, os precedentes abaixo:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impugnação de 336 cargos de provimento em comissão criados pela Lei Complementar nº 820, de 10 de dezembro de 2018, com as alterações da Lei Complementar nº 831, de 15 de abril de 2019, para compor a estrutura da Administração Municipal de Limeira. **1.** Alegação de inconstitucionalidade por suposta desproporcionalidade entre o número de cargos comissionados e a quantidade de funções de confiança existentes no Município. Rejeição. Comparação que, na verdade, deve ser dar entre o número de cargos comissionados e a quantidade de cargos efetivos. Estrutura da Administração Municipal que, no caso, conta com mais de 7.000 servidores, o que demonstra que a quantidade de cargos em comissão não viola o postulado constitucional do concurso público (como regra) em relação à livre nomeação (exceção), ou seja, não caracteriza hipótese de flagrante desvio de poder para que seja declarada inconstitucional (sob referido fundamento). **2.** Alegação de inconstitucionalidade por ofensa aos artigos 115, incisos II e V, da Constituição do Estado. Reconhecimento (parcial). Atribuições da maioria dos cargos que não revelam plexos de direção, chefia e assessoramento superior, e sim atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exigem para seu adequado desempe-

Acesso ao Sumário

nho relação de (especial) confiança, senão a mera obediência e lealdade às instituições públicas, como dever imposto a todo e qualquer servidor. **3. Ouvidor e Corregedor. Funções de confiança. Necessidade de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto a fim de excluir a possibilidade de exercício de atividades dessa natureza por servidores que não sejam de carreira.** 4. Ação julgada parcialmente procedente, sem modulação (ADI nº 2221730-88.2019, Órgão Especial, 9-9-2020, Rel. Ferreira Rodrigues, v.u.) (destaquei)

A adequação do quadro funcional do município implica na edição de novas leis e na nomeação de servidores que exerçam tais atribuições, tornando necessária a modulação de 120 dias, como o Órgão Especial tem feito em casos assemelhados; e na não repetição dos salários pagos aos ocupantes do cargo, ante a natureza alimentar e o exercício das funções decorrentes.

O voto é pela **extinção da ação sem resolução do mérito**, nos termos do art. 485, VI do CPC, pela ausência de interesse processual, em relação ao cargo de "Assessor Jurídico" constante no Anexo II da LCM nº 95/17; e, no mais, pela **procedência da ação** para declarar a inconstitucionalidade do provimento em comissão dos cargos relacionados no Anexo II da LCM nº 95/17 de 13-12-2017, sem redução do texto, dos cargos de "Ambulanceiro Chefe", "Motorista Chefe", "Operador de Máquinas Chefe", "Chefe de Enfermagem", "Chefe de Gabinete", "Coordenador de Desenvolvimento Rural", "Cirurgião Dentista Chefe", "Fiscal Geral", "Chefe do Serviço Pessoal", "Secretário Executivo", "Assessor de imprensa", "Diretor agro-pecuário", "Diretor de Saúde", "Coordenador Administrativo", "Coordenador do transporte e frota escolar", "Coordenador de Odontologia", "Coordenador de Meio Ambiente", "Coordenador de Cultura", "Coordenador de Turismo e Lazer", "Coordenador de Esporte", "Coordenador de Obras", "Coordenador de Transporte", "Coordenador de Assistência Social", "Coordenador de Finanças", "Coordenador de Patrimônio", "Coordenador Técnico do Centro de Referência de Assistência Social – CRAS", "Coordenador Técnico de Psicologia – CRAS", "Diretor Administrativo de Sistema de Informação Social – CRAS", "Engenheiro Agrônomo Chefe", "Médico Chefe", "Coordenador Geral de Educação", "Assessor dos Serviços Internos", "Chefe da Casa Abrigo" e "Coordenador de Unidade de Saúde", previstos no Anexo II da LCM nº 95/17 do Município de Onda Verde.

A decisão produz efeito a partir de 120 dias da data do acórdão, assegurada a não repetição dos vencimentos e salários pagos aos servidores, facultado a designação e o exercício de tais funções apenas por servidores concursados, efetivos, do quadro municipal.

TORRES DE CARVALHO, Desembargador, Relator sorteado vencido em parte

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2299953-21.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TABOÃO DA SERRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.221)**

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, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, ELCIO TRUJILLO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 18 de agosto de 2021.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.360, de 07 de dezembro de 2020, do Município de Taboão da Serra, de iniciativa parlamentar, determinando a instalação de equipamento eliminador de ar na tubulação do sistema de distribuição de água potável – Vício de iniciativa – Inocorrência – Iniciativa legislativa comum – Imposição de obrigação onerosa aos prestadores do serviço público de pavimentação, afetando o necessário equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em clara violação a preceito constitucional (art. 117 da Constituição Estadual) – Ação julgada procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pelo **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA**, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal 2.360, de 07 de dezembro de 2020, que dispõe sobre: *"O fornecimento e instalação gratuita, pela concessionária de serviços públicos*

de água Sabesp, de válvula de retenção de ar (eliminadores de ar), para hidrômetro a todos os imóveis comerciais e residenciais no município de Taboão da Serra e dá outras providências".

Em síntese, alega que o Poder Legislativo, exorbitou os limites em matéria de competência estadual, pois criou nova obrigação para a concessionária, rompendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviços públicos firmado entre o Município e a concessionária, o que é vedado.

Sustenta que compete ao Executivo, privativamente, a gestão da administração pública, sobretudo disciplinar os serviços públicos oferecidos à população, inclusive os concedidos.

Diz que os artigos 5º, 47, XVIII e VIX, 117 e 144, todos da Constituição Estadual, foram violados. Cita precedente que lhe favorece.

Por tais razões, pede a procedência da ação declaratória, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal 2.360, de 07 de dezembro de 2020, do Município de Taboão da Serra.

A d. Procuradoria Geral do Estado apresentou manifestação, asseverando a inconstitucionalidade da norma impugnada, na medida em que não é possível ao Município inserido em região metropolitana legislar, de forma exclusiva, a respeito de saneamento básico. Com isso, destaca que a disciplina dos serviços de saneamento básico prestados no Município não versa interesse exclusivamente local, motivo pelo qual o interesse transcende os limites territoriais e administrativos de cada Município, conforme entendimento jurisprudencial (fls. 21/31).

A Câmara Municipal de Taboão da Serra prestou informações, aduzindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva de seu Presidente, requerendo, por conseguinte, a extinção do feito. Defendeu, no mais, a constitucionalidade da norma questionada (fls. 35/38).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 41/52).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Sr. Presidente da Câmara Municipal de Taboão da Serra não merece guarida.

Na presente ação, o Presidente da Câmara é chamado a juízo para prestar informações, a teor do artigo 6º, da Lei 9.868/99, na condição de Chefe e representante do Poder Legislativo local, e não pessoal e individualmente considerado, logo, irrelevante se o atual ocupante do cargo não estava nele investido quando ao tempo em que editadas as leis questionadas.

Afasta-se a preliminar suscitada.

No mérito, a ação é procedente.

Trata-se ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto a Lei Municipal nº 2.360, de 07 de dezembro de 2020, que dispõe sobre o fornecimento e instalação gratuita, pela concessionária de serviços públicos de água Sabesp, de válvula de retenção de ar (eliminadores de ar), para hidrômetro a todos os imóveis comerciais e residenciais no município de Taboão da Serra.

Assim dispõe a lei impugnada:

"Art. 1º – Fica assegurado a todos os consumidores dos serviços de água no âmbito do Município de Taboão da Serra, o fornecimento e instalação gratuita de aparelho eliminador de ar, em cada unidade independente servida por ligação de água.

Parágrafo único. Para efeitos desta lei, serão considerados consumidores todos os usuários, pessoas físicas e jurídicas, comerciais e industriais no âmbito do Município de Taboão da Serra.

Art. 2º – O fornecimento e as instalações de válvulas de retenção de ar (Eliminadores de Ar) deverão ser feitas exclusivamente pela concessionária Sabesp ou empresas contratadas pela concessionária.

Art. 3º – As válvulas de retenção de ar (eliminadores de ar) para hidrômetros deverão ter sua capacidade técnica para sua finalidade aprovada pelo INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia Qualidade e Tecnologia) ou por um órgão com competência reconhecida.

Art. 4º – O aparelho eliminador de ar deverá ser instalado na tubulação que antecede o hidrômetro, devendo ser observado os seguintes critérios:

I – ser instalado pela concessionária no imóvel do usuário, no âmbito municipal;

II – preservar a padronização atual de instalação de hidrômetro;

III – manter a localização do aparelho eliminador de ar na tubulação que antecede o hidrômetro.

Art. 5º – Os hidrômetros a serem instalados, após a sanção desta Lei, deverão ter o eliminador de ar instalado conjuntamente, sem ônus adicional para o consumidor.

Art. 6º – A solicitação da instalação do equipamento deverá ser feita pelo consumidor, mediante protocolo junto a concessionária que terá prazo máximo de 30 dias úteis para instalação do equipamento.

Art. 7º – O não cumprimento do prazo disposto no artigo anterior, acarretará multa de 100 (cem), Unidade de Valor Fiscal de Taboão da Serra ou equivalente ao mês, por dispositivo não instalado, devendo a mesma ser revertida para o Fundo Municipal de combate ao Câncer, sem prejuízo das medidas previstas no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, 11 de

Acesso ao Sumário

setembro de 1990.

Art. 8º – O teor dessa lei será divulgado ao consumidor por meio de informação impressa na conta mensal de água, emitida pela empresa concessionária, nos três meses subsequentes à publicação da mesa, bem como em seus materiais publicitários, ficando a empresa concessionária obrigada a dar ampla divulgação sobre o benefício contido nesta Lei.

Art. 9º – As despesas decorrentes com a aplicação da presente Lei, correrão por contas das dotações orçamentárias vigentes no orçamento, suplementadas se necessário.

Art. 10 – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação" (fls. 10/11).

Pois bem.

Quanto ao vício de iniciativa, não se constata mácula dessa natureza quanto à questionada Lei Municipal.

Não se encontra no rol de matérias reservadas ao Chefe do Poder Executivo, ou seja, aquelas que envolvem (a) servidores públicos; (b) estrutura administrativa; (c) leis orçamentárias; geração de despesas; e, (d) leis tributárias benéficas.

Dispõe a Constituição Bandeirante, ao tratar de iniciativa privativa do Governador do Estado, em seu art. 24, § 2º:

"§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

"1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

"2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;

"3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;

"4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

"5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;

"6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos."

Observe-se, ademais, recente orientação do Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Repercussão Geral (Tema nº 917) atrelada ao RE nº 878.911:

"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação

Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido. O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber" (RE nº 878.911, Tema nº 917 v.u. j. de 30.09.16 DJ-e de 11.10.16 – Relator Ministro GILMAR MENDES).

Em suma, a matéria disciplinada pela lei local instalação de equipamento eliminador de ar pelas concessionárias de serviço de distribuição de água, não se encontra no restrito rol de matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, a denotar a inexistência de vício formal no processo legislativo.

De outro lado, a Lei Municipal nº 2360/2020 fere, no entanto, a independência e separação dos poderes (*"Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"*) e configura inadmissível invasão do Legislativo na esfera Executiva.

No âmbito local, observa com a síntese dos doutos, HELY LOPES MEIRELLES: *"Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta.*

Esta á sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração.

Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental" ("Direito Municipal Brasileiro" 2013 17ª ed. Ed. Malheiros Cap. XI 1.2. p. 631).

Veja-se, sobre o tema, recente julgado deste Eg. Órgão Especial: (...) **"Posto isto, resta claro que a expressão 'atribuição de seus órgãos' contida no Tema 917 [Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servi-**

Acesso ao Sumário

dores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)] tem o sentido de preordenação de funções atribuídas pelas normas de constituição e funcionamento aos órgãos da Administração, estes compreendidos como centros de competência, aptos à realização das funções do Estado. Cumpre lembrar que para a eficiente realização de suas funções cada órgão é investido de determinada competência, redistribuída entre seus cargos, com a correspondente parcela de poder necessária ao exercício funcional de seus agentes." (...) "Neste passo, à luz do presente feito, parece correto compreender que mera 'publicidade pertinente ao andamento das execuções das obras públicas no município de Ribeirão Preto', objeto da disposição legislativa ora vergastada, não tem a dimensão de caracterizar inserção em matéria dispositiva da 'atribuição de Órgão da Administração Municipal' (privativa do Chefe do Poder Executivo), mas significa apenas singela providência normatizada tendente ao aprimoramento do bom funcionamento dos serviços públicos.". (...) "No entanto, a douta maioria, acolhendo voto divergente do eminente Desembargador João Negrini Filho reconheceu a parcial inconstitucionalidade da lei impugnada para afastar as expressões 'descrição pormenorizada da obra' e 'imagens de várias etapas' do artigo 3º da Lei nº 12.574/2011, do Município de Ribeirão Preto, por acarretar certa interferência do Poder Legislativo no âmbito administrativo" (ADIn nº 2.141.951-55.2017.8.26.0000 p.m.v. j. de 14.03.18 Rel. Des. ALEX ZILENOVSKI).

O caso em tela, porém envolve outra questão, que diz com a interferência na fixação do preço do serviço, delegado a concessionária contratada.

E aqui já não se deslembrando que a causa de pedir é aberta na ação direta, de modo a se poderem reconhecer outras incompatibilidades constitucionais da lei combatida, independentemente daquelas arguidas (STF, ADin n. 3.576-2/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.11.2006).

Ao tornar obrigatório o cumprimento da lei como disciplinada pelas empresas concessionárias, que devem instalar os equipamentos, caso assim deseje o consumidor, não disciplinando expressamente o ônus do serviço de instalação, afeta o necessário equilíbrio econômico-financeiro a ser observado nos contratos administrativos, em clara violação a preceito constitucional ("Artigo 117 – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações").

Em casos semelhantes, o Egrégio Órgão Especial deste Tribunal de Justiça acolheu pretensão de reconhecimento de inconstitucionalidade por desrespeito

Acesso ao Sumário

ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 4.204/2019, de iniciativa parlamentar, que contempla 'autorização para instalação de equipamento eliminador de ar nas unidades consumidoras do sistema de abastecimento de água' no Município de Mirassol. Vício de iniciativa ou de invasão de reserva de competência administrativa do Chefe Executivo que, em si, não se verifica. Precedentes mais recentes do Órgão Especial. Previsão no caso, porém, de que tudo se faria às expensas da **concessionária. Disposição que atinge o equilíbrio econômico-financeiro próprio do contrato administrativo firmado e que traduz real isenção no preço do serviço, assim no tocante ao fornecimento e instalação do equipamento. Vulneração ao preceito dos artigos 117 e 120 da Constituição do Estado. Causa de pedir aberta em ações como a presente. Ação direta julgada procedente"** (ADIn nº 216010-43.2019.8.26.0000; v.u. j. 24/06/2020 Rel. Des. Claudio Godoy);

"Ação direta de inconstitucionalidade. São José do Rio Preto. Lei municipal n. 12.930, de 25 de abril de 2018, de iniciativa parlamentar, que 'Dispõe sobre a obrigatoriedade de fixação de adesivos com o telefone do 'Disquedenúncia 197' nos ônibus do transporte coletivo urbano' no âmbito daquele Município. Vício de iniciativa caracterizado. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Lei impugnada que importou a prática de atos de governo e de caráter administrativo, próprios do Poder Executivo. Matéria cuja regulamentação está inserida na esfera privativa do Chefe do Poder Executivo. Violação dos arts. 5º e 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Carta Paulista. Norma impugnada que, ademais, importou violação à garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Dever do Poder Público de manter as condições do contrato no curso de sua execução, até seu termo final. Caracterização de ofensa aos arts. 117, 120 e 159, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade caracterizada. Precedentes deste C. Órgão Especial. Ação procedente"

(...) **"... a Lei n. 12.930, de 25 de abril de 2018, do Município de São José do Rio Preto, invadiu a competência privativa do Chefe do Executivo Municipal ao dispor sobre a obrigatoriedade de afixação de adesivos na frota de ônibus que realizam o transporte coletivo municipal. Não há dúvida de que o tema em questão se insere na organização administrativa do Município e na regulamentação do serviço público de transporte, o que não autoriza a iniciativa por parte do Legislativo local." "De fato, a matéria tratada pela lei em questão, relativa à disciplina dos transportes públicos municipais, situa-se na chamada 'reserva da administração', que compreende as competências próprias de gestão atribuídas exclusivamente ao Poder Executivo (art. 47, II e IX, da Constituição Estadual, aplicável aos**

Acesso ao Sumário

Municípios por força de seu art. 144)"

(...) **"Tratando-se de contrato administrativo desta natureza, é inegável a incidência do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, que deve ser observado pela Administração. A medida imposta pela lei em questão (afixação de adesivos nos ônibus do transporte coletivo municipal) indubitavelmente gerará uma despesa extra para as concessionárias para ser implementada, o que surtirá como efeito a majoração do custo do serviço prestado e a direta afetação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo"** (ADIn nº 2.142.720-29.2018.8.26.0000 v.u. j. de 03.10.18 Rel. Des. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ).

No mesmo sentido: ADIn nº 2.088.958-69.2016.8.26.0000 v.u. j. de 14.12.16 Rel. Des. ANTONIO CARLOS MALHEIROS; ADIn nº 2040351-88.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 05.07.17 – Rel. Des. MOACIR PERES; ADIn 2.256.377-17.2016.8.26.0000 v.u. j. de 09.08.17 Rel. Des. FRANCISCO CASCONI; ADIn nº 2129056-28.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 10.10.18 – Rel. Des. GERALDO WOHLERS, dente outros.

Diante do aludido vício de inconstitucionalidade, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.360, de 07 de dezembro de 2020, do Município de Taboão da Serra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2296944-51.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LORENA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LORENA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.922)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, 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, CAMPOS MELLO, FIGUEIREDO GONÇALVES, EUVALDO CHAIB, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de agosto de 2021.
FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento de validade dos § 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 1º, e do § 5º do artigo 2º, todos da Lei n. 3.888, de 27 de outubro de 2020, de iniciativa do Poder Executivo, que dispõe sobre autorização de "medidas excepcionais no âmbito dos contratos, convênios, termos de colaboração e termos de fomento em face da situação de calamidade pública decorrentes do coronavírus no Município de Lorena". Dispositivos impugnados, acrescidos por emenda parlamentar, que incluíram na autorização legislativa o pagamento de contratos de professores (treinadores) e atletas. Alegação de ofensa ao artigo 37, inciso IV, da Lei Orgânica Municipal. Rejeição. Leis infraconstitucionais que não podem ser invocadas como parâmetro idôneo à aferição da legitimidade da lei ou ato normativo no juízo de constitucionalidade. Alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes e de violação ao artigo 24, § 5º, 1, da Constituição Estadual (que não admite aumento de despesa prevista nos projetos de iniciativa do Poder Executivo). Rejeição. Pagamento de contratos de professores (treinadores) e atletas que foi incluído na autorização legislativa dentro do mesmo contexto dos demais contratos, delimitado pelo artigo 1º, ou seja, como medida excepcional "em face da situação de calamidade pública decorrentes do coronavírus", tanto que abrange somente "contratos essenciais e de prestação continuada, e de necessidade". Atos normativos que, dessa forma, guardam pertinência temática com projeto original da lei, e que não acarretam aumento de despesa, pois apenas possibilitam, caso seja do interesse do Poder Executivo (e sem criar direito subjetivo aos interessados) a adoção de "medidas excepcionais" em relação aos contratos de professores (treinadores) e atletas, no contexto da pandeia da COVID-19. Ação julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PREFEITO MUNICIPAL DE LORENA, tendo por objeto **os seguintes dispositivos** da Lei n. 3.888, de 27 de outubro de 2020, de autoria do Poder Executivo, que dispõe sobre autorização de "medidas excepcionais no âmbito dos contratos, convênios, termos de colaboração e termos de fomento em face da situação de calamidade pública decorrentes do coronavírus no Município de Lorena": (a) §§ 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 1º; e (b) § 5º do artigo 2º, todos incluídos por **emenda aditiva parlamentar**. O autor alega ofensa ao princípio da separação dos poderes, e falta de indicação dos recursos disponíveis para atender os novos encargos.

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 129).

O Presidente da Câmara Municipal foi notificado e prestou informações a fls. 138/143, defendendo a validade dos atos normativos impugnados.

A eminente Procuradora Geral do Estado foi citada (fl. 134), mas não se manifestou nos autos (fl. 136).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com as considerações de fls. 147/157, opinou pela improcedência da ação.

É o relatório.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o poder de emendar – que não constitui derivação do poder de iniciar o processo de formação das leis – **qualifica-se como prerrogativa deferida aos parlamentares**, que se sujeitam, no entanto, quanto ao seu exercício, às restrições impostas, em 'numerus clausus', pela Constituição Federal. **A Constituição Federal de 1988, prestigiando o exercício da função parlamentar, afastou muitas das restrições que incidiam, especificamente, no regime constitucional anterior**, sobre o poder de emenda reconhecido aos membros do Legislativo. O legislador constituinte, ao assim proceder, certamente pretendeu repudiar a concepção regalista de Estado (RTJ 32/143 – RTJ 33/107 – RTJ 34/6 – RTJ 40/348), que suprimiria, caso prevalecesse, o poder de emenda dos membros do Legislativo. **Revela-se plenamente legítimo, desse modo, o exercício do poder de emenda pelos parlamentares, mesmo quando se tratar de projetos de lei sujeitos à reserva de iniciativa de outros órgãos e Poderes do Estado**, incidindo, no entanto, sobre essa prerrogativa parlamentar – que é inerente à atividade legislativa – as restrições decorrentes do próprio texto constitucional (CF, art. 63, I e II), bem assim aquela fundada na exigência de que as emendas de iniciativa parlamentar **sempre guardem relação de pertinência com o objeto da proposição legislativa**" (ADI 973 MC/AP, Rel. Min. Celso de Melo, j. 17/12/1993).

Vale dizer, o Poder Legislativo detém competência de emendar todo e qualquer projeto de lei, ainda que fruto da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, desde que observe duas limitações: a) **a impossibilidade de o**

Acesso ao Sumário

parlamento veicular matéria estranha à versada no projeto de lei (requisito de pertinência temática); e b) **a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Executivo**, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 166, **implicarem aumento de despesa pública** (inciso I do art. 63 da CF)" (STF, ADI nº 3.288-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Brito, j. 13.10.2010).

No presente caso, os dispositivos acoimados de inconstitucionais (incluídos por emendas do legislativo) são aqueles constantes do documento de fls. 10/11, referente à Lei Ordinária nº 3.888, de 27 de outubro de 2020, redigidos da seguinte forma, com **destaque (...)** na coluna da direita, em comparação com a redação do projeto original (coluna da esquerda):

PROJETO ORIGINAL DA LEI	**ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA EMENDA PARLAMENTAR**
Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre autorização de medidas excepcionais no âmbito dos contratos, convênios, termos de colaboração e termos de fomento em face da situação de calamidade pública decorrentes do coronavírus no Município de Lorena.	Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre autorização de medidas excepcionais no âmbito dos contratos, convênios, termos de colaboração e termos de fomento em face da situação de calamidade pública decorrentes do coronavírus no Município de Lorena.
	§ 1º – Fica incluída na autorização constante no caput deste artigo a autorização para pagamento das contratações aos professores e atletas oriundas da FADENP.
	§ 2º **– Com relação aos instrumentos oriundos do FADENP fica autorizado o pagamento dos valores em atraso, desde a suspensão das atividades, ficando ainda especificado, o retorno de suas atividades, por meio de plataformas virtuais.**

Acesso ao Sumário

	§ 3º – A autorização constante do caput deste artigo fica adstrita aos contratos essenciais e de prestação continuada, e de necessidade, permanecendo a proibição constante na Lei Ordinária Municipal nº 3.879, de 04 de maio de 2020 e de novas contratações não essenciais.
	§ 4º – Fica autorizado o cumprimento das obrigações constantes dos instrumentos de convênio, termos de colaboração e termos de fomento.
Art. 2º. Como medida excepcional, a Administração Pública Municipal fica autorizada a manter, integral ou parcialmente, o pagamento mensal dos contratos, convênios, termos de colaboração e termos de fomento naqueles ajustes para os quais for indicada a suspensão total ou parcial das atividades contratadas, de modo a garantir o pagamento das despesas devidamente comprovadas, notadamente com pessoal e encargos dos trabalhadores.	Art. 2º. Como medida excepcional, a Administração Pública Municipal fica autorizada a manter, integral ou parcialmente, o pagamento mensal dos contratos, convênios, termos de colaboração e termos de fomento naqueles ajustes para os quais for indicada a suspensão total ou parcial das atividades contratadas, de modo a garantir o pagamento das despesas devidamente comprovadas, notadamente com pessoal e encargos dos trabalhadores.
§ 1º – As audiências dos trabalhadores terceirizados decorrentes do cumprimento desta Lei serão consideradas faltas justificadas, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.	§ 1º – As audiências dos trabalhadores terceirizados decorrentes do cumprimento desta Lei serão consideradas faltas justificadas, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.
§ 2º – A Administração poderá determinar que trabalhadores que deixem de restar os serviços em unidades com decréscimo de atividades prestem serviços da mesma natureza em unidades diversas da contratante ou para outros órgãos ou entes da Administração Pública Municipal que tenham necessidade de acréscimo dessas mesmas atividades, durante o período de tempo em que durar a situação de emergência.	§ 2º – A Administração poderá determinar que trabalhadores que deixem de restar os serviços em unidades com decréscimo de atividades prestem serviços da mesma natureza em unidades diversas da contratante ou para outros órgãos ou entes da Administração Pública Municipal que tenham necessidade de acréscimo dessas mesmas atividades, durante o período de tempo em que durar a situação de emergência.

Acesso ao Sumário

§ 3º – Os trabalhadores que eventualmente deixem de prestar os serviços na unidade deverão permanecer à disposição da Administração Pública Municipal e estar preparados para prontamente retornar às unidades para a retomada dos serviços.	§ 3º – Os trabalhadores que eventualmente deixem de prestar os serviços na unidade deverão permanecer à disposição da Administração Pública Municipal e estar preparados para prontamente retornar às unidades para a retomada dos serviços.
§ 4º – A manutenção do pagamento mensal dos instrumentos previstos no caput deste artigo, quando aplicável pela Administração, ficará condicionada a: I. Não demissão dos empregados afetos à prestação do serviço no período em que perdurar a medida excepcional;	§ 4º – A manutenção do pagamento mensal dos instrumentos previstos no caput deste artigo, quando aplicável pela Administração, ficará condicionada a: I. Não demissão dos empregados afetos à prestação do serviço no período em que perdurar a medida excepcional;
II. outras condições e contrapartidas a critério da unidade contratante.	II. outras condições e contrapartidas a critério da unidade contratante.
	§ 5º – a autorização para manutenção integral ou parcial de pagamento mensal dos contratos fica adstrita aos contratos essenciais e de prestação continuada e de necessidade, restando excluída as proibições constantes da Lei Ordinária nº 3.879, de 04 de maio de 2020 e de novas contratações não essenciais.
Art. 3º – Ao efetuar a suspensão total ou parcial do contrato, convênio, termo de colaboração ou termo de fomento, caso inexista a necessidade temporária de prestação do serviço, poderá a Prefeitura efetuar, se couber, acordo a título de indenização.	Art. 3º – Ao efetuar a suspensão total ou parcial do contrato, convênio, termo de colaboração ou termo de fomento, caso inexista a necessidade temporária de prestação do serviço, poderá a Prefeitura efetuar, se couber, acordo a título de indenização.
§ 1º – O pagamento da indenização a que alude o "caput" deste artigo dependerá da efetiva comprovação do dano por parte do contratado, incluídas medidas mitigatórias da inciativa deste último, em especial as previstas no inciso VI, parte final, do artigo 7º da Constituição da República e nos artigos 6º e 11 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.	§ 1º – O pagamento da indenização a que alude o "caput" deste artigo dependerá da efetiva comprovação do dano por parte do contratado, incluídas medidas mitigatórias da inciativa deste último, em especial as previstas no inciso VI, parte final, do artigo 7º da Constituição da República e nos artigos 6º e 11 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.

Acesso ao Sumário

§ 2º O pagamento da indenização a que alude "caput" deste artigo não é aplicável aos períodos em que houver a manutenção dos pagamentos mensais a que alude o "caput" do art. 2º desta Lei.	§ 2º O pagamento da indenização a que alude "caput" deste artigo não é aplicável aos períodos em que houver a manutenção dos pagamentos mensais a que alude o "caput" do art. 2º desta Lei.
Art. 4º. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotação orçamentária própria e serão suplementadas, se necessário.	Art. 4º. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotação orçamentária própria e serão suplementadas, se necessário.
Art. 5º. Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação, retroagindo seus efeitos à data de declaração da quarentena (23 de março de 2020) e vigorará enquanto perdurar a declaração de calamidade pública decorrente do coronavírus, revogadas as disposições em contrário.	Art. 5º. Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação, retroagindo seus efeitos à data de declaração da quarentena (23 de março de 2020) e vigorará enquanto perdurar a declaração de calamidade pública decorrente do coronavírus, revogadas as disposições em contrário.

O autor questiona a validade desses dispositivos alegando ofensa não só ao **princípio da separação dos poderes**, mas também ao artigo 24, § 5º, 1, da Constituição Estadual, que **não admite o aumento da despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Poder Executivo**.

A ação, entretanto, é improcedente.

Tendo em vista que o projeto de lei original, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, teve como objetivo a "**autorização de medidas excepcionais no âmbito dos contratos, convênios, termos de colaboração e termos de fomento em face da situação de calamidade pública decorrentes do coronavírus no Município de Lorena"**, conforme consta do artigo 1º (nessa parte sem qualquer alteração), e diante da consideração, ainda (i) de que essa disposição (**genérica**) é compatível com a inclusão de contratos, convênios ou termos de fomentos **mais específicos** (sem que tal descaracterize a proposta original de introdução de medidas excepcionais); e (ii) de que a proposição legislativa, no caso, foi apresentada como mera possibilidade (conferida ao poder executivo), dentro do mesmo contexto **excepcional** da proposta original, sem acarretar (necessariamente) aumento de despesa, **não vislumbro a alegada hipótese de inconstitucionalidade**:

> (i) seja por suposta falta de pertinência temática, pois **o pagamento de contratos de professores (treinadores) e atletas** (§ 1º do artigo 1º), inclusive de parcelas atrasadas (§ 2º do artigo 1º) **foi incluído** na autorização legislativa **dentro do mesmo contexto** dos demais contratos, delimitado pelo artigo 1º, ou seja, como **medida excepcional** "em face da situação de calamidade pública decorrentes do coronavírus", abrangendo

Acesso ao Sumário

somente "contratos essenciais e de prestação continuada, e de necessidade, permanecendo a proibição constante na Lei Ordinária Municipal nº 3.879, de 04 de maio de 2020 e de novas contratações não essenciais" (§ 3º do artigo 1º).

(ii) seja por suposta descaracterização do projeto de lei original, pois **a finalidade principal da proposição legislativa**, que era "evitar demissões em massa" e "extinções de pessoas jurídicas", além de possibilitar o "pronto restabelecimento da execução dos objetos quando a situação de calamidade pública decorrentes do coronavírus findarem" (fl. 73), **foi integralmente mantida e preservada**; ou ainda:

(iii) por suposta ofensa à disposição do artigo 24, § 5º, 1, da Constituição Estadual, pois os dispositivos incluídos pelas emendas parlamentares, diferentemente de obrigar, **apenas possibilitam** (caso seja do interesse do Poder Executivo e sem criar direito subjetivo aos interessados) **a adoção de "medidas excepcionais" em relação aos contratos de professores e atletas**, no contexto da pandeia da COVID-19.

É o posicionamento que deve prevalecer, mesmo diante dos argumentos contrários do Prefeito Municipal, pois, como foi bem sustentado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (a) não foi esclarecido pelo autor a que título é pago a bolsa-auxílio aos professores (treinadores) e atletas da FADENP", mas tais situações, "**geralmente são enquadráveis em fomento ao esporte, implicando em pagamento do benefício decorrente de algum convênio, contrato, termo de colaboração ou termo de parceria, o que é objeto do caput do art. 1º da lei em foco**; (b) "se o pagamento dessa bolsa-auxílio aos atletas e professores decorrer de tais institutos, forçoso convir que as alterações promovidas no art. 1º, com as inclusões dos respectivos §§ 1º e 2º no projeto de lei original, **guardam pertinência temática com o projeto de lei inicial e não implicam aumento de despesa, inexistindo violação ao poder de emenda**; e (c) "no que pertine aos §§ 3º e 4º do art. 1º e § 5º do art. 2º, verifica-se que eles apenas limitam ou disciplinam o que o caput dos respectivos artigos propõe e, portanto, **guardam pertinência temática e não geram aumento de despesas, devendo ser considerados constitucionais**" (fls. 147/157).

Nesse sentido já decidiu este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo 2º do art. 1º e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 4º da Lei 5.369/20 do Município de Matão, que dispõe sobre o preenchimento de cargos comissionados. Emenda parlamentar que estabelece necessidade de observância do preceito do art. 37 da CF/88, expressamente referido quando se exige capacitação técnica e conhecimento na área de atuação. Ainda por emenda extinta parte dos cargos criados. Emenda que guarda pertinência temática com o projeto, não aumenta despesa e não o desfigura de modo substancial,

Acesso ao Sumário

assim admitida mesmo em matéria de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo. Precedentes. Ação julgada improcedente" (ADIN n. 2077823-21.2020.8.26.0000, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 09/06/2021).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Martinópolis. Impugnação do art. 3º, II, 'a', 'b' e 'c' e art. 7º, parágrafo único, da Lei Complementar Municipal n. 359, de 07 de maio de 2020. Preliminar. Conexão. Pedido de reunião para julgamento conjunto com a ADI n. 2157313-92.2020.8.26.0000. Descabimento, ante a diversidade de objetos. Mérito. Processo legislativo. Emenda parlamentar. Legislação impugnada que deriva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, objeto de emenda pelo Parlamento. Abuso ou usurpação do poder de emenda. Inocorrência. Pertinência temática com o projeto original caracterizada, sem aumento nem criação de despesa. Inconstitucionalidade não verificada. Precedentes. Pedido improcedente" (ADIN n. 2157156-22.2020.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 24/02/2021)

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar que instituiu programa de recuperação fiscal no município. Projeto de lei de autoria do Chefe do Poder Executivo Municipal. Alteração por emenda parlamentar. Legitimo exercício do poder de emenda garantido à Câmara Municipal. Vício de iniciativa não caracterizado. Pertinência temática verificada. Emenda parlamentar que não acarretará aumento de despesa pública. Ausência de violação à separação dos poderes. Inexistência de afronta à razoabilidade. Pedido julgado improcedente" (ADIN nº 2225612-97.2015.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 03/08/2016).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Substitutiva 08/15 ao PLO 25/15 Lei de Subvenções 2016, de Martinópolis. Inconstitucionalidade não configurada. Dispositivo oriundo de emenda parlamentar a projeto de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, em harmonia com o ordenamento constitucional paulista. Respeito ao artigo 175, §§ 2º e 3º da Constituição Estadual, editado em simetria com os §§ 3º e 4º do art. 166 da Constituição Federal. Entendimento no C. Órgão Especial. Ação improcedente" (ADIN nº 2037960-97.2016.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 21/09/2016).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.046, de 19 de setembro de 2014, do Município de Cachoeira Paulista, editada a partir de proposta do Prefeito e modificações impostas pelo Legislativo, que autorizou o Poder Executivo a alterar o valor da subvenção repassada à Santa Casa de Misericórdia – Emendas aditivas apresentadas que não importam em aumento das despesas públicas e guardam inteira pertinência temática com o projeto original – Alterações, portanto, que não desfiguraram o objeto da proposta do Executivo, arredando a alardeada violação aos preceitos dos artigos 5º, 25 e 150 da Constituição Estadual – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente" (ADI nº 2023545-46.2015, Rel. Des. PAULO DIMAS MASCARETTI, j. 26.08.2015).

Acesso ao Sumário

Inviável, por fim, o reconhecimento de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados por suposta ofensa ao artigo 37, inciso IV, da Lei Orgânica Municipal, pois conforme já decidiu a Suprema Corte, "**a pretensão de cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outra norma infraconstitucional não enseja ação direta de inconstitucionalidade**" (STF, AgR-ADI nº 3.790/PR, Rel. Min. Menezes Direito, j. 29/11/2007).

É o mesmo posicionamento defendido (no âmbito doutrinário) por GILMAR MENDES, para quem "**não subsiste dúvida de que somente a norma constitucional apresenta-se como parâmetro idôneo à aferição da legitimidade da lei ou ato normativo, no juízo de constitucionalidade**" ("Controle de Constitucionalidade", Ed. Saraiva, SP, 1990, p. 263).

Ante o exposto, **julga-se improcedente a ação**.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0042632-46.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ADIR JARDIM DE OLIVEIRA MARTINS e OUTROS, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.267)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, 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, LUIZ ANTONIO DE GODOY, CAMPOS MELLO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 30 de junho de 2021.

PINHEIRO FRANCO, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. Insurgência veiculada em relação à decisão proferida pelo Desembargador Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios e Cálculos – DEPRE. Hipótese a encerrar exercício de competência administrativa delegada pela Presidência da Corte. Pronunciamento que não enseja a interposição do agravo interno. Ausência de previsão legal expressa a este propósito. Inteligência do artigo 253, caput e § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impossibilidade de transformação do Órgão Especial em instância revisora ampla e irrestrita da atuação administrativa da Presidência do Tribunal de Justiça. Recurso não conhecido.

VOTO

Inconformados com o teor da decisão de fls. 16, proferida pelo Senhor Desembargador Coordenador da Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos – DEPRE, que julgou extinto o precatório por quitação, Adir Jardim de Oliveira Martins e outros interpuseram agravo interno, e isso com a alegação de ausência de quitação do precatório, pois ainda há discussão nos autos da execução e que referida decisão trará aos agravantes prejuízos e lesão irreparáveis, ficando impedidos de promover a cobrança das diferenças de seus créditos no mesmo precatório.

Contraminuta está a fls. 21/24.

É o relatório.

O recurso não reúne condições de admissibilidade, circunstância a impor o seu não conhecimento.

Por primeiro, insta registrar que a Coordenadoria da DEPRE diz respeito a uma atribuição delegada de competência administrativa da Presidência, abstratamente prevista pelo artigo 266 e seguintes do Regimento Interno desta Corte.

Nesse contexto, a atuação do Desembargador Coordenador da DEPRE, de natureza apenas administrativa, tem os seguintes objetivos: **(i)** receber e autuar os requisitórios; **(ii)** regular sua ordenação com vistas à expedição do precatório em estrita observância da ordem cronológica, para efeitos de precedência; **(iii)** determinar a realização dos cálculos dos valores a pagar, atualizados, para comunicação a cada entidade devedora do débito geral apurado; **(iv)** recepção dos valores para pagamento com observância da ordem de apresentação, consideradas as preferências constitucionais, com a realização das atualizações devidas; e **(v)** encaminhamento do pagamento ao juízo da execução para ser tido

Acesso ao Sumário

como pago o precatório, aguardando-se eventual comunicação de insuficiência em cento e oitenta dias (RITJESP, art. 267).

E ao juízo da execução, exclusivamente, na sua atuação jurisdicional, cabe resolver possível conflito no que toca à insuficiência do pagamento, conforme positiva o artigo 267, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Por outro lado, vale ponderar que o agravo interno, indicado no artigo 253, **caput**, do Regimento Interno desta Corte, envolve recurso de caráter jurisdicional, a possibilitar que decisões monocráticas sejam revistas pelo colegiado.

Entrementes, de forma apenas excepcional, prescreve o § 1º do artigo 253 de tal Regimento Interno a extensão da incidência do referido agravo interno na esfera administrativa: *"Esse recurso também terá cabimento em matéria administrativa prevista em lei e em questões disciplinares envolvendo magistrado"*.

Além disso, observa-se que, de acordo com o artigo 269 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *"das decisões do Presidente do Tribunal, nos pedidos de sequestro, não caberá agravo interno"*. E a razão dessa norma regimental está no fato de abranger o sequestro de verbas públicas pronunciamento jurisdicional, *"consistindo numa medida satisfativa, de natureza executiva, destinada a entregar a quantia apreendida ao credor preterido em sua preferência"*[1].

Destarte, só resta o reconhecimento da inexistência de previsão legal específica a autorizar a interposição do agravo interno contra decisão administrativa oriunda da competência delegada pela Presidência do Tribunal ao Desembargador Coordenador da DEPRE.

Em realidade, não há razão para a possibilidade ampla de questionamento e revisão de qualquer decisão administrativa da Presidência do Tribunal de Justiça perante o Órgão Especial, a exemplo do que ocorre com aquelas deliberações ligadas aos servidores e aos contratos administrativos.

A questão já foi analisada pelo Desembargador José Renato Nalini: *"Não é possível que, sob o pálio do agravo regimental, faça-se do eg.* Órgão Especial do Tribunal de Justiça câmara potencialmente revisora de todas as decisões administrativas adotadas pela Presidência da Corte. *A interpretação que parece ser mais ajustada vai ao sentido de considerar admissível o agravo regimental perante o Órgão Especial deste Tribunal nos casos em que há decisão monocrática – potencialmente lesiva a direito da parte, giza a disposição regulamentar –, mas que se ocupa de matéria administrativa regimentalmente reservada à competência do próprio Órgão Especial. O agravo então irá aparecer nesse caso como instrumento de salvaguarda da própria competência administrativa do Alto Colegiado". Prossegue o E. Relator: "A não ser assim – e isso*

1 Nesse sentido o escólio doutrinário de Leonardo Carneiro da Cunha ("A Fazenda Pública em Juízo", Ed. Forense, 15ª ed., p. 393), referindo ao magistério de Alexandre Freitas Câmara e Araken de Assis.

é intuitivo – o Órgão Especial passaria a ser convocado a deliberar, mercê de agravo regimental, a respeito das mais comezinhas matérias administrativas afetas regimentalmente à competência de outros órgãos ou autoridades, para além dos lindes regimentais de sua competência administrativa, o que não se mostra razoável, nem jurídico" (TJSP, Agravo Regimental nº 0019910-28.2014.8.26.0000/50000, Órgão Especial, j. 23/04/2014, rel. Des. Renato Nalini – assim ementado: *"Agravo Regimental – Decisão administrativa do DEPRE – Decisão que indeferiu pedido de preferência estabelecida no art. 100 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09 – Ausência de previsão constitucional, legal ou regimental de recurso administrativo – Agravo não conhecido"*).

Ressalva-se a excepcional hipótese do reexame de matéria administrativa relevante, na forma do inciso II, parágrafo único do artigo 12 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a pressupor, para tanto, interesse institucional, o que não ocorre nestes autos, atinentes a interesse apenas individual.

Por derradeiro, para a hipótese de eventual prática de ato abusivo ou ilegal por parte do Desembargador Coordenador da DEPRE, possível, em tese, a adoção do mandado de segurança.

Diante do exposto, não conheço do agravo interno.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Conflito de Competência Cível nº 0018259-14.2021.8.26.0000, da Comarca de Miguelópolis, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, são suscitados 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO e BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A (ATIVO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.508)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRIS-

Acesso ao Sumário

TINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO REIPERSECUTÓRIA DE COISA DEPOSITADA – **SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE ACORDO PARA CONCESSÃO DE OPERAÇÕES DE EMPRÉSTIMO/FINANCIAMENTO COM CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO DE SERVIDORES ESTATUTÁRIOS – DEMANDA AJUIZADA POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM FACE DA PREFEITURA DE MIGUELÓPOLIS QUE TERIA DEIXADO DE REPASSAR OS VALORES DESCONTADOS EM FOLHA DE PAGAMENTO DE SERVIDORES À TÍTULO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO** – NÚCLEO DA DEMANDA QUE ENVOLVE **CONTROVÉRSIA DE NATUREZA PRIVADA – CAUSA DE PEDIR FUNDADA NO DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE NATUREZA BANCÁRIA – COMPETÊNCIA QUE SE FIRMA PELOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL (ART. 103 DO RITJSP) – CONFLITO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA E. CÂMARA SUSCITADA".**

"No âmbito do Eg. Tribunal de Justiça, a competência recursal se firma pelo critério ratione materiae, sendo irrelevante a qualidade da parte (ratione personae)".

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela E. 2ª Câmara de Direito Público em face da C. 20ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, nos autos da Apelação/Remessa Necessária nº 1001217-48.2018.8.26.0352.

A C. 20ª Câmara de Direito Privado, para a qual foi originariamente distribuído o recurso, por acórdão da lavra do Desembargador Luís Carlos de Bar-

ros, dele não conheceu determinando a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público na medida em que as partes celebraram convênio para concessão de empréstimos consignados em folha de pagamento dos servidores da Prefeitura local, tendo a requerida retido indevidamente os valores descontados, deixando de efetuar os necessários repasses à instituição financeira, estando o núcleo da demanda relacionado à responsabilidade civil do Município em decorrência de suposto ato ilícito, nos termos do artigo 3º, inciso I.7, da Resolução nº 623/2013.

Por sua vez, a E. 2ª Câmara de Direito Público, por v. aresto da relatoria do Desembargador Maurício Fiorito, discordou desse entendimento aduzindo que a matéria controvertida diz respeito a contrato bancário entabulado entre as partes, a teor do disposto no artigo 5º, inciso II.4, da Resolução nº 623/2013, sendo irrelevante que o ajuste tenha sido firmado com a Municipalidade.

É o relatório.

Cuida-se de apelação oriunda de ação reipersecutória de coisa depositada ajuizada pelo Banco Santander Brasil S.A. em desfavor da Prefeitura Municipal de Miguelópolis, por suposta retenção indevida de créditos descontados em folha de pagamento dos servidores locais.

Diante do descumprimento do *"Acordo para Concessão de Operações de Empréstimo/Financiamento com Consignação em Folha de Pagamento – Servidores Estatutários"*, as partes celebraram diversos *"Instrumentos Particulares de Transação e Restituição de Bens em Depósito"*, mas a Prefeitura teria deixado de realizar o pagamento das parcelas previstas no Convênio, apropriando-se indevidamente dos descontos em folha, cujo valor retido perfaz o montante de R$ 938.575,16 *(novecentos e trinta e oito mil, quinhentos e setenta e cinco reais e dezesseis centavos)*.

O objeto da lide, na verdade, diz respeito a obrigações irradiadas de contratos de natureza bancária, envolvendo controvérsia de natureza privada, circunstância a atrair a competência da Seção de Direito Privado.

O tema, portanto, refoge à competência da Seção de Direito Público, ainda que figure no polo passivo a Prefeitura Municipal, pois a qualidade da parte não desloca a competência para aquele órgão fracionário *(Conflito de Competência nº 0044408-57.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Desembargador Ademir Benedito)*, cuidando-se de competência ***ratione materiae*** e não ***ratione personae***, de tal sorte que a *"**causa petendi** deduzida na inicial, juntamente com o pedido, delimitam objetivamente a lide, pouco importando a qualidade das partes...' (DC nº 9.053.933-51.2008.8.26.0000 v.u. j. de 08.10.08 Rel. Des. ALOÍSIO DE TOLEDO CÉSAR)" (Conflito de Competência Cível nº 0012596-55.2019.8.26.0000, Relator Desembargador Evaristo dos Santos)*.

Destaco, ainda, entendimento já sufragado por este C. Órgão Especial em

hipótese análoga, ***verbis***:

> ***"Conflito de competência. Apelação extraída dos autos de ação de cobrança de 'Acordo de Cooperação e Apoio Financeiro e Outras Avenças' firmado entre a Municipalidade de Bastos e Banco do Brasil S/A. Causa de pedir fundada no descumprimento de contrato de natureza bancária, sem qualquer repercussão jurídica no Direito Público. Competência recursal que é da Colenda Seção de Direito Privado, especificamente por sua Segunda Subseção (art. 5º, item II.4 e 11, da Resolução nº 623/2013). Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada (38ª. de Direito Privado)"*** *(Conflito de Competência nº 0027054-14.2018.8.26.0000, Relatora Desembargadora Cristina Zucchi).*

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 a competência é firmada *"pelos termos do pedido inicial"*, forçoso é concluir que compete ao órgão fracionário suscitado o exame do recurso na medida em que o artigo 5º, inciso II, item II.4, da Resolução nº 623/2013 atribui às Câmaras Segunda Subseção de Direito Privado a competência preferencial para o julgamento das *"ações relativas a contratos bancários, nominados ou inominados"*.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda 20ª Câmara da Seção de Direito Privado para a qual deverão ser remetidos os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0012872-18.2021.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é suscitante 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 8ª 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 8ª 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 34.134)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABI-

Acesso ao Sumário

LE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 7 de julho de 2021.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: Conflito de competência. Ação declaratória de nulidade c.c. obrigação de fazer movida em face da CHDU (Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo). Termo de desistência assinado por um dos autores. Autores excluídos de sorteio de imóvel voltado ao atendimento da política habitacional do Governo do Estado, eis que a inscrição foi feita pelo casal, enquanto núcleo familiar, e, posteriormente, houve a dissolução da união estável. Discussão sobre regras de direito administrativo. Ausência de vínculo contratual entre as partes, uma vez que, excluídos do sorteio da unidade habitacional, não firmaram contrato de compra e venda do imóvel. Matéria, pois, afeta à competência da Seção de Direito Público. Precedente recente deste C. Órgão Especial.

Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada (8ª Câmara de Direito Público).

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. 20ª Câmara de Direito Privado em relação à C. 8ª Câmara de Direito Público, ambas deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 77/80, que julgou improcedente ação declaratória de nulidade c.c. obrigação de fazer ajuizada por C.R.S.R. e OUTRO em face da COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU, sob o fundamento de que os autores realizaram o cadastro para o sorteio de unidade habitacional enquanto núcleo familiar e, após a dissolução da união estável do casal, a situação fática dos autores se modificou, de modo que o cadastro inicial perdeu sua validade.

O recurso foi inicialmente distribuído à 8ª Câmara de Direito Público que,

Acesso ao Sumário

pelo v. acórdão de fls. 136/142, deles não conheceu, declinando da competência e determinando a redistribuição para uma das 11ª à 24ª Câmaras da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

Redistribuídos os autos à 20ª Câmara de Direito Privado, o recurso não foi conhecido pelo v. acórdão de fls. 147/154, suscitando a remessa dos autos a este C. Órgão Especial para apreciação do conflito negativo de competência.

Encaminhados os autos para a dd. Procuradoria Geral de Justiça, esta deixou de oferecer manifestação no caso, sob a justificativa de ausência de interesse público, social ou de incapaz (fls. 161/165).

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença copiada às fls. 77/80, que julgou improcedente ação declaratória de nulidade c.c. obrigação de fazer ajuizada por C.R.S.R. e OUTRO em face da COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU.

O recurso foi distribuído livremente à C. 8ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça (Câmara suscitada), a qual não conheceu do recurso, aduzindo que a controvérsia envolve desistência de bem imóvel, o qual é objeto de financiamento pela CDHU, pessoa jurídica de direito privado, de modo que a competência para o exame da matéria é de uma das Câmaras da Segunda Subseção de Direito Privado, consoante o art. 5º, II.7[1], da Resolução n.º 623/2013 deste E. Tribunal de Justiça.

Já a Câmara suscitante (20ª Câmara de Direito Privado), aduziu, em síntese, que a matéria se enquadra na competência de uma das Câmaras de Direito Público, a teor do disposto no 3º, I.12[2], da Resolução 623/13 deste E. Tribunal de Justiça, eis que o litígio envolve imóvel com destinação pública e critérios de sorteio em política pública habitacional.

Razão assiste à Câmara suscitante (20ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça).

De início, de se registrar que as competências das Seções de Direito Público e Privado dessa Corte estão regulamentadas pela Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013 deste E. Tribunal de Justiça.

Observa-se ainda que, de acordo com o art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça[3], é sempre o pedido inicial que norteia a fixação da

Acesso ao Sumário

1 *"II.7 – Ações possessórias de imóveis, excluídas as derivadas de arrendamento rural, parceria agrícola, arrendamento mercantil e ocupação ou uso de bem público"*

2 *"I.12 – Ações relativas a loteamentos que digam respeito a controle e cumprimento de atos administrativos em aprovação ou entrega de obras de infraestrutura e a regularização de parcelamento do solo urbano que interfira no sistema viário público ou na infraestrutura urbana básica"*.

3 RITJ. "Art. 103: '*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*".

competência recursal, sendo indiferente a qualidade ou natureza jurídica das pessoas que figuram nos polos ativo e passivo da relação jurídica processual.

Conforme já decidido por este E. Tribunal de Justiça:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Recurso de apelação em Ação de Reparação por Danos Morais. Insurgência contra sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório. Competência para o processamento e julgamento de recursos que é definida pelo pedido formulado na petição inicial da ação (art. 103, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Pretensão da demanda que se refere a responsabilidade civil extracontratual. Matéria pertinente à Primeira Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmara). Resolução nº 623/2013, artigo 5º, I.29, deste Colendo Órgão Especial. Precedentes. Conflito procedente, com determinação de redistribuição do recurso a uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado."[4] (n/ grifos)

Pelo quanto exposto na inicial, objetivam os autores a anulação de termo de desistência de participação de sorteio de unidade residencial e a pretensão em participar do processo de obtenção de moradia popular gerido pela ré.

Consta da inicial que, no dia 02.12.2019, houve sorteio de casas populares na cidade de São José da Bela Vista e os autores foram contemplados com o direito sobre este primeiro sorteio. Ocorre que no final do mês de abril de 2020, os autores promoveram a dissolução da sua união estável, tendo o autor G. procurado o responsável pelo contrato para informar da situação, o qual preencheu um documento denominado "termo de desistência", assinado pelo autor G., sob a alegação de que a casa iria ficar somente no nome da autora. Porém, os autores receberam uma comunicação da CDHU, informando que seus nomes foram retirados do sorteio e da entrega da unidade habitacional, ante a desistência total do imóvel. Pretendem a nulidade de referida desistência e a manutenção no sorteio da unidade habitacional.

Em sua contestação, a requerida CDHU alegou que, embora as famílias estejam cadastradas, não significa que estão aptas ou irão necessariamente adquirir os imóveis sorteados, pois, em que pese contempladas pelo sorteio, estas ainda terão que preencher os requisitos legais e, no caso, a inscrição foi feita pelo casal, enquanto núcleo familiar, de modo que, com a ocorrência da dissolução da união estável, perdeu-se essa condição, devendo os cadastros serem refeitos de acordo com as novas situações sociais e econômicas. Afirmou, ainda, que não houve celebração de negócio jurídico entre as partes, não havendo qualquer vínculo com a requerida.

Acesso ao Sumário

Verifica-se, pois, que a discussão nos autos se fundamenta nos critérios para a participação em sorteio de imóvel considerado bem público, conforme reconhecido por este C. Órgão Especial em diversas oportunidades (CC nº 0042842-68.2018.8.26.0000, Rel. Elcio Trujillo, j. 12.12.2018, CC nº

4 Conflito de Competência nº 0016872-03.2017.8.26.0000, Rel. Tristão Ribeiro, j. 05.07.2017.

0040991-28.2017.8.26.0000, Rel. Francisco Casconi, j. 13.09.2017, CC nº 0032939-43.2017.8.26.0000, Rel. Evaristo dos Santos, j. 23.08.2017, CC nº 0032232-12.2016.8.26.0000, Rel. Xavier de Aquino, j. 17.08.2016) e voltado ao atendimento da política habitacional do Governo do Estado, o que configura a natureza pública da matéria.

Não há, no caso, relação contratual entre as partes, o que permitiria reconhecer a competência privada para discutir a questão, eis que o negócio jurídico pretendido por um dos autores (contrato de compra e venda da unidade habitacional) ainda não se efetivou, por terem sido excluídos do sorteio dos imóveis.

Assim, a matéria dos autos não cuida de descumprimento de contrato de compra de imóveis envolvendo particulares, o que a sujeitaria à competência do Direito Privado. Em verdade, a controvérsia se funda em discussão de normas de natureza administrativa para participação de sorteio de bem público, de tal sorte que se insere na competência de uma das Câmaras da Seção de Direito Público desta Corte.

No mesmo sentido, decisão recente deste C. Órgão Especial, em caso análogo:

> "**Ementa**: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA DECISÃO NEGATIVA DE LIMINAR. CONJUNTO HABITACIONAL. DISCUSSÃO QUE ENVOLVE IMÓVEL COM DESTINAÇÃO PÚBLICA E CRITÉRIOS DE SORTEIO EM POLÍTICA PÚBLICA HABITACIONAL. 1. Agravo de instrumento interposto em ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela contra decisão negativa de liminar. 2. Infere-se, no caso concreto, que a autora agravante, interditada judicialmente, ajuizou ação de obrigação de fazer em face da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo-CDHU, pretendendo que lhe seja reconhecida a participação no sorteio de imóveis, na condição de pessoa com deficiência, para que possa obter, em definitivo, a posse legal da moradia popular localizada no Conjunto Habitacional Presidente Epitácio – H. Observa-se que a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU), sociedade de economia mista, é responsável pela construção e financiamento de moradias populares voltadas a pessoas de baixa renda. 3. Imóvel destinado à política pública habitacional, cujos critérios estão sendo questionados, o que configura e tipifica sua natureza pública, consoante reiteradas decisões proferidas pelo Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça. 4. Há a considerar, ainda, que a relação jurídica havida entre as partes não ostenta natureza contratual, eminentemente privada. Afinal, o negócio jurídico aqui discutido, vale dizer, contrato de compra e venda entre a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo-CDHU e a autora agravante T.R.S., tendo por objeto imóvel de programa habi-

Acesso ao Sumário

tacional, sequer chegou a se efetivar; daí a pretensão da autora agravante ao reconhecimento de sua participação no sorteio de imóveis, na condição de pessoa com deficiência, para futura celebração do mesmo, reconhecendo-se o direito à aquisição da propriedade da unidade residencial popular. 4. Conflito de Competência procedente, reconhecendo-se a competência recursal da Colenda 8ª Câmara de Direito Público[5]".

Pelo exposto, julgo procedente o conflito, afirmando a competência da Câmara Suscitada (8ª Câmara de Direito Público) para decidir o recurso de apelação em questão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0015472-12.2021.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é suscitante SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERREIRA RODRIGUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.745)**

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, RICARDO TUCUNDUVA, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Pedido inicial que tem como questão de fundo acidente entre a motocicleta do autor, atingido na região do pescoço

Acesso ao Sumário

5 CC nº 0020407-32.2020.8.26.0000, Rel. Alex Zilenovski, 26.08.2020.

por um fio da linha telefônica (pertencente a uma das rés), que, alega-se, encontrava-se sem manutenção – Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Entendimento no sentido de que a expressão "acidente de veículo" diz respeito à "colisão entre veículos em trânsito", não sendo cabível ampliar o significado de tal expressão para fixação de competência. Competência da Seção de Direito Público nos termos do inciso I.7, "b", do art. 3º, da Resolução nº 623/2013. Entendimento da súmula 165, deste Órgão.

VOTO

Trata-se de conflito de competência em recursos de Apelação, interpostos por Elektro Redes S/A (fls. 309/319) e pela Telefônica Brasil S/A (fls. 328/342), em face da sentença de fls. 299/305, proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara da comarca de Itanhaém, nos autos de ação de indenização proposta por Alan Pereira da Silva, que julgou procedente a referida ação para condenar as citadas apelantes, solidariamente, ao pagamento da quantia de R$ 25.000,00 a título de danos morais, bem como ao pagamento das despesas processuais e pagamento de honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da condenação.

Os autos da apelação foram distribuídos à Colenda 32ª Câmara de Direito Privado desta Corte (fls. 359), que, em acórdão datado de 26 de março de 2019, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos para redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público, subsumindo a hipótese ao artigo 3º, item I.7, alínea *b*, da Resolução de número 623/2013, deste Órgão (fls. 363/368).

Redistribuídos os autos à c. 4ª Câmara de Direito Público (fls. 372), essa, em acórdão datado de 11 de dezembro de 2020, tornou a não conhecer do recurso, determinando a remessa dos autos à C. Seção de Direito de Privado deste Tribunal, citando precedente contido na apelação de número 1003240-89.2017.8.26.0452 (fls. 377/387).

Foi feita nova distribuição, livre, à 36ª Câmara de Direito Privado, tendo o relator sorteado, des. Pedro Baccarat, representado à Presidência daquela Seção para a redistribuição à supracitada 32ª Câmara (fls. 416/418).

A md. Presidência da Seção de Direito Privado, em seu turno, concluiu que, em que pese não ter sido expressamente suscitado conflito de competência por uma das câmaras, este encontra-se, materialmente, configurado, determinando o encaminhamento destes autos a este c. Órgão Especial (fls. 422/423).

A douta Procuradoria Geral de Justiça entendeu que não se encontram presentes, nos autos, hipóteses que justifiquem sua intervenção (fls. 435/439).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Destarte, acertada a determinação da md. Presidência da Seção de Direito Privado. De fato, o conflito encontrava-se configurado, tendo as duas Câmaras, de direito privado e público, decidido pela ausência de competência para o exame da matéria. Outrossim, a citada Presidência é um dos legitimados ativos para suscitar o Conflito, conforme prevê o artigo 200, do RITJSP:

> Art. 200. O conflito de competência será dirimido pelo Órgão Especial ou, se circunscrita a uma das Seções ou Subseções, pelas Turmas Especiais, podendo ser suscitado pelos Presidentes de Seção, pelos órgãos fracionários do Tribunal, pelo Ministério Público e pela parte ou por terceiro prejudicado.

Dito isso, é de ser conhecido o conflito, declarando-se a competência da Colenda 4ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça.

Conforme disposto na Constituição Federal no seu artigo 125, § 1º:

> "Art. 125 – Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
>
> § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça."

A Constituição Bandeirante, por sua vez, instituiu no seu artigo 69, inciso II, alínea "a", que:

> "Art. 69 – Compete privativamente ao Tribunal de Justiça:
>
> II – pelos seus órgãos específicos:
>
> a) elaborar seu regimento interno, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14 de fevereiro de 2006)

Ressalta-se, também que as competências das Seções de Direito Público e Privado dessa Corte estão regulamentadas pela Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013, com as alterações introduzidas pela Resolução 648, de 11 de junho de 2014 e 832, de 05 de fevereiro de 2020.

Acesso ao Sumário

Observa-se que o Regimento Interno dessa Corte preceitua no seu artigo 103 que:

> "A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."

E, ainda, segundo o artigo 104, do mesmo Estatuto, *"a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento."*

A regra regimental, é pertinente mencionar, encontra eco na Doutrina, posto que "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 identificação do juízo competente"[1].

O elo com a petição inicial é também aclarado pelo autor citado:

> "Como instrumento da demanda, a petição inicial deve revelá-la [a causa de pedir] integralmente. Além do pedido e dos sujeitos, deve a petição inicial conter a exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, que formam a denominada causa de pedir (art. 319, III, CPC).
>
> (...)
>
> A causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fato(s) da vida juridicizado(s) pela incidência da hipótese normativa) e a relação jurídica, efeito daquele fato jurídico, trazidos pelo demandante como fundamento do seu pedido"[2].

A fixação da competência, portanto, se dá com base na Teoria da Asserção – também conhecida como Teoria da *Prospettazione* ou Teoria da verificação *in statu assertionis*, desenvolvida com base no pensamento de Liebman, eis que o exercício do direito de ação depende do preenchimento das condições da ação. Assim, a análise das condições da ação ficariam adstritas ao primeiro juízo de admissibilidade do procedimento, com base unicamente na análise das afirmações contidas na petição inicial (*in status assertionis*), não importando se verdadeiras ou falsas as afirmações. *"O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito"*. explica Luiz Guilherme Marinoni (1991, p. 58 apud DIDIER JR., p. 182).

As competências das Seções do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estão regulamentadas na Resolução nº 623/2013. No que tange ao presente caso, importa:

> "Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:
>
> **I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:**
>
> **(...)**
>
> **I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos: (Redação dada pela Resolução nº 736/2016)**
>
> **a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Esta-**

Acesso ao Sumário

1 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm 2017. Pág. 242.

2 Idem, Ibidem. Pág. 622.

do, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações[1];

b. extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução;

(...)

[1] Vide item I.16 do art. 5º desta Resolução (Redação da nota de rodapé dada pela Resolução nº 785/2017)

(...)

"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. (Redação dada pela Resolução nº 835/2020)

§ 3º – Serão da competência comum das Subseções da Seção de Direito Privado todos os demais feitos que, regidos pelo Direito Privado, não sejam da competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça. (Incluído pela Resolução nº 693/2015)".

Da petição inicial (fls. 01/18) extrai-se que se cuida de ação de indenização movida em face das apelantes em razão de acidente entre a motocicleta do autor, atingido na região do pescoço por um fio da linha telefônica (pertencente a uma das rés), que, alega-se, encontrava-se sem manutenção. O fio teria se desprendido de poste de transmissão de propriedade da outra ré. O autor foi lançado ao solo, sofrendo lesões.

Note-se, assim, que o objeto da lide não advém de *acidente de veículo*, o qual pressupõe o envolvimento de veículos em trânsito, não sendo possível alargar o significado da expressão para fixação da competência, conforme decidiu esta Egrégia Corte de Justiça.

Trata-se, portanto, de responsabilidade civil extracontratual da administração pública, a qual teria sido, segundo extraído do alegado na inicial, negligente e omissa na fiscalização da rodovia, daí advindo o acidente envolvendo o automóvel do autor, que se acidentou após ser atingido por fio de condução que

se encontrava na pista.

Diante disto, como já mencionado, este Órgão Especial vem adotando o entendimento de que a expressão "acidente de veículo" diz respeito à "colisão entre veículos em trânsito", não sendo cabível ampliar o significado de tal expressão para fixação de competência.

Adotando a mesma *ratio* foi alterado o citado artigo 5º, item III.15, excetuando-se, conforme destacado, as ações que envolverem deficiência ou falta do serviço público, exatamente a hipótese dos autos.

Neste sentido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Pedido inicial que tem como questão de fundo a indenização decorrente de acidente por conta de suposta negligência de empresa concessionária de serviço público em manter a conservação/fiscalização da via pública (colisão de veículo com objeto metálico) – Hipótese que não diz respeito a dano causado em **acidente de veículo que pressupõe o envolvimento de veículos em trânsito**, sendo descabido alargar o significado da expressão para a fixação da competência – Competência da Seção de Direito Público nos termos do inciso I.7, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013 – Conflito conhecido e provido para declarar a competência da E. 11ª Câmara de Direito Público. (Conflito de competência cível 0020135-72.2019.8.26.0000; Rel: Salles Rossi; Data do Julgamento: 26/06/2019. Grifos da reprodução.).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ACIDENTE DE VEÍCULO EM ESTRADA MUNICIPAL ATRIBUÍDO NA INICIAL A UMA ÁRVORE CAÍDA NA PISTA DE ROLAMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA EM FACE DA MUNICIPALIDADE – EVENTO ATRIBUÍDO À FALTA DO SERVIÇO PÚBLICO DE CONSERVAÇÃO DA RODOVIA – COMPETÊNCIA RECURSAL DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO RECONHECIDA – EXEGESE DO ARTIGO 3º, I.7, DA RESOLUÇÃO 623/2013 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL – CONFLITO PROCEDENTE A FIM DE DECLARAR COMPETENTE A CÂMARA SUSCITANTE. (Conflito de competência cível 0010292-83.2019.8.26.0000; Rel: Ferraz de Arruda; Data do Julgamento: 22/05/2019).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE VEÍCULO EM RAZÃO DE BURACO NÃO SINALIZADO EM RODOVIA. NEGLIGÊNCIA DO PODER PÚBLICO EM MANTER EM PERFEITO ESTADO DE CONSERVAÇÃO AS VIAS E LEITOS CARROÇÁVEIS, DECORRENDO DAÍ A PRETENSA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. TEMA QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. APLICAÇÃO DO ART. 3º, I, ITEM "I.7", DA RESOLUÇÃO N° 623/2013 DO TJSP. PRECEDENTES DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Acesso ao Sumário

DA CORTE. (Conflito de Competência nº 0005200-27.2019.8.26.0000, Rel: Xavier de Aquino; Data do Julgamento: 13.3.2019)

Conflito de competência. Demanda fundada em indenização decorrente de acidente por conta de suposta negligência de empresa concessionária de serviço público em manter a fiscalização da via pública. **Colisão de veículo com animal na pista de rolamento. Controvérsia ligada diretamente à responsabilidade civil extracontratual. Hipótese que não diz respeito ao dano causado em acidente de automóveis que pressupõe o envolvimento de veículos em trânsito.** Aplicação do artigo 3º, item I.7, da Resolução nº 623/2013 do Tribunal de Justiça. Matéria pertinente à Seção de Direito Público. Suscitação procedente. Competência da 2ª Câmara de Direito Público. (Conflito de competência nº 0027175-08.2019.8.26.0000, Rel. Péricles Piza, Data de julgamento: 28 de agosto de 2019. Grifos da reprodução.).

I. Conflito de competência. Apelação interposta contra sentença que julgou procedente pedido deduzido em ação de reparo de danos materiais e morais proposta em face da Concessionária de Rodovias do Oeste de São Paulo – VIAOESTE S/A. Pretensão calcada em alegada falha na prestação de serviço público pela concessionária. II. Matéria que se insere na competência da Seção de Direito Público, nos termos do artigo 3º, inciso I, item I.7, alínea 'b', da Resolução 623/2013. Precedentes. III. Reconhecida a competência da Câmara Suscitante. (Conflito de Competência nº 0023506-44.2019.8.26.0000, Rel. Márcio Bartoli; Data de julgamento: 28/08/2019).

E, ainda:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação interposta em ação de indenização que busca o ressarcimento pelos prejuízos sofridos em **acidente decorrente de, segundo o alegado na inicial, presença indevida de animal na pista da rodovia de responsabilidade da concessionária ré** – Observância do pedido inserido na exordial – **Controvérsia que não diz respeito a acidente entre veículos em trânsito e sim a fato do serviço público**, buscando-se especificamente o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, decorrente de ilícito ligado à própria prestação do serviço – Corroborando posicionamento já adotado neste C. Órgão Especial, sobreveio nova redação ao item III.15 do inc. III do art. 5º da Resolução nº 623/2013, através da Resolução nº 835/2020 – Matéria inserida na competência preferencial da Seção de Direito Público, nos termos da Resolução nº 623/2013, art. 3º, I.7, "b", com a redação dada pela Resolução nº 736/2016 – Conflito procedente para declarar competente a C. 2ª Câmara de Direito Público. (TJSP; Conflito de competência cível 0008191-39.2020.8.26.0000; Relator: Álvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Campinas – 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 27/05/2020; Data de Registro: 28/05/2020)

Em síntese, a questão amolda-se à súmula de número 165, deste C. Órgão:

Acesso ao Sumário

> Súmula 165 – Compete à Seção de Direito Público o julgamento dos recursos referentes às ações de reparação de dano, em acidente de veículo, que envolva falta ou deficiência do serviço público.

Outrossim, parece ser relevante mencionar que o julgado tomado como paradigma pela 4ª Câmara de Direito Público ao decidir pela sua incompetência para apreciar o recurso (de número 1003240-89.2017.8.26.0452) resultou no Conflito de Competência de número 0004796-05.2021.8.26.0000.

A hipótese era, realmente, marcadamente similar, tratando de acidente causado por fio de telefonia solto em via pública. Clara, portanto, a razão para o prestígio dado pela citada Câmara à jurisprudência deste tribunal. Todavia, o Conflito de Competência citado terminou por julgar competente a 6ª Câmara de Direito Público, conforme se percebe:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de reparação de danos materiais e morais – Responsabilidade atribuída à concessionária de serviço público em razão de **acidente causado por fio de telefonia solto em via pública – Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Aplicação do art. 3º, I, item "I.7", da Resolução n° 623/2013**, alterada pela Resolução nº 648/2014 – Competência da Seção de Direito Público – **Fixação da competência da 6ª Câmara de Direito Público** – Conflito procedente.
>
> (TJSP; Conflito de competência cível 0004796-05.2021.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Piraju – 2ª Vara; Data do Julgamento: 17/03/2021; Data de Registro: 18/03/2021. Grifos da reprodução.)

Destarte, a competência para conhecer e julgar o presente Agravo de Instrumento é da Seção de Direito Público deste Tribunal, por meio da 4ª Câmara, com fulcro no artigo 3º, item I.7, "b", da Resolução nº 623/2013, deste Colendo Órgão Especial.

Pelo exposto, pelo meu voto, conheço do Conflito de Competência suscitado nos autos de Agravo de Instrumento, que julgo procedente, a fim de declarar competente a Colenda 4ª Câmara de Direito Público desta Corte para conhecer e julgar o recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0015753-65.2021.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é suscitante 3ª TURMA CÍVEL E CRIMINAL DO COLÉGIO RECURSAL DE ITU e interessado L.A., é suscitada 3ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 3ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.151)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), 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, RICARDO TUCUNDUVA, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – "Termo Circunstanciado de Ocorrência" (TCO) para apurar a prática de contravenção penal – Diligências para localização do denunciado, esgotadas – Ordem de redistribuição do feito à Justiça Comum, como dispõe o artigo 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95 – Nesse Juízo Comum, foi ordenada citação por edital, determinada em seguida a suspensão do processo (art. 366 do CPP) – Comparecimento do réu em Cartório (balcão), quando tomou ciência do processado, embora posteriormente não localizado no endereço fornecido – Regular instrução do feito, seguindo-se prolação da sentença e interposição de apelação pelo Ministério Público, subindo o feito à uma das Câmaras da Seção Criminal – Determinação de retorno do feito ao Juizado Especial, sob o fundamento de se tratar de "infração penal de menor potencial ofensivo, que é processada perante o Juizado Especial Criminal" – Impossibilidade, entretanto, de retorno dos autos ao Juizado Especial, por força do disposto no artigo 66, par. único, da Lei 9.099/1995 – Irrelevância do comparecimento ulterior do acusado, já perante o Juízo Comum, ocorrida a perpetuação da jurisdição

Acesso ao Sumário

comum – Competência da Câmara Criminal do Tribunal do Tribunal de Justiça para julgar a apelação (art. 84, § 1º, CE, art. 82 da lei 9.099/95 e art. 39 do Provimento CSM 2.203/2014) – Aplicação da Súmula 70 desta Corte, do Enunciado Criminal nº 51 do FONAJE – Precedentes – Conflito julgado procedente, declarada competente a E. Câmara suscitada (3ª Câmara de Direito Criminal).

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado nos autos do *"Termo Circunstanciado de Ocorrência" (TCO)* para apurar a prática de contravenção penal, tendo o Juízo da 2ª Vara Criminal e do Júri da Comarca de Itu recebido a denúncia oferecida contra o acusado L.A. e, após, proferida sentença julgando improcedente a ação penal e absolvendo o réu, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal (fls. 186/187).

O Ministério Público interpôs recurso de apelação (fls. 189 e 200/208). O recurso foi respondido (fls. 211/213). Manifestou-se o Ministério Público (fls. 226/231).

O recurso foi distribuído à 3ª Câmara de Direito Criminal, tendo o Relator, o Desembargador TOLOZA NETO (fls. 222), por decisão monocrática, dele não conheceu, determinando a redistribuição dos autos ao *"Colégio Recursal com jurisdição na Comarca de Itu"*, por se tratar de *"infração penal de menor potencial ofensivo, que é processada perante o Juizado Especial Criminal"* (fls. 233).

Remetidos os autos à Vara de origem (fls. 235), o Colégio Recursal – Itu, por decisão monocrática do Relator Juiz de Direito Juan Paulo Haye Biazevic (fls. 236/238), suscitou conflito de competência porque:

> "Trata-se de termo circunstanciado de ocorrência (TCO) para apurar a prática da contravenção penal prevista no artigo 61 do Decreto-lei nº 3.688/1941. Após esgotadas as diligências para localização do denunciado (fls. 55/56) e manifestação ministerial (fl. 59), o feito foi redistribuído à Justiça Comum (fl. 61), conforme dispõe o artigo 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95. Realizada citação por edital (fls. 64/65), foi determinada a suspensão do processo nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal (fl. 67). O réu compareceu em balcão e ficou ciente do processado (fl. 104), mas posteriormente não foi localizado no endereço fornecido (fl. 129). Houve regular instrução e prolação de sentença (fls. 186/187). O Ministério Público apresentou apelação (fls. 189 e 200/208) e os autos foram remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça para processamento do

Acesso ao Sumário

recurso (fl. 221). Distribuído ao juízo suscitado, por decisão de fl. 233 o Relator da apelação determinou a remessa dos autos ao juízo suscitante por tratar-se de infração de menor potencial ofensivo (fl. 233).

"Ocorre, contudo, que o encaminhamento dos autos à Justiça Comum – em razão da aplicação do artigo 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95[1] – encerra a competência do Juizado Especial, conforme já sumulado por este E. Tribunal:

""**Súmula** nº 70: Não se viabiliza o restabelecimento de competência justificadamente declinada pelo Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal, à vista da não localização do réu (Lei nº 9.099/95, art. 66, parágrafo único), quando de sua superveniente localização, ante a caracterização da "perpetuatio jurisdictionis".

"Nesse sentido, pacífico o posicionamento desta E. Câmara:

""CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Oferecimento de denúncia em desfavor de pessoa que reside no exterior, pela suposta prática de crime de desacato – Feito distribuído originariamente perante a Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Praia Grande, que houve por bem declinar da competência, sob o fundamento de que a expedição de carta rogatória para citação da autora é incompatível com os princípios norteadores da Justiça Especializada em comento – Cabimento – **No caso de o réu não ser encontrado, os autos devem ser encaminhados para o Juízo comum, de acordo com o disposto no artigo 66, parágrafo único da Lei nº 9.099/1995** – Diligência que não se amolda, ademais, aos princípios da informalidade, da economia e celeridade processuais, ínsitos ao procedimento sumaríssimo – Precedente – Conflito procedente para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Praia Grande, ora suscitante (Conflito de Jurisdição 0022590-73.2020.8.26.0000, Relator Xavier de Aquino (Decano), julgado em 05/02/2021)

""Conflito Negativo de Jurisdição. Termo circunstanciado. Tentativas frustradas de citação da acusada pelo Juízo Especial Criminal. **Encaminhamento dos autos à Justiça Comum para citação por edital.** Recebimento da denúncia e localização da ré. Devolução do processo ao Juizado Especial. Impossibilidade. **Encerramento da competência do Juizado Especial quando do encaminhamento dos autos à Justiça Comum.** Previsão expressa do art. 66, § único, da lei n. 9.099/95. Súmula 79 do TJSP. Determinada a competência do Juízo Comum suscitado. Conflito procedente" (Conflito de Jurisdição 0016927-46.2020.8.26.0000, Relatora Lídia Conceição, julgado em 12/08/2020) (grifei)

"No mesmo sentido é o Enunciado Criminal nº 51 do FONAJE:

1 Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Acesso ao Sumário

""A remessa dos autos ao juízo comum, na hipótese do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95 (ENUNCIADO 64), exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá com localização do acusado (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).""

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela *"procedência do conflito de jurisdição, reconhecendo-se a competência do Tribunal de Justiça ... para julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado ... nos autos da ação penal movida em face de L.A."* (fls. 244/246).

É o relatório.

1. Cuida-se de conflito de competência suscitado nos autos do *"Termo Circunstanciado de Ocorrência" (TCO)* para apurar a prática de contravenção penal, tendo o Juízo da 2ª Vara Criminal e do Júri da Comarca de Itu recebido a denúncia oferecida contra o acusado L.A. e, após, proferido sentença julgando improcedente a ação penal e absolvendo o réu, com fundamento no art. 386, III, CPP (fls. 186/187).

Como anotado pelo suscitante e pela douta Procuradoria Geral de Justiça, os autos do *"Termo Circunstanciado de Ocorrência"*, em razão da não localização do réu, foram remetidos do Juizado Especial Criminal para uma das Varas Criminais de Itu (art. 66, parágrafo único, Lei 9.099/95). O réu, então, foi citado por edital e o processo foi suspenso (art. 366 CPP). O réu compareceu nos autos e o feito retomou seu curso, tendo sido julgado pela Vara Comum Criminal.

Dispõe a **Lei nº 9.099/1995** em seu art. 66, parágrafo único:

"Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

"Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei".

Como se viu, por força dessa norma, não encontrado o réu, deslocou-se a competência do Juizado Especial Criminal para a Justiça Comum Criminal, que julgou o feito.

A circunstância de o réu ter comparecido espontaneamente em Cartório da Vara da Justiça Comum, ali tomando ciência do processado, não tem o condão de novamente modificar-se a competência, para fazer retornar o feito ao Juizado Especial, para ir ao Colégio Recursal em virtude da apelação, como bem o demonstra o digno Magistrado relator do feito.

Como afirmado nessa r. decisão, com suporte na jurisprudência sumulada deste E. Tribunal e em precedentes da Câmara Especial, a redistribuição do feito ao Juízo Criminal Comum, encerra a competência do Juizado Especial Criminal, sem possibilidade de retorno:

Acesso ao Sumário

"Ocorre, contudo, que o encaminhamento dos autos à Justiça Comum – em razão da aplicação do artigo 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95[2] – encerra a competência do Juizado Especial, conforme já sumulado por este E. Tribunal:

""**Súmula** nº 70: Não se viabiliza o restabelecimento de competência justificadamente declinada pelo Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal, à vista da não localização do réu (Lei nº 9.099/95, art. 66, parágrafo único), quando de sua superveniente localização, ante a caracterização da "perpetuatio jurisdictionis".

"Nesse sentido, pacífico o posicionamento desta E. Câmara:

""CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Oferecimento de denúncia em desfavor de pessoa que reside no exterior, pela suposta prática de crime de desacato – Feito distribuído originariamente perante a Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Praia Grande, que houve por bem declinar da competência, sob o fundamento de que a expedição de carta rogatória para citação da autora é incompatível com os princípios norteadores da Justiça Especializada em comento – Cabimento – **No caso de o réu não ser encontrado, os autos devem ser encaminhados para o Juízo comum, de acordo com o disposto no artigo 66, parágrafo único da Lei nº 9.099/1995** – Diligência que não se amolda, ademais, aos princípios da informalidade, da economia e celeridade processuais, ínsitos ao procedimento sumaríssimo – Precedente – Conflito procedente para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Praia Grande, ora suscitante (Conflito de Jurisdição 0022590-73.2020.8.26.0000, Relator Xavier de Aquino (Decano), julgado em 05/02/2021)

""Conflito Negativo de Jurisdição. Termo circunstanciado. Tentativas frustradas de citação da acusada pelo Juízo Especial Criminal. **Encaminhamento dos autos à Justiça Comum para citação por edital**. Recebimento da denúncia e localização da ré. Devolução do processo ao Juizado Especial. Impossibilidade. **Encerramento da competência do Juizado Especial quando do encaminhamento dos autos à Justiça Comum**. Previsão expressa do art. 66, § único, da lei n. 9.099/95. Súmula 79 do TJSP. Determinada a competência do Juízo Comum suscitado. Conflito procedente" (Conflito de Jurisdição 0016927-46.2020.8.26.0000, Relatora Lídia Conceição, julgado em 12/08/2020) (grifei)

"No mesmo sentido é o Enunciado Criminal nº 51 do FONAJE:

""A remessa dos autos ao juízo comum, na hipótese do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95 (ENUNCIADO 64), exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá com localização do

2 Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Acesso ao Sumário

acusado (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).””

Desse modo, a competência para análise do recurso oriundo do Juízo Comum Criminal é uma das Câmaras da Seção de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, nos termos do art. 84, § 1º, da Constituição Estadual, art. 82 da Lei nº 9.099/1995 e art. 39 do Provimento CSM nº 2.203/2014.

Vista a questão por outro ângulo, pouco diverso do enfocado neste caso, este C. Órgão Especial já decidiu:

> “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO PENAL PRIVADA – CÂMARA CRIMINAL E TURMA DE COLÉGIO RECURSAL – QUEIXA-CRIME QUE TRAZ IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE CALÚNIA EM SUA FORMA MAJORADA (ARTIGO 138 C.C. 141, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL) – PENA QUE SUPERA O TETO DE DOIS ANOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS – VERBETE DA SÚMULA Nº 82 DESTA C. CORTE – DECISÃO RECORRIDA, ADEMAIS, PROFERIDA PELO JUÍZO COMUM CRIMINAL – **COMPETÊNCIA DO COLÉGIO RECURSAL RESTRITA AO EXAME DE RECURSOS ORIUNDOS DE DECISÕES DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS** – ARTIGO 84, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, 82 DA LEI Nº 9.099/95 E 39 DO PROVIMENTO CSM Nº 2.203/2014 – PRECEDENTES DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL E DA C. CÂMARA ESPECIAL DO E. TJSP – PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 6ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL, SUSCITADA” (CC 0018903-88.2020.8.26.0000, Relator Desembargador FRANCISCO CASCONI, j. 27.01.2021) (**negritei**)

Ressaltou o e. Relator do acórdão mencionado, trazendo jurisprudência:

> “(...) remansoso o entendimento de que não compete ao Colégio Recursal enfrentamento de recursos interpostos contra julgados proferidos por Juízo Criminal Comum – como ocorre ***in casu***, fls. 29 – mas apenas daqueles oriundos dos sistemas dos Juizados Especiais, à luz do que dispõem os artigos 84, § 1º, da Constituição Estadual, 82 da Lei nº 9.099/95 e 39 do Provimento CSM nº 2.203/2014.
>
> “(...)
>
> “Sem discrepar, precedentes deste C. Órgão Especial e da C. Câmara Especial deste E. Tribunal apontam para a mesma solução:
>
> ““(...)
>
> ““*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Colégio Recursal julga recursos oriundos de decisões proferidas por Juiz em exercício em Juizado Especial. Decisão, in casu, proferida por MMª Juíza da 2ª Vara Judicial da Comarca de Conchas. Competência da Câmara Criminal*

suscitada, nos termos do art. 84, § 1º, da Constituição Estadual e Provimento nº 806/03, do CSM – Precedentes do C. Órgão Especial. ***O Colégio Recursal só tem competência para julgar recurso oriundo de decisão proferida por Juiz de Direito em exercício em Juizado Especial.***" (TJ/SP – Conflito de Competência nº 0267406-40.2012.8.26.0000, rel. Des. Luis Ganzerla, j. em 27.02.2013). No mesmo sentido: Conflito de Competência nº 0101590-40.2011.8.26.0000, rel. Des. Ruy Coppola, j. em 03.08.2011." (**negritei**)

E, como bem ressalta a douta Procuradoria Geral de Justiça,

"Com a modificação de competência operacionalizada no processo por força do artigo 66, parágrafo único da Lei 9099/95, esgotou-se a competência do Juizado Especial Criminal e definiu-se a competência da Vara Criminal, com poderes para realização de atos processuais de maior complexidade, dentre os quais se inclui a citação por edital.

"Nesse sentido, o Enunciado do Fórum Nacional dos Juizados Especiais do Conselho Nacional de Justiça:

""ENUNCIADO 51 – A remessa dos autos ao juízo comum, na hipótese do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95 (ENUNCIADO 64), exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá com localização do acusado (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES)".

"Na mesma linha o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Juizado Especial não tem competência absoluta para julgar as infrações de menor potencial ofensivo e que a regra do artigo 66 parágrafo único da Lei n. 9099/95 convive com o princípio do juiz natural:

""A especialização dos Juizados Especiais Criminais tem como razão de ser tornar o procedimento célere e informal e a possibilidade de transação penal e composição dos danos a serem observados, não sendo definida aquela competência em razão do direito material tutelado. Nesse sentido se tem no § 2º do art. 77 e parágrafo único do art. 66 da Lei n. 9.099/1995 outras duas causas modificativas da competência do Juizado Especial para o juízo comum, a saber, a complexidade ou circunstâncias da causa que dificultem a formulação oral da peça acusatória e o réu não ser encontrado para a citação pessoal. Fosse absoluta a competência do Juizado Especial Criminal em razão da matéria, aquelas previsões legais, não impugnadas nesta ação, ofenderiam o princípio do juiz natural, pois permitiriam o julgamento por órgão materialmente incompetente. Nesse sentido os institutos despenalizadores dos juizados constituem garantia individual do acusado. As garantias fundamentais é que devem ser asseguradas, independente do juízo em que tramitarem as infrações penais" (STF, Rel. Min. Cármen Lúcia, ADI 5.264, j. 7.1.2020, publicação 4.2.2021).

Acesso ao Sumário

"A sentença foi prolatada por Vara Criminal comum e, portanto, o julgamento do recurso de apelação deve ser feito por uma das Câmaras Criminais deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo."

2. Ante o exposto, julgo procedente o conflito e declaro competente a 3ª Câmara de Direito Criminal.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0014762-89.2021.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada CÂMARA ESPECIAL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. LUIS SOARES DE MELLO, XAVIER DE AQUINO, RICARDO ANAFE E FERRAZ DE ARRUDA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.039)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, 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 TUCUNDUVA, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

MOACIR PERES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação civil pública por meio da qual se pretende a condenação do Município à instalação de mais um Conselho Tutelar. Ação que se funda no aumento da demanda por serviços públicos que previnem ou lidam com situações de risco ou lesão a direito de criança e adolescente. Competência das Varas da Infância e da Juventude determinada pelo Estatuto da Criança e do

Adolescente. Aplicabilidade do artigo 33 do Regimento Interno deste E. Tribunal. Precedente.

Conflito procedente. Competência da Câmara Especial para o conhecimento e julgamento do recurso.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, figurando como suscitada a Câmara Especial (fls. 382/386), em recurso de apelação de sentença que julgou improcedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em que se pleiteia a implantação de mais um Conselho Tutelar no Município de Assis (fls. 1/8).

Apreciando o recurso, a C. Câmara Especial deste E. Tribunal determinou a redistribuição dos autos à C. 13 ª Câmara de Direito Público, por entender que a demanda, "embora permeie a tutela do direito de crianças e adolescentes, remete a responsabilidade civil do Estado" (fls. 370/378).

A 13ª Câmara de Direito Público, por sua vez, suscitou o conflito de competência (fls. 382/386).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, com o reconhecimento da competência da Câmara Especial para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 397/401).

É o relatório.

Diz o art. 103 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça que a competência deve ser definida pelos termos do pedido e da causa de pedir: "A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

Trata-se de ação civil pública por meio da qual pretende o Ministério Público do Estado de São Paulo obter a condenação do Município de Assis "ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na criação de mais uma unidade do Conselho Tutelar, com inclusão na próxima lei orçamentária de previsão dos recursos necessários ao seu funcionamento (art. 134, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90)21, sob pena daquela multa diária, em favor do fundo municipal citado" (fls. 8).

O pedido funda-se no aumento da demanda por atendimentos e acompanhamentos de crianças e adolescentes no Município de Assis.

E, como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "[n]ão obstante haja consequência na gestão administrativa do Poder Público para atender ao que foi requerido na petição inicial, a questão principal é a matéria envol-

Acesso ao Sumário

vendo a devida proteção estatal dos direitos de crianças e adolescentes. Dessa forma, o pleito envolve diretamente direitos infanto-juvenis legalmente previstos, em especial a regularização do serviço público prestado à proteção integral infanto-juvenil, afastando eventuais situações de risco ou danosas, o que implica na prevalência da competência do Juízo da Infância e da Juventude, por sua especialidade, nos termos do art. 148, IV, do ECA, inserindo-se na competência da colenda Câmara Especial, nos termos do art. 33, parágrafo único, IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo." (fls. 400, g.n.).

Destarte, ainda que a procedência da ação implique a imposição de obrigação ao Poder Público, com consequências inclusive orçamentárias, é certo que o que se busca é suprir a demanda por serviços públicos que previnam ou que lidem com situações de risco ou de dano a direitos de crianças e adolescentes.

E, nos termos do artigo 33 do Regimento Interno, compete à Câmara Especial deste E. Tribunal processar e julgar "os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude" (inciso IV do parágrafo único).

Dessa forma, tratando-se, como visto, de ação atinente a matéria de Infância e Juventude, a competência para apreciar e julgar o recurso é mesmo da referida Câmara Especial.

Assim já decidiu este C. Órgão Especial, em caso semelhante:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação que objetiva a implantação de um segundo Conselho Tutelar no município, assegurando às crianças e adolescentes assistência para a solução de seus casos dentro de sua vulnerabilidade – Controvérsia que, apesar de envolver direito administrativo pela busca de prestação do serviço público nos termos da legislação pertinente, afeta diretamente regras da infância e juventude – Regularização de atos administrativos que figuram como o serviço público prestado à proteção integral infanto-juvenil e que faz prevalecer a competência do Juízo da Infância e da Juventude por se tratar de lei especial, cuja previsão se encontra no 148, IV, do ECA – Competência da C. Câmara Especial prevista no art. 33, parágrafo único, IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo – Conflito procedente. (TJSP; Conflito de competência cível 0029766-40.2019.8.26.0000; Relator: Des. Álvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Hortolândia – 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 04/09/2019; Data de Registro: 05/09/2019)

Destarte, é de rigor o reconhecimento da competência da C. Câmara Especial deste E. Tribunal para o julgamento do presente feito.

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, declarando competente a C. Câmara Especial para conhecer e julgar o recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Conflito de Competência Cível nº 0016054-12.2021.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO DE PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO 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 46247)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, 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 MELLO, VIANNA COTRIM, FIGUEIREDO GONÇALVES e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 28 de julho de 2021.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Conflito de Competência. Apelação Cível em Ação de Improbidade Administrativa. Exercício cumulado de cargo de Conselheira Tutelar e auxiliar de enfermagem. Matéria relativa a Competência da Seção de Direito Público. Afastada a competência da Câmara Especial que tem competência para matéria afeta a infância e juventude. Inteligência do artigo 3º, I.1, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Precedentes do Órgão Especial. Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à 8ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado na apelação cível nº

1008054-69.2020.8.26.0637 interposto por Andreia Nunes Alves em face da sentença de fls. 189/193 que julgou procedente a ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em razão do exercício cumulado do cargo de conselheira tutelar com o cargo de auxiliar de enfermagem na Sociedade Beneficente Hospital São José de Herculândia, em desconformidade com a Lei Municipal nº 2.877/2013 e a Resolução nº 170/2014, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda).

Distribuídos os autos à C. 8ª Câmara da Seção de Direito Público, que, por votação unânime, não conheceu do recurso, determinando a redistribuição à Câmara Especial, por entender que a ação envolve discussão acerca de direito da criança e do adolescente, com fundamento no artigo 33, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça (fls. 229/235).

O feito foi redistribuído à Câmara Especial do Tribunal de Justiça que, por votação unânime, não conheceu do recurso suscitou o conflito de competência, sob o fundamento de que o objeto da demanda é o reconhecimento do ato de improbidade praticado pela apelante, consistente no acúmulo indevido de funções, bem como a imputação das sanções previstas na Lei 8.429/92, sendo que a proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes é questão secundária na hipótese, sendo, portanto, a competência da Câmara de Direito Público, nos termos do artigo 3º, inciso I, item I.10, da Resolução nº 623/2013, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls.248/259).

Designou-se o D. Relator da 8ª Câmara de Direito Público para decidir, se o caso, sobre as medidas urgentes, nos termos do artigo 201, do Regimento Interno deste E. Tribunal, até final julgamento pelo C. Órgão Especial.

É o relatório.

Trata-se de apelação cível interposta por Andreia Nunes Alves em face de sentença que julgou procedente ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público, em razão do exercício cumulativo da função de Conselheira Tutelar com a decorrente do cargo efetivo de auxiliar de enfermagem, na Sociedade Beneficente Hospital São José de Herculândia.

A ação de improbidade aduz que o acúmulo da função com o cargo aludido viola a Lei Municipal nº 2.877/2013 e a Resolução nº 170/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), que exigem dedicação exclusiva, vedado o acúmulo da função de Conselheira Tutelar com qualquer outro cargo, público ou privado.

Pela r. sentença foi reconhecido como ímprobo o ato por importar em enriquecimento ilícito e atentar contra os princípios da Administração Pública, aplicando-se as sanções de: I) perda da função pública de Conselheira Tutelar; II) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o que

Acesso ao Sumário

deverá ser apurado em sede de cumprimento de sentença; III) suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de oito anos; IV) pagamento de multa civil de uma vez o valor da remuneração mensal percebida pela requerida no exercício do cargo público de Conselheira Tutelar, com atualização monetária na forma da Tabela Prática de Débitos Judiciais do E. TJSP, e com juros moratórios de 0,5% ao mês, incidentes desde a citação; V) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais, ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (fls. 189/193).

Ingressou a requerida com recurso de apelo, sustentando, em síntese, que o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente nunca teria se manifestado acerca da cumulação de cargos, mesmo sendo este o responsável pela elaboração do concurso público e fiscalização dos documentos. Afirma que não agiu com dolo, não causou prejuízos ao erário público, uma vez que o dinheiro recebido pela apelante foi por conta de trabalho realizado. Sustenta a responsabilidade exclusiva do CMDCA e do Chefe do Poder Executivo, por permitirem que a apelante tomasse posse. Pretende a absolvição e, subsidiariamente, o afastamento das sanções aplicadas.

O feito foi distribuído à 8ª Câmara de Direito Público, que determinou a redistribuição do recurso, com a remessa dos autos à Câmara Especial, entendendo que a ação envolve discussão acerca de direito da criança e do adolescente, com fundamento no artigo 33, inciso IV, do Regimento Interno deste Tribunal *("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: IV – **os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude**)*.

Remetidos os autos de apelação cível à Câmara Especial que, por votação unânime, suscitou o conflito de competência, sob o argumento de que a matéria é afeta ao direito administrativo, relativo ao reconhecimento de ato de improbidade, não se tratando de regramento do ECA, ligado à proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, questão secundária na hipótese. Entendeu-se que a competência é da Seção de Direito Público, de acordo com o artigo 3º, inciso I, item I.10, da Resolução 623/2013, do Órgão Especial do TJSP.

Anote-se que, como regra geral de competência jurisdicional, de acordo com o artigo 103, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

E o artigo 104 do mesmo diploma complementa: *"A competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento"*.

Acesso ao Sumário

Bem fundamentou o V. Acórdão da Câmara Suscitante:

"E, contrariamente ao que asseverou o órgão suscitado, a ação de improbidade neste caso concreto não envolve 'interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente'.

Isto porque não se está a analisar conduta consistente em ato de improbidade atinente às funções estritas de conselheira tutelar, relativas à inobservância das atribuições previstas pelo artigo 136 do ECA, mas sim de ***prática incompatível com o regime jurídico de direito público, ou seja, inidoneidade atrelada à regra relativa ao exercício de função pública, em razão da equiparação realizada pelo artigo 2º Lei 8.429/92.***

O ato ímprobo em análise concerne à vedação da acumulação do cargo de conselheira tutelar com outro cargo ou função pública ou privada, tal como estabelece a lei municipal nº 2.877/2013 e a Resolução nº 170/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que exigem dedicação exclusiva. Não está na seara do disposto no Título V do ECA.

Assim, neste contexto, a *matéria é afeta ao direito administrativo*. Não se trata, portanto, de regramento do ECA, ligado à proteção integral dos direitos da criança e do adolescente.

Considerando que o *objeto desta demanda é o reconhecimento de ato de improbidade praticado pela apelante, consistente no acúmulo indevido de funções*, e a consequente imputação das sanções previstas pela Lei nº 8.429/92, observa-se que a proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes é questão secundária na hipótese."

Assim, tratando-se de ação de improbidade administrativa para reconhecimento da irregularidade do desempenho da função de Conselheira Tutelar – durante o quadriênio 2020/2024 obtido por processo eleitoral – em razão de acumulação da função com outro emprego em associação privada, afasta-se a questão atinente à competência da Câmara Especial (*recursos em matéria de infância e juventude cf. artigo 33, parágrafo único, inciso IV, do RITJSP*), não restando dúvida sobre a competência ser firmada para o suscitado (Seção de Direito Público), nos termos do artigo 3º, inciso I, item I.1 e I.10:

"**Art. 3º**. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

I.1 – Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958;

Acesso ao Sumário

I.2 – Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos;

I.3 – Ações relativas a licitações e contratos administrativos;

I.4 – Avaliações judiciais disciplinadas pelo Código de Mineração e seu Regulamento (Decretos-lei 227/1967 e 318/1967, e Decreto nº 62.934/1968);

I.5 – Ações de desapropriação, salvo as mencionadas no parágrafo único do art. 34 do Decreto-Lei nº 3.365/1941;

I.6 – Ações relativas a ensino em geral, ressalvado o disposto no § 1º do art. 5º desta Resolução;

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no inciso III.15 do art. 5º desta Resolução;

I.7.a – Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação de bem público[1];

I.8 – Ações e execuções de natureza fiscal ou parafiscal de interesse da Fazenda do Estado e de suas autarquias e contribuições sindicais;

I.9 – Ação popular;

I.10 – Ação civil pública, relacionada com matéria da própria Seção;

I.11 – Ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público.

Nesse sentido, confira-se o recente julgado, em votação unânime, deste C. Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação Cível – Conselheiro tutelar – ***Suposta conduta ímproba no exercício de função pública, por afronta a princípios da Administração Pública – Ação que objetiva aplicar penas da Lei de Improbidade Administrativa:*** perda da função pública, com a cassação de mandato de conselheiro tutelar, suspensão de direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público – *Pretensão inicial predominantemente de natureza administrativa – Competência – Inaplicabilidade das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente* – Ausência de interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente – ***Reconhecimento da competência da Seção de Direito Público*** para julgamento da causa presente – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 3ª Câmara de Direito Público." (TJSP; Conflito de competência cível 0022607-12.2020.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Jacareí – Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/02/2021; Data de Registro: 12/02/2021)

Acesso ao Sumário

Este C. Órgão Especial em outras oportunidades também já firmou entendimento decidindo pela competência da Câmara de Direito Público em razão

da ação não envolver discussão a respeito de matéria afeta à Infância e Juventude, tratando-se de pedido expressamente fundamentado na lei de improbidade administrativa, afastando-se a competência indicada pelo artigo 33, parágrafo único, inciso IV, do RITJSP:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ***Ação civil pública versando atos de improbidade administrativa praticados por Conselheiras Tutelares*** e também, em coautoria, por particulares. Condutas que, embora tenham sido perpetradas em procedimentos de adoção, estão sujeitas a sancionamento à luz da Lei de Improbidade Administrativa. Artigo 3º, inciso I.1 e I.10, da Resolução nº 623/13, deste C. Órgão Especial, que ***estabelece a competência da Seção de Direito Público para conhecer e julgar os recursos que versem ações relativas a servidores públicos***. Reconhecida a competência da E. 12ª Câmara Extraordinária de Direito Público, suscitada. Conflito acolhido." (TJSP; Conflito de competência cível 0035280-08.2018.8.26.0000; Relator: Geraldo Wohlers; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 17/10/2018)
>
> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. APELAÇÃO INTERPOSTA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REQUERIDA EXERCENTE DO CARGO DE CONSELHEIRA TUTELAR MUNICIPAL E ORIENTADORA EDUCACIONAL EM ENTIDADE DE ATENDIMENTO. ALEGAÇÃO DE CONDUTA PESSOAL INCOMPATÍVEL COM O DECORO EXIGIDO DE QUEM DESEMPENHA FUNÇÃO PÚBLICA OU DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. PRETENSÃO DE DESTITUIÇÃO DA REQUERIDA DE AMBOS OS CARGOS, SUSPENSÃO DE SEUS DIREITOS POLÍTICOS, APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL E DETERMINAÇÃO DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO PELO PERÍODO DE TRÊS ANOS. ***PEDIDO EXPRESSAMENTE FUNDAMENTADO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MATÉRIA QUE NÃO SE INSERE NA COMPETÊNCIA DA CÂMARA ESPECIAL.*** APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 103 DO REGIMENTO INTERNO E 3º, I, I.1 E I.2., DA RESOLUÇÃO 623/2013, AMBOS DESTE TRIBUNAL. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA. (TJSP; Conflito de competência cível 0036724-13.2017.8.26.0000; Relator: Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 08/11/2017)

Dessa forma, deve ser fixada a competência para a 8ª Câmara de Direito Público.

Isso posto, **julga-se procedente o conflito de competência, determinando-se a redistribuição do feito para a 8ª Câmara de Direito Público.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cí-

vel nº 0020569-90.2021.8.26.0000, da Comarca de São Miguel Arcanjo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. 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 54411)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, ELCIO TRUJILLO, LUIS SOARES DE MELLO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS e COSTABILE e SOLIMENE.

São Paulo, 11 de agosto de 2021.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Erro médico – Hospital – Demanda ajuizada contra pessoa jurídica de direito privado, envolvendo matéria pertinente à responsabilidade civil decorrente de erro médico ou falha na prestação do serviço, nada tendo sido aduzido acerca de eventual regime de responsabilidade civil empregado aos entes estatais – Competência que cabe à Câmara integrante da Seção de Direito Privado – Hipótese em que, inobstante tenha o tratamento se dado por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, tal circunstância não basta para o deslocamento da competência para o julgamento do feito – Artigo 5º, I.24, da Resolução 623/2013, do Órgão Especial desta Corte – Conflito procedente, reconhecida a competência da 9ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da apelação

nº (...) da qual não conheceu a 9ª Câmara de Direito Privado, sob o fundamento de que "a questão em debate refere-se à pretensão indenizatória decorrente de falha no atendimento médico prestado pela ré BENEFICÊNCIA NIPO-BRASILEIRA DE SÃO PAULO – HOSPITAL SÃO MIGUEL ARCANJO, através do Sistema Único de Saúde – SUS, conforme se verifica das fichas de atendimento de fls. 99" (fls. 279), pelo que o julgamento do feito seria de competência da Seção de Direito Público. Por sua vez, entende a Câmara suscitante que "a ação em face de PAULO HENRIQUE MARTINS BRANCO, médico, pessoa física, e do HOSPITAL SÃO MIGUEL ARCANJO (Razão social BENEFICÊNCIA NIPO-BRASILEIRA DE SÃO PAULO), pessoa jurídica de direito privado" (fls. 290) e que "o fato de haver ou ter havido atendimento via SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE não desloca a competência" (fls. 291), de sorte que a competência recursal para o exame e julgamento do feito é da Seção de Direito Privado.

É o relatório.

Conforme se extrai dos autos, ajuizou o autor a presente ação indenizatória, sob a alegação de que teria ocorrido, *in casu*, imperícia médica, *"visto que em decorrência da torção ter sido descoberta apenas 4 dias após os sintomas começarem a ser apresentados o testículo direito do requerente já tinha se necrosado, e a única solução para o causa seria fazer a retirada do mesmo, o que acabou sendo feito"* (fls. 05). Alegou que *"Inexistiu qualquer cuidado por parte dos requeridos a fim de evitar que o requerente tivesse que retirar um órgão e por mais que esteja em uma parte que é coberta na maioria das vezes, ainda sim traz enormes sequelas e constrangimento quanto o requerente está diante por exemplo de um primeiro encontro amoroso, visto que é aparente a falta de um testículo"* (fls. 10/11). Pretendeu, assim, indenização por supostos danos morais, materiais e estéticos sofridos.

É inequívoco, pois, tratar-se de demanda ajuizada contra pessoa jurídica de direito privado (Beneficência Nipo-Brasileira de São Paulo – Hospital São Miguel Arcanjo), envolvendo matéria pertinente à responsabilidade civil decorrente de erro médico ou falha na prestação do serviço, nada tendo sido aduzido acerca de eventual regime de responsabilidade civil empregado aos entes estatais.

Nesse contexto, considerando-se a inexistência de qualquer pessoa jurídica de direito público a integrar os polos ativo/passivo da presente ação, não incidem maiores dúvidas, ante a expressa previsão do artigo 5º, I.24, da Resolução 623/2013, do Órgão Especial desta Corte. A competência é da Câmara suscitada, integrante da Seção de Direito Privado.

Tampouco se pode deixar de anotar que, inobstante o atendimento em questão tenha se dado por meio do Sistema Único de Saúde – SUS (fls. 99), tal circunstância não basta para o deslocamento da competência para o julgamento

Acesso ao Sumário

do feito, tendo em vista, repita-se, cuidar-se de ação entre particulares, fundada na atribuição de responsabilidade civil com fulcro no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido:

"Conflito de competência. Ação de indenização por erro médico. Intervenção cirúrgica realizada em entidade hospitalar cuja natureza é associativa, de direito privado. Incidência do artigo 5.I.24 da Resolução 623/13, e o que não se altera em função do atendimento pelo SUS. Precedentes. Conflito julgado procedente, para assentar a competência da Colenda Câmara suscitada" (Conflito de Competência Cível nº 0004465-23.2021.8.26.0000, Barretos, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Claudio Godoy, em 03/03/2021).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Recurso de apelação – Ação indenizatória – Causa de pedir relacionada a erro médico praticado em atendimento pelo SUS, por entidade de direito privado – Apelo distribuído, inicialmente, à 1ª Câmara de Direito Privado deste Eg. Tribunal (suscitada) – Remessa posterior dos autos à 4ª Câmara de Direito Público (suscitante) que, sob a alegação de prevenção, indica a competência da Câmara de Direito Privado referida (suscitada) – Necessária observância da Resolução nº 623/2013 – Prevenção que não se sobrepõe à competência absoluta – Ação indenizatória ajuizada em face de nosocômio (pessoa jurídica de direito privado), da Prefeitura Municipal de Taubaté e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo – Exclusão, em sede de despacho saneador, dos entes públicos (Prefeitura Municipal de Taubaté e Fazenda Pública do Estado de São Paulo) do pólo passivo da lide, sem insurgência de qualquer das partes – Existência de precedente deste Eg. Órgão Especial a reconhecer, em casos tais, a competência recursal da Seção de Direito Privado – Conflito acolhido – PROCEDÊNCIA para reconhecer a competência da Colenda 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP, ora suscitada, para conhecer e julgar da apelação interposta" (Conflito de Competência Cível nº 0049997-88.2019.8.26.0000, Taubaté, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Elcio Trujillo, em 12/02/2020).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS DECORRENTES DE SUPOSTO ERRO MÉDICO PRATICADO POR HOSPITAL CONVÊNIADO PELO SUS – IRMANDADE SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SANTOS – COMPETÊNCIA RECURSAL DEFINIDA NO ART. 5º, ITEM I.24, DA RESOLUÇÃO Nº 623, DE 16 DE OUTUBRO DE 2013, COM A ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA RESOLUÇÃO Nº 736, DE 30 DE MARÇO DE 2016 – ATRIBUIÇÃO DA PRIMEIRA SUBSEÇÃO

Acesso ao Sumário

DE DIREITO PRIVADO – COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA FIRMADA – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE" (Conflito de Competência Cível nº 0020129-65.2019.8.26.0000, São Vicente, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Ferraz de Arruda, em 07/08/2019).

Diante disso, em razão do disposto no artigo 5º, I.24, da Resolução 623/2013, do Órgão Especial desta Corte, é de rigor reconhecer a competência da Câmara integrante da Seção de Direito Privado.

Nessas circunstâncias, competente a Colenda 9ª Câmara de Direito Privado (suscitada), julga-se procedente o presente conflito de competência.

Habeas Data

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Data nº 0010911-42.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante E.R.S.S., 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.356)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), COSTABILE E SOLIMENE, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, ELCIO TRUJILLO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, 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, 11 de agosto de 2021.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: HABEAS DATA – CONCURSO PÚBLICO – ACESSO à INFORMAÇÕES RELATIVAS a inves-

Acesso ao Sumário

tigações criminais e civis QUE TENHAM POR ALVO O IMPETRANTE – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.

1. Não sendo o Governador do Estado o depositário de registro ou banco de dados pretendidos pelo impetrante e praticado qualquer ato que o torne responsável pela recusa das informações, impõe-se o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva para responder ao habeas data impetrado.

2. A autoridade impetrada é aquela que viola o direito de acesso à informação e pratica o ato inquinado ilegal ou da qual emana a ordem para a sua prática. Inteligência dos artigos 8º e 10 da Lei n.º 9.507/97.

HABEAS DATA EXTINTO SEM APRECIAÇÃO DO MÉRITO.

VOTO

Trata-se de Habeas Data impetrado por E.R.S.S. contra ato que atribui ao Governador do Estado de São Paulo. Pretende o acesso a informações atinentes a investigações criminais e cíveis que tenham por alvo a sua pessoa.

Afirma ter sido aprovado em concurso público do Município de Guarulhos e que necessita das aludidas informações para ser nomeado no cargo público pretendido.

Indeferida a liminar (fls. 19), informações foram prestadas pela autoridade (fls. 29/33), e o Ministério Público manifestou-se pelo acolhimento da prejudicial de ilegitimidade passiva ou denegação da ordem (fls. 39/40).

É o relatório.

A prejudicial de ilegitimidade passiva é de ser acolhida. Em que pese fundamentada a necessidade de acesso à documentação, cumpre-se reconhecer não ser o Governador do Estado de São Paulo o depositário de registro ou banco de dados pretendidos pelo impetrante, tampouco desse emana a ordem para a recusa das informações.

Nos termos do artigo 2º da Lei federal nº 9.507/1997, o requerimento administrativo de acesso a informações deverá ser apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados, considerando-se coator, para efeito de impetração do habeas data, o próprio órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados.

Só não bastasse isso, realça, com magnitude, a ausência de interesse processual do impetrante.

Acesso ao Sumário

Conforme documento apresentado com a petição inicial (fl. 09), o Serviço de Informações ao Cidadão esclareceu ao requerente, ora impetrante, como obter, pela internet, a pesquisa de antecedentes criminais e de certidões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, informando que, caso houvesse dificuldade de pesquisa pela internet, as informações de antecedentes criminais poderiam ser obtidas pessoalmente em agência do Poupatempo.

Nesse contexto, considerando o manifesto equívoco do impetrante ao indicar o Governador do Estado como autoridade impetrada, é de rigor o reconhecimento da ilegitimidade passiva, com a consequente denegação da ordem.

Diante de casos semelhantes, assim já se manifestaram o Superior Tribunal de Justiça e este Órgão Especial:

> PROCESSO CIVIL – HABEAS DATA – ENEM – GESTÃO DOS DADOS SOB A COMPETÊNCIA DO INEP – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. 1. Compete ao Presidente do INEP, autarquia federal, coordenar e gerir a realização do ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) (arts. 1º, II, 16, VI, do Dec. 6.317/2007 e o art. 1º da Portaria nº 109 de 27/05/2009). 2. Ilegitimidade passiva do Ministro de Estado da Educação, o que afasta a competência desta Corte para processar e julgar o writ. 3. Habeas data extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 20, I, "b", da Lei 9.507/97 e do art. 267, VI, do CPC. (STJ, Primeira Seção, HABEAS DATA Nº 203 – DF (2010/0023198-0), Relatora: MIN. ELIANA CALMON, julgamento 9.06.2010).
>
> HABEAS DATA – Ausência de prova concreta quanto à existência dos dados requeridos ou de que estariam sob a guarda ou controle específico da autoridade impetrada – Parte dos pedidos formulados que dizem respeito a procedimentos em curso perante a esfera administrativa e judicial federal, cujas informações não se inserem no âmbito da competência do Governador do Estado – Inocorrência, ademais, de demonstração cabal da recusa injustificada ao fornecimento dos informes postulados – Providência, no entanto, que é requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir na ação intentada – Imposição que decorre de posicionamento pacífico doutrinário e jurisprudencial, consagrado na regra contida no artigo 8º, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal nº 9.507/97 – Inépcia da petição inicial que, nesse passo, restou evidenciada – Processo extinto. (TJSP; Habeas Data 0266459-83.2012.8.26.0000; Relator: Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 20.3.2013).

Com essas considerações, extingo o feito sem resolução do mérito. É o voto.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2001789-68.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante M.L.F., 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. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7270)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 28 de julho de 2021.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Mandado de segurança. São Paulo. Impetração dirigida ao Governador do Estado de São Paulo. Impetrante PCD que pretende manter o benefício de isenção de IPVA nos exercícios de 2021 e seguintes. Alegação de indevida supressão da benesse tributária pela Lei Estadual n. 17.293, de 15 de outubro de 2020, que alterou a Lei Estadual n. 13.296/2008 e restringiu as hipóteses de isenção de IPVA. Narrativa inicial que, no entanto, não atribuiu ao Governador do Estado nenhum ato específico e concreto que justificasse sua inclusão no polo passivo, sendo certo que referida autoridade não dispõe de competência para revogar lei aprovada pelo Poder Legislativo. Extinção do feito sem resolução do mérito e segurança denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

V I S T O S.

Trata-se de mandado de segurança com pedido de tutela de urgência impetrado por M.L.F., qualificada nos autos, em face do Governador do Estado, alegando que é considerada 'pessoa com deficiência' (PCD), nos termos do artigo 2º da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, com todos os laudos e comprovações médicas, mas, em razão da Lei n. 17.293, de 15 de outubro de 2020, deixou de ter direito à isenção do IPVA, a que fazia jus por força do anterior Decreto n. 59.953/2013; reputou ilegal e abusiva referida alteração legislativa, diante da ofensa ao direito adquirido, ao princípio da igualdade e ao postulado geral de proteção à pessoa portadora de deficiência; pediu o reconhecimento de ilegalidade do Decreto n. 65.337, de 07 de dezembro de 2020, e a permissão para continuar se beneficiando da isenção do IPVA; requereu o deferimento do pedido de medida liminar, para efeito de "*suspender o Decreto n. 65.337, de 07 de setembro de 2020 de São Paulo que regulamentou o disposto no artigo 21 da Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020, e por consequência, suspender a cobrança do IPVA da impetrante referente ao veículo* [...] *até a decisão final, sob pena de fixação de multa diária a ser arbitrado por Vossa Excelência*" (sic); ao final, pugnou pela concessão da segurança em definitivo (p. 01/15). O pedido de medida liminar foi indeferido (p. 30/31); sobrevieram informações do Estado de São Paulo (p. 46/48) e da autoridade impetrada (p. 82/87), ambas requerendo a extinção do feito sem julgamento do mérito, diante da ilegitimidade passiva do Governador; no mérito, pugnaram pela denegação da ordem; a douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer em que também arguiu a ilegitimidade passiva; caso superada a preliminar, posicionou-se pela denegação do *writ*.

É o relatório.

De fato, a preliminar de ilegitimidade passiva comporta acolhimento.

O presente mandado de segurança foi distribuído a este C. Órgão Especial com base no artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual e artigo 13, inciso I, alínea "a", do RITJSP, porque a impetrante indicou como autoridade coatora o Governador do Estado de São Paulo.

Importante considerar, entretanto, que a petição inicial não atribuiu ao Governador do Estado nenhum ato específico e concreto que justificasse sua inclusão no polo passivo; diversamente, bateu-se apenas pela ilegalidade das alterações introduzidas pela Lei n. 17.293/2020 e pelo Decreto n. 65.337/2020 em relação à isenção de IPVA para deficientes, daí o reconhecimento de carência da ação, por ilegitimidade de parte.

Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "é premissa básica do mandado de segurança que a legitimidade daquele que figura no polo passivo da impetração é definida por sua capacidade de desfazer o ato inquinado

Acesso ao Sumário

de ilegalidade" (AgRg no RMS 59.605/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26/05/2020).

Vale dizer, "*a autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é a que tem poderes para praticar, corrigir ou desfazer o ato impugnado, ou ainda, aquela que dispõe de meios para executar a ordem emanada caso seja concedida a segurança*" (REsp n. 1.471.852/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 13/03/2015), o que não é o caso do Governador do Estado, que não detém competência para revogar lei aprovada pelo Legislativo.

Nesse sentido:

"*Para efeito de definição da legitimidade passiva ad causam no mandado de segurança, autoridade coatora é aquele que pratica o ato vergastado e que detém, por isso mesmo, capacidade para seu desfazimento*" (AgRg no RMS 39.566/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04.12.2013).

"*Autoridade coatora é aquela que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas*" (AgRg no REsp 113.014/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2001, DJ 25/06/2001, p. 213).

"*A legitimidade passiva no mandamus é fixada pela autoridade que tem poder de realizar o ato lesivo, na ação preventiva, ou aquele que pode desfazer o ato lesivo, na ação repressiva*" (MS n. 14.189/DF, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 08/05/2013).

"*Em sede de mandado de segurança,* '*a autoridade coatora é aquela que ordena a prática do ato impugnado ou se abstém de realizá-lo. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, havendo erro na indicação da autoridade coatora, deve o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação, sendo vedada a substituição do polo passivo da relação processual*' (AgRg no Ag 428.178/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 20/6/2005).

Acesso ao Sumário

É o que tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes (MS n. 0012990-91.2021.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 14/05/2021; MS n. 0006395-76.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 18/02/2021; MS n. 0005906-39.2021.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 15/02/2021; MS n. 2004412-08.2021.8.26.0000, Rel. Des. Alex Zilenovski, j. 1º/02/2021; MS n. 0002881-18.2021.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, j. 21/01/2021; MS n. 2005321-50.2021.8.26.0000, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 21/01/2021; MS n. 0001660-97.2021.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 14/01/2021).

Ante o exposto, julgo extinto o processo, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, e denego a segurança, nos termos do

art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009; custas e despesas na forma da lei. Incabível a fixação de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2046215-68.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ACADEMIA EQUILIBRIUM BODY SOUL LTDA. ME, ACADEMIA EQUILIBRIUM BODY SOUL II LTDA., ESFERAGYM ACADEMIA DE ESPORTES EIRELLI ME, ACADEMIA ROSEMAR S/S LTDA. ME e ACADEMIA JET CENTER S/S LTDA. ME, são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e 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 40.387)**

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 MELLO, VIANNA COTRIM, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 28 de julho 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 À ÉPOCA DA IMPETRAÇÃO – DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por academias contra ato administrativo – Decreto nº 65.545, de 03/03/2021 – do Governador do Estado de São Paulo que estendeu a quarentena para prevenção do contágio pelo Coronavírus imposta à população por meio do Dec. 64.881/20, impedindo-lhes o funcionamento.

Sustentam as impetrantes que dedicam-se a atividade de serviço essencial, como já definido pelo Presidente da República, no Decreto Federal 10.344/20, que regulamenta a Lei nº 13.979/2020, que incluiu a atividade das empresas impetrantes como serviço essencial.

Alegam que o Governador de São Paulo vem seguindo contrário ao referido Decreto Federal, impondo novamente a paralisação total das academias pelo período de 03/03/21 a 18/03/21, "SEM QUALQUER ESTUDO CIENTÍFICO QUE COMPROVE O SEU POSICIONAMENTO CONTRÁRIO AO DECRETO FEDERAL".

Argumentam as impetrantes, em apertada síntese, que a atividade física é essencial para a saúde, contribuindo para a elevação da imunidade.

Sustentam, ainda, que a interrupção de suas atividades causará graves prejuízos financeiros as empresas Autoras e de todos seus funcionários, que ficarão parados sem poder exercer sua única fonte de subsistência.

A liminar foi indeferida.

A autoridade impetrada prestou informações às págs. 111/117 e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (págs. 123/133).

É o relatório.

Pois bem.

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 fosse mais indicada e mais protetiva à saúde da população naquele 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 e suas possíveis alterações, 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.

As impetrantes, como empresas sediadas no município de São Paulo estão 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 atualização do plano à época desta impetração, todas as cidades do Estado haviam sido regredidas à fase vermelha.

Neste estágio, as academias de esportes tiveram seu funcionamento proi-

Acesso ao Sumário

bido. 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.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011006-42.2018.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A.N.O., é apelada D.P.S.

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 45.827)**

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, 1º de julho de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Apelação – Ação de fixação de guarda ajuizada pela guardiã de fato, considerada tia das crianças, contra os genitores – Sentença procedente para fixar a guarda das duas crianças em favor da autora, ora apelada – Recurso da genitora alegando que reúne condições para cuidar das infantes – Ausência de prova da possiblidade de retomada da guarda pela genitora, com histórico de uso de drogas e negligência em relação aos filhos – Situação de risco não afastada – Documentos carreados ao processo favoráveis à manutenção da guarda das crianças com a apelada – Infantes se encontram adaptadas e amparadas no núcleo familiar da apelada desde 2017 – Prevalência dos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança – Recurso não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Acesso ao Sumário

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 242/244) que julgou procedente a ação de fixação de guarda ajuizada por D.P.S. contra A.N.O. e R.M.A.S., em relação às filhas do aludido casal, R.V.N.O. e A.C.N.S., nascidas, respectivamente, em 25.07.2016 e 20.04.2013.

Inconformada, apela a genitora alegando, em suma, que na época da citação não podia compreender a demanda em razão do uso de drogas; que após submissão ao devido tratamento, se encontra abstinente do uso de entorpecentes; que agora possui outro filho, a quem garante os direitos fundamentais, que mora num lar estável e exerce atividade laborativa. Nega os fatos narrados pela apelada e pugna pelo provimento do recurso para que a guarda das filhas seja a ela concedida (fls. 266/270).

Respondeu-se (fls. 274/279), manifestando-se o Ministério Público (fls. 282/287). Manteve-se a sentença (fl. 271).

Opinou a Douta Procuradoria Geral da Justiça pelo desprovimento do apelo (fls. 309/315).

É o relatório.

Afasto a preliminar de intempestividade arguida em sede de contrarrazões e conheço do recurso.

A sentença recorrida foi disponibilizada no DJ-e em **17.12.2020 (quinta-feira)** (fl.253), considerando-se publicada em **18.12.2020 (sexta-feira)**. Diante do recesso forense e da suspensão dos prazos entre 19.12.2020 e 20.01.2021, de acordo com o art. 116, do RITJSP, o início da contagem se deu em **21.01.2021 (quinta-feira)**, por ser o primeiro dia útil subsequente. Contados 10 dias corridos a partir de então, excluída a data de início e computada a de vencimento, o prazo se encerrou em **31.01.2021 (domingo)**, prorrogado para **01.02.2021 (segunda-feira)**.

Na hipótese, a apelação foi interposta exatamente em **01.02.2021**, último dia do prazo, razão pela qual não há falar-se em intempestividade.

Quanto ao mérito, o recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Compulsando os autos, verifica-se que a apelada D. foi casada por sete anos com o irmão da genitora A., sendo, portanto, considerada tia das crianças. Ao que consta, as infantes viviam com a genitora, mas sob os cuidados da avó materna, até o falecimento desta, em 19.12.2017, ocasião em que foram entregues a D. por A., que alegou não ter condições de cuidar das filhas sozinha. As meninas se encontram, desde então, sob a guarda de fato da apelada, que, visando regularizar a situação, ajuizou o presente feito.

Após a realização de estudo técnico psicossocial (fls. 141/144) e a manifestação favorável do órgão ministerial (fls. 147/149), a pretensa guarda provisória das infantes foi, liminarmente, concedida para D. (fls. 151).

A partir do mencionado estudo foi possível colher informações sobre o histórico e contexto familiar dos envolvidos:

> *"Sobre o histórico do seu relacionamento com as crianças em tela, (D.) explicou que se considera tia das meninas, pois conviveu maritalmente com R., irmão de A., por 7 anos.*
>
> *Ele faleceu aos 21 anos de idade por trombose no pulmão. Ele também era usuário de drogas e álcool, assim como a mãe dele. Teve as filhas E., L. e R., de 15, 14 e 11 anos, deste relacionamento. Há 9 anos casou-se com R.A.M. Tiveram então a filha S., de 7 anos.*
>
> ***D. disse ter acompanhado a gestação e o nascimento das crianças em questão. A. abusa do uso de drogas há muitos anos. Era a avó materna quem assistia as crianças. Referiu que desde dezembro/2017, quando a mãe de A. faleceu, passou a cuidar de A. e R., tanto que ambas já a chamam de 'mãe'.***
>
> *Ocorre que em agosto/2019, a genitora A. passou por internação para tratamento voluntário e parecia recuperada. Por isso, permitiu que em dezembro/2019 as crianças permanecessem com ela no período de festas. Entretanto, logo D. percebeu que A. tinha recaído no uso de drogas, pois vizinhos contaram que ela saía e deixava as crianças sozinhas, muitas vezes sem nenhum alimento. Assim, em janeiro/2020 retomou os cuidados das infantes e agora está determinada a assumir as Guardas destas formalmente, garantindo que não permitirá que a genitora volte a negligenciá-las."*

Ao que consta, no final de 2019, a apelada chegou a entregar as crianças à genitora, que havia se submetido a tratamento voluntário de desintoxicação e parecia recuperada, todavia, diante da recaída no uso de entorpecentes e do prolongamento da situação de negligência em relação às crianças, retomou a guarda fática das meninas após três meses e decidiu assumi-las formalmente.

No mesmo sentido apontou o mais recente laudo psicossocial (fls. 222/225), que revelou a boa convivência das crianças junto ao núcleo familiar da apelada, composto por D., seu esposo, R., três filhas de D. (frutos da união com o irmão da genitora e, portanto, primas de A. e R.) e mais uma filha comum do casal, *in verbis*:

> *"Observamos que* ***A. e R. denotam estar adaptadas e integradas à família de D., recebendo os devidos cuidados. A guardiã referiu interesse de permanecer cuidando das crianças por tempo indeterminado, ciente que a situação familiar dos genitores das crianças é desestruturada e que o comportamento dos pais poderá expô-las a riscos.***
>
> ***O histórico da genitora, com uso imoderado de drogas e comportamento instável, não indica bom prognóstico****, já que ela perdeu a guarda do* último filho e parece encontrar-se grávida do quinto filho. R. *se encontra preso e embora tivesse conhecimento da situação em que se encontravam as filhas, nunca atuou em prol das mesmas.*

Acesso ao Sumário

Na entrevista com o genitor, este se declarou favorável e agradecido por D. ter assumido a guarda das filhas A. e C.

Face o exposto, somos de parecer favorável à medida pleiteada pela requerente."

À luz dos elementos de convicção existentes nos autos, verifica-se que a manutenção dos termos declinados pela r. sentença vai ao encontro dos interesses das crianças.

A conclusão dos aludidos estudos indica que as crianças estão bem adaptadas à nova realidade e atendidas sob os cuidados da apelada e seu esposo. Possuem vínculo afetivo com D. – que, por vezes, chamam de "mãe" – e ainda com o esposo e filhos do casal guardião. No mais, estão recebendo o adequado acompanhamento e frequentam regularmente a escola.

Com relação ao genitor, encontra-se preso e, de acordo com a prova técnica, concorda com a guarda das filhas à apelada.

Por outro lado, a apelante, a despeito da alegada recuperação do vício em drogas, não logrou êxito em demonstrar ser possível a retomada da guarda das filhas, sem que, com isso, estas sejam expostas à situação de risco, maus-tratos e negligência.

Nessa esteira, bem ponderou a Douta Procuradoria de Justiça:

"Note-se que não se desconhece a regra geral, que impõe o convívio dos menores junto à família natural, como preferencial em face de terceiros.

Referida regra, todavia, não é absoluta, e comporta desconsideração, sempre que os interesses dos menores demonstrarem a inviabilidade da medida.

Exatamente esse o caso dos autos, pois a medida mais adequada para proteção dos interesses das menores, é mantê-las sob os cuidados da autora, dando total embasamento à r. sentença de Primeiro Grau."

Posto isso, com fundamento no que dispõe o Estatuto da Criança e Adolescente, tem-se que a solução adotada pela r. sentença, de caráter transitório e passível de revisão baseada em avaliações futuras, atende, por ora, ao Princípio da Proteção Integral e ao Superior Interesse da Criança, preceitos resguardados pelo ECA.

Daí o porquê, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1502100-41.2020.8.26.0101, da Comarca de Caçapava, em que é apelante V.H.S.B. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE C.

Acesso ao Sumário

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 58.117)**

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, 1º de julho de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. MODALIDADE CULPOSA NÃO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. MEDIDA QUE, FRENTE À GRAVIDADE DA INFRAÇÃO, BEM COMO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS, REVELA-SE APROPRIADA E APTA A PROMOVER A RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE.

1. *In casu*, a sentença julgou procedente a representação pela prática de atos infracionais equiparados aos delitos tipificados no art. 121, § 2º, II, IV e VI, do Código Penal e no art. 14 do Estatuto do Desarmamento e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

2. Não há que se falar em ocorrência da modalidade culposa, uma vez que as circunstâncias em que ocorreram os fatos evidenciam conduta em que o adolescente ao menos assume o risco de produzir o resultado morte.

3. O art. 122, I, do ECA autoriza, em tese, a imposição da medida socioeducativa de internação nos casos de homicídio, uma vez que o ato infracional é praticado mediante violência contra pessoa.

4. Já as circunstâncias do caso concreto, aliadas às condições pessoais do apelante, revelam que medida de internação é a mais adequada ao panorama, respeitado o princípio da excepcionalidade.

Acesso ao Sumário

5. Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 242/257, cujo relatório se adota, que julgou procedente a representação pela prática de atos infracionais equiparados aos delitos tipificados no art. 121, § 2º, II, IV e VI, do Código Penal e no art. 14 do Estatuto do Desarmamento, e aplicou ao adolescente V.H.S.B. a medida socioeducativa de internação.

Em apertada síntese, a d. Defesa sustenta que apenas houve discussão entre o adolescente e a genitora e que o rapaz só apontou a arma para a vítima porque ela tinha o hábito de lhe apontar uma faca, sem que tivesse intenção de apertar o gatilho – tendo a arma disparado "sozinha". Argumenta também pela possibilidade da submissão do jovem a tratamento mais brando, já que seria primário e reuniria condições pessoais favoráveis. Ao final, pleiteia a qualificação de sua conduta como homicídio culposo e a substituição da internação por intervenções em meio aberto (fls. 271/273).

Recurso isento de preparo com contrarrazões às fls. 288/292.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 319/323 pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

2. Consta dos autos que, em 22 de novembro de 2020, V., com 17 anos à época, matou a vítima J.C.S., sua própria genitora, mediante disparo de arma de fogo, agindo por motivo fútil, com circunstância que dificultou a reação da vítima e contra mulher por razões inerentes à condição do sexo feminino.

Consta ainda que V., em unidade de desígnios com o adolescente não apelante M.V.S.M., em período de tempo indeterminado, mas até 22 de novembro de 2020, detinha e mantinha sob guarda arma de fogo e munição de uso permitido, contudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Conforme restou apurado, o adolescente apelante e seus amigos estariam trancados em seu quarto consumindo drogas por horas, produzindo algazarra que motivou a repreensão de sua genitora. Descontente com a atitude de sua mãe, o rapaz teria apontado contra ela a arma de fogo e efetuado um disparo que atingiu seu olho, em decorrência do qual ela veio a óbito.

Não há dúvida sobre a autoria e materialidade do ato infracional, comprovadas material e oralmente durante a instrução, tanto que não há qualquer impugnação pela combativa Defesa quanto à objetiva ocorrência dos fatos tal como narrados na representação, argumentando-se apenas que o jovem não teria agido com a intenção de matar.

Cinge-se o debate, portanto, à correta tipificação da conduta.

Não é o caso, contudo, de se admitir os argumentos trazidos pela combativa defesa.

Para que a conduta praticada fosse equiparada a homicídio culposo, seria necessário que o adolescente agisse sem a intenção de atingir o resultado morte ou não tivesse conscientemente assumido esse risco, no entanto o cenário dos autos aponta para outra solução.

A incontroversa conduta do adolescente de apontar uma arma – seja de fabricação artesanal ou industrial, mas com potencial letal – contra área de vital de sua genitora indica no mínimo que ele assumiu o risco de ceifar sua vida, de modo que, até mesmo no cenário mais benéfico ao jovem (reconhecendo-se que ele não teria a intenção de matar a vítima) seria imperioso o reconhecimento ao menos do dolo eventual.

Assim sendo, tendo o jovem se armado previamente e atuado com tamanho destempero ao reagir à reprimenda de sua mãe, não há como afastar o dolo de sua conduta, ainda que eventual, não sendo possível prosperar a versão da combativa defesa.

No que diz respeito ao tratamento ressocializador adequado ao adolescente, a solução adotada na origem merece ser mantida.

O crime de homicídio é de natureza grave e contém a violência como elemento do crime. Assim, o ato infracional a ele equiparado perfaz, de pronto, a hipótese do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, permitindo a aplicação da medida de internação.

E, no caso concreto, a conduta foi extremamente grave, uma vez que cometida por motivo fútil e circunstância que dificultou a resistência do ofendido. Além disso, foi praticada contra genitora e em circunstâncias que indicam que a condição de gênero e a situação de coabitação foram preponderantes para a ocorrência, de modo que o bem jurídico violado era protegido pela Lei Maria da Penha, o que agrava mais ainda o quadro.

Ademais, embora a gravidade não seja o único parâmetro a ser avaliado na eleição do tratamento ressocializador, a medida socioeducativa deve ser aplicada levando-se em conta o princípio da proporcionalidade em relação à ofensa cometida, nos exatos termos do art. 35, IV, da Lei do Sinase.

Diante de todos esses aspectos, não é a internação excessiva nem abusiva, mas, para o momento, a mais adequada à reabilitação do adolescente e ao resgate de valores e limites que a vida em sociedade exige.

A prematura opção pela delinquência é reveladora dos desvios comportamentais do adolescente, de modo que somente com a internação será submetido à necessária orientação pedagógica por pessoas especializadas, de maneira a viabilizar a ressocialização, sobretudo pela consideração dos benefícios de-

Acesso ao Sumário

correntes do pronto afastamento da nociva influência de más companhias, bem como do uso de drogas, palcos perenes para a oportunidade infracional.

Não é outro o pensamento dominante nesta Câmara Especial:

> Por fim, deverá ser mantida a medida socioeducativa de internação, como estabelecida pela r. sentença, uma vez que o d. magistrado de primeiro grau bem fundamentou a sua aplicação, justificando sua excepcionalidade e necessidade. Frise-se que o ato infracional praticado pela adolescente envolveu o emprego de grave ameaça, subsumindo-se, portanto, à hipótese prevista no art. 122, inc. I, da Lei 8.069/90[1].

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa proporcionar reabilitação aos infratores que, como o apelante, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Não se pode olvidar que a menor será periodicamente avaliada, podendo obter reversão da medida se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001683-95.2018.8.26.0108, da Comarca de Cajamar, em que é apelante M.C., são apelados J.S.A. (MENOR) e L.S.A. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso de apelação e deram parcial provimento ao reexame necessário, nos termos constantes do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.237)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 15 de julho de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

1 TJSP, Ap 0005265-62.2015.8.26.0323, Câmara Especial, rel. Pres. Seção de Direito Criminal, j. 04/04/2016

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Crianças que possuem perda auditiva sensorial neural, de grau profundo bilateral (CID H90.3), bem como otite de repetição e são usuários de implantes Coclear. Pretensão de fornecimento gratuito pelo Poder Público de peças dos implantes cocleares para seu perfeito funcionamento, além de capas resistentes à água referentes aos aparelhos implantados Opus 2 e um processador de áudio modelo RONDO (ME 1100). Não aplicação do entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.657.156/RJ. Direito fundamental à saúde. Dever do Estado. Incapacidade financeira dos autores demonstrada. Equipamentos prescritos e necessários para auxiliar no desempenho auditivo, de fala e linguagem das crianças. Possibilidade de fixação de multa diária. Valor fixado com razoabilidade. Limitação do valor total. Honorários advocatícios devidos. Fixação com razoabilidade, modicidade e proporcionalidade. Majoração pelo trabalho adicional em grau recursal. Recurso de apelação desprovido e reexame necessário parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação e reexame necessário nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por **J.S.A.** e **L.S.A.** contra o **MUNICÍPIO DE CAJAMAR**. A r. sentença de fls. 148/153 julgou parcialmente procedente a demanda, para determinar que a municipalidade custeie a manutenção e reposição de peças dos implantes cocleares dos autores para seu perfeito funcionamento, bem como forneça capas resistentes à água, referentes aos aparelhos implantados Opus 2 e providencie, ainda, ao menor **L.S.A.**, um processador de áudio modelo RONDO (ME 1100), sob pena de multa diária arbitrada em R$ 200,00 (duzentos reais). Condenou-se, ainda, a municipalidade ao pagamento de honorários sucumbenciais arbitrados em R$ 800,00 (oitocentos reais).

Apelou o Município de Cajamar alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. Sustentou ser do Estado e da União a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos de alto custo, enquanto cabe ao município as prestações relativas à saúde básica. Afirmou que o município não dispõe de aparelho auditivo para entrega imediata, além de não reunir condições financeiras para arcar com os elevados custos para sua aquisição. Salientou que o acolhi-

Acesso ao Sumário

mento do pedido dos autores acarretará o preterimento dos demais munícipes, e invocou o princípio da isonomia. Sustentou, ainda, a necessidade de realização de perícia médica para comprovar a imprescindibilidade do aparelho postulado. Requer o provimento do recurso, para reformar a sentença de primeiro grau (fls. 159/174).

Decorrido o prazo sem apresentação de contrarrazões (fls. 178), subiram os autos e a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença (fls. 182/189).

É o relatório.

De início, não comporta acolhimento a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*.

O Município de Cajamar é parte legítima, pois o direito à saúde, como garantia do cidadão e dever do Estado, decorre de expressa previsão constitucional, com *status* de preceito fundamental, encontrando-se positivado nos artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196, todos da Constituição Federal. Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, compete ao Poder Público, indistintamente, prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitarem. Trata-se, pois, de **responsabilidade solidária**, de modo que as demandas judiciais podem ser propostas contra quaisquer entes federativos. Nesse sentido, aliás, são as Súmulas nº 37 e 66 deste E. Tribunal de Justiça, que preveem, respectivamente, que *"a ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno"* e *"a responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município"*.

Aliás, quando do julgamento do RE nº 855.178 RG/SE (Tema nº 793), em regime de repercussão geral, e dos embargos de declaração, o C. Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: *"Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro"* (data do julgamento dos ED: 23 de maio de 2019; data da publicação: 16 de abril de 2020).

Superada a questão preliminar, aprecio o mérito.

Os autores são crianças que possuem perda auditiva sensorial neural, de grau profundo bilateral (CID H90.3), bem como otite de repetição, e são usuários de implantes Coclear, da marca Medel, modelo de processador de fala Opus 2, implantados cirurgicamente em 18 de junho de 2014, no Hospital das Clínicas de São Paulo. Em razão disso, pretendem o fornecimento gratuito pelo Poder

Acesso ao Sumário

Público de peças dos implantes cocleares para seu perfeito funcionamento, além de capas resistentes à água referentes aos aparelhos implantados Opus 2 e um processador de áudio modelo RONDO (ME 1100) (fls. 01/64).

No caso, a incapacidade financeira de os autores arcarem com os custos do tratamento está suficientemente demonstrada, tanto que são beneficiários da justiça gratuita (fls. 89/91). De outro lado, os relatórios de fls. 32, 34, 37/38, 44, 47/53, atestam que as crianças são portadoras de deficiência auditiva de grau profundo e são usuárias de implante Coclear, necessitando da manutenção das peças referentes ao dispositivo, pois o não funcionamento ou ausência de alguma peça acarreta na perda da estimulação auditiva, prejudicando, assim, o desempenho auditivo, de fala e linguagem. E dos relatórios apresentados não se deve exigir nada mais, pois foram elaborados por profissionais regularmente habilitados, que acompanham os pacientes e, portanto, têm melhores condições de aferir quais as suas necessidades, sendo prescindível a realização de perícia médica. Nesse sentido já julgou a C. Câmara Especial: *"Igualmente, sabe-se que não compete ao ente público questionar a eficácia do tratamento indicado pelo médico, já que somente este profissional, porque acompanha o paciente e possui conhecimento de todos os aspectos da moléstia, tem condições e capacidade técnica para decidir qual é o processo mais adequado. Outrossim, também já se assentou na jurisprudência que não há necessidade de se obedecer a protocolos estabelecidos para o fornecimento dos medicamentos pleiteados, e que as normas constitucionais que tratam do direito à saúde não são meramente programáticas"*[2]. Aliás, há que se registrar que o município, instado a se manifestar sobre as provas que pretendia produzir, pugnou pelo julgamento antecipado da lide, e somente em suas razões recursais é que reiterou o pedido de produção de prova pericial. Convém atentar o fato de que as crianças já se submeteram ao procedimento para colocação do implante coclear em 2014, e, no momento, pretendem apenas a manutenção das peças, de modo a garantir o perfeito funcionamento do aparelho, visto que tais peças não mais se encontram dentro da garantia. Não convém, portanto, rediscutir, após tantos anos, por meio de perícia técnica, a adequação ou não do uso do implante coclear, bastando, para a demonstração da necessidade da substituição e manutenção das peças, os minuciosos relatórios médicos e fonoaudiólogos constantes dos autos (fls. 32, 34, 37/38, 44, 47/53).

De rigor, portanto, sejam os equipamentos fornecidos pela municipalidade, como forma de assegurar aos menores o necessário amparo à saúde em conformidade com a proteção integral a que faz jus.

Não há que se exigir, na hipótese, a presença dos requisitos cumulativos reconhecidos pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Apelação nº 0025880-27.2014.8.26.0576. Relator: Desembargador Artur Marques. Data de Julgamento: 07 de dezembro de 2015.

Acesso ao Sumário

Especial 1.657.156/RJ, visto que, no caso, não se pleiteia o fornecimento de medicamento não constante da Relação Nacional dos Medicamentos Essenciais (RENAME), mas o custeio de equipamentos imprescindíveis ao desenvolvimento saudável dos requerentes.

O acesso à saúde é direito fundamental consagrado constitucionalmente, competindo à Administração Pública o dever de promover com absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes programas de assistência integral (artigo 227, *caput* e § 1º, da Constituição Federal). E o artigo 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que *"incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação"*.

A intervenção do Poder Judiciário para garantir o pleno acesso à saúde não configura violação ao princípio da separação de Poderes, pois tal direito não está adstrito à discricionariedade do Poder Público, e sua concretização tem feição de ato estritamente vinculado, visto que ao Estado é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitam (artigo 196 da Constituição Federal). Tratando-se da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da *"reserva do possível"*, pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da *"máxima efetividade da Constituição*[3]*"*. Este também é o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal[4].

Este C. Tribunal de Justiça, aliás, editou a Súmula nº 65, segundo a qual *"não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes"*. A cláusula da reserva do possível, portanto, não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar ou dificultar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição Federal, encontrando limitação na garantia constitucional do mínimo existencial.

Acesso ao Sumário

No mais, em caso de descumprimento da obrigação, é plenamente admissível a imposição de multa diária à Administração Pública, conforme tese fixada no julgamento do REsp 1.474.665/RJ pelo C. Superior Tribunal de Justiça, aplicada por analogia (Tema 98 – *"Possibilidade de imposição de multa diária ('astreintes') a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros"*). No caso, o valor fixado – R$ 200,00 (duzentos reais) – é adequado e atende aos princípios da razoabilidade

3 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 811.608/RS, Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 15 de maio de 2007.

4 Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Agravo de Instrumento em Agravo Regimental 810.864/RS, Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 29 de abril de 2014.

e da proporcionalidade, no entanto, a fim de evitar eventuais desproporções, é de rigor limitar o valor total da multa a R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

De resto, os honorários advocatícios sucumbenciais já foram arbitrados com moderação, sem qualquer excesso, de modo que ficam mantidos. Porém, tendo em vista a necessidade de fixação de remuneração pelo trabalho adicional realizado na fase recursal e observados os parâmetros legais, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, a verba honorária devida pelo apelante é majorada para R$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais).

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso de apelação e dou parcial provimento ao reexame necessário, para limitar o valor total da multa a R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), majorando a verba honorária devida pelo apelante para R$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006411-59.2021.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante C.M.N.P. (MENOR), é apelado DIRETOR DO COLÉGIO (...).

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 45.909)**

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, 19 de julho de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – Pleito de fornecimento de 4 horas diárias de ensino remoto, excluídas as atividades prestadas fora da assistência do professor – Ausência dos pressupostos necessários à concessão – Inexistência de prova pré-constituída – Acervo probatório insuficiente a caracterização da alegada deficiência inerente a carga horária de ensino disponibilizada – Controvérsia sobre questão fática – Necessidade de dilação probatória

Acesso ao Sumário

que, por seu turno, é inviável através da via processual escolhida – Recurso não provido.

VOTO

Vistos etc,

I. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela criança C.M.N.P. (nascida em (...)), representada por seus genitores, objetivando o fornecimento de 4 horas diárias de ensino remoto, não contabilizados o dever de casa ou aquelas prestadas fora da assistência do professor, bem como a reposição das horas pedidas.

II. Sobreveio sentença que denegou a segurança e extinguiu o feito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil (fls. 57/58).

III. A parte autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença.

Sustentou, em síntese, que devido à suspensão do ensino presencial, as aulas estão sendo ministradas de forma remota, porém em carga horária insuficiente, de apenas 02 horas-aula por dia, em violação à Lei de Diretrizes e Bases da Educação que prevê, em seus artigos 31 e 34, a jornada mínima de 04 horas -aula em sala de aula. Alega, nessa linha, que, ao contrário do exposto na r. sentença, as atividades externas não são abrangidas pela lei, que considera somente aquelas prestadas em sala de aula, com a presença do professor. Argumenta, no mais, que a documentação apresentada comprova a disponibilização de carga horária inferior à obrigatória, bem como que o mau aproveitamento da criança autora tem notória ligação com a carga horária insuficiente, o que não foi considerado pelo MM. Juiz *a quo*. Pleiteia o provimento do recurso para determinar que a autoridade coatora forneça 4 horas diárias de ensino remoto, desprezando as atividades fora de sala de aula, nos termos do artigo 34 da LDBE (fls. 62/68).

IV. Foram apresentadas contrarrazões (fls. 88/96).

V. A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da r. sentença (fls. 138/142).

VI. Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação, em mandado de segurança, interposto por C.M.N.P., contra a sentença que denegou a segurança e extinguiu o feito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

A sentença não merece reparos.

De fato, não comprovou a parte impetrante, como lhe competia, os fatos constitutivos do seu alegado direito.

Isso porque, a mera apresentação do roteiro de aulas da semana e *e-mails*

trocados com a direção da escola não são aptos a caracterizar a suposta deficiência da carga horária de ensino fornecida pelo apelado.

No mais, conforme já discorrido no pedido de tutela provisória de urgência nº (...), **a controvérsia não é unicamente de direito**, tendo o MM. Juízo *a quo* levantado questões sobre a ausência de prova pré-estabelecida em relação às horas de ensino disponibilizadas, atividades e reforço extra aulas eventualmente oferecidos, necessidade de adaptação das jornadas escolares regulares em razão do cenário de pandemia atualmente vivenciado, bem como a necessidade de devida dilação probatória para aferir o real atraso no nível de aprendizagem da impetrante.

Nessa linha, em relação à carga horária disponibilizada e à forma que as aulas são ministradas, o apelado apresentou esclarecimentos, em sede de contrarrazões, ressaltando a disponibilização de atividades síncronas (aulas presenciais em formato de rodízio + aulas online, intercaladas com os dias de aulas presenciais – 3h15 por dia) e atividades assíncronas (roteiro apresentando pela impetrante – fls. 28/41), que juntas totalizam aproximadamente 3 horas e 58 minutos de ensino por dia.

Demais disso, o apelado apresentou "Termo de Visita e Acompanhamento da Supervisão de Ensino" realizada pela equipe de supervisão da Secretaria da Educação, em 30/07/2020, na qual constou a adequação do ensino desenvolvido na escola, no período excepcional de medidas restritivas decretadas a fim de evitar a propagação do coronavírus (fls. 116/117):

> *"Os professores estão dentro dos horários de suas aulas, transmitindo as mesmas ao vivo, utilizando a ferramenta Google Meet e os alunos acessam e participam das aulas com as devidas explicações dos conteúdos; eles têm oportunidade de esclarecer suas dúvidas, realizam atividades e avaliações propostas pelos professores. O Colégio também utiliza o sistema QI Solution onde são postados os Roteiros de Estudos, esses meios vêm assegurando que os objetivos educacionais de ensino e aprendizagem previsto nos Planos de cada uma das séries (anos) venham sendo alcançados. (...) Esta Supervisão teve acesso aos Roteiros de Estudos que são fornecidos aos alunos, que estão muito bem elaborados e reitera que o Colégio está procedendo de maneira correta e recomenda o registro de todas as evidências dos procedimentos que vem adotando. (...) Após conhecer as dependências do Colégio, encerramos a visita parabenizando toda a equipe pelo trabalho realizado (...)"*

Ainda, no tocante à alegada responsabilidade do apelado pelo mau aproveitamento da criança autora, ressalta-se a evidente necessidade de dilação probatória, tendo em vista a informação de que a matrícula da criança autora no colégio réu ocorreu em data notadamente recente, janeiro de 2021, bem como a notícia de que houve abandono escolar da aluna em outubro/2019 e ausência de matrícula em estabelecimento de ensino no ano letivo de 2020 (fls. 114/115).

Acesso ao Sumário

Por conseguinte, inarredável a conclusão da ausência dos requisitos para o acolhimento do pedido, bem como inadequação da via eleita, dado que não admite dilação probatória.

O mandado de segurança é remédio constitucional para assegurar direito líquido e certo. E, como tal, é tido aquele que se apresenta de plano, documentalmente, com a possibilidade de ser aferido sem necessidade de dilação probatória.

Sobre o assunto, precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

"Para que haja processamento, a via mandamental exige a comprovação cabal de violação ao direito líquido e certo por meio de acervo documental pré-constituído, sobre o qual não pode haver controvérsia fática, já que, em Mandado de Segurança, não é cabível a dilação probatória. Precedentes do STJ. 6. Agravo Regimental não provido." (AgRg no RMS 46.523/PE v.u. DJ-e 31.03.15 Rel. Min. HERMAN BENJAMIN).

Também sobre o tema, ponderou a Douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer (fls. 138/142):

"Entretanto, não vislumbro o fumus boni iuris na ação principal que leve à procedência da presente ação. É *certo que todas as crianças estão sofrendo com o ensino remoto, mais ainda seus pais, mas o mandado de segurança não é meio para se discutir conteúdo didático e forma de ensino, revestindo-se o pedido de caráter difuso ou até mesmo coletivo e devendo ser motivo de discussão no Ministério Público e na Delegacia de Ensino que também é responsável pelas escolas particulares. O Mandado de Segurança é remédio constitucional destinado a garantir o direito líquido e certo e a impetrante não provou que o possui em detrimento da política da escola. Ressalto que se trata de colégio particular, onde os pais podem pressionar a direção da escola a prover melhor seus alunos ou até muda-los de colégio".*

Destarte, diante da ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado pela impetrante, bem como da existência de controvérsia sobre questão fática em sede mandamental que, por sua vez, não admite a dilação probatória, de rigor a manutenção da r. sentença.

Daí o porquê, pelo meu voto, **nega-se provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500769-15.2021.8.26.0222, da Comarca de (...), em que é apelante M.F.J.J. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE (...).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tri-

bunal 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 58.199)**

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, 20 de julho de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE A ENSEJAR A PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO, QUE, FRENTE À GRAVIDADE DA INFRAÇÃO, BEM COMO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS, REVELA-SE APROPRIADA E APTA A PROMOVER A RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE. SENTENÇA MANTIDA.

1. *In casu*, a sentença julgou procedente a representação pela prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

2. Materialidade e autoria suficientemente comprovados pelo arcabouço probatório robusto.

3. Depoimento policial constitui meio de prova idôneo e não deve ter a parcialidade presumida apenas por conta de sua função.

4. O art. 122, II, do ECA autoriza, em tese, a imposição da medida socioeducativa de internação no caso de adolescente reincidente.

5. Já as circunstâncias do caso concreto, aliadas às condições pessoais do apelante, revelam que medida de internação é a mais adequada ao panorama, respeitado o princípio da excepcionalidade.

6. Recurso não provido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 149/153, cujo relatório se adota, que julgou procedente a representação pela prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e aplicou ao adolescente M.F.J.J. a medida socioeducativa de internação, pelo prazo mínimo de seis meses.

Preliminarmente, a d. Defesa argui nulidade do feito diante da não realização de exame toxicológico no menor que atestasse sua dependência química. No mérito, em apertada síntese, sustenta a ausência de provas contra o menor, uma vez que ele negou a prática infracional e contra ele pesaria apenas os depoimentos dos policiais, o que seria insuficiente. Pugna, também, pela desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei de Drogas, tendo em vista que o rapaz seria apenas usuário. Argumenta, por fim, pela inadequação da medida socioeducativa de internação, já que o jovem seria primário e reuniria condições favoráveis ao cumprimento de medida em meio aberto, devendo a medida extrema ser reservada aos casos mais graves (fls. 168/183).

Recurso isento de preparo, com contrarrazões às fls. 196/203.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 214/217 pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

2. A nulidade arguida não deve ser reconhecida, tendo em vista a desnecessidade da realização do exame toxicológico que eventualmente pudesse atestar a dependência química do adolescente.

Com efeito, a culpabilidade penal do adolescente já é integralmente afastada pela sua absoluta inimputabilidade, de modo sequer é pertinente a discussão sobre outras causas que a mitiguem, como a dependência química.

Isso porque a legislação de amparo ao menor vigente é pautada pela proteção integral, de modo que, para a intervenção estatal, não é necessária a presença dos três elementos que compõem o delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), bastando a ocorrência dos dois primeiros – é por isso, ademais, que os termos "ato infracional" e "delito" não se equivalem.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, tendo praticado conduta típica e ilícita, um adolescente já faz jus à persecução socioeducativa, uma vez que tal situação por si só já indicaria desvio de conduta relevante.

Depois, a Fundação CASA disponibiliza atendimento multidisciplinar aos internos, de modo que o rapaz, caso seja diagnosticado pela equipe de saúde como dependente, receberá todo o tratamento de que necessite.

No mérito, consta dos autos que, em (...), M., com 17 anos de idade à época, no interior de uma instituição de acolhimento de crianças e adolescentes, guardava e mantinha em depósito para entrega a consumo de terceiros, 07 por-

ções de cocaína, 09 pedras de crack e 24 trouxinhas de maconha.

A materialidade do ato infracional equiparado ao tráfico ilícito de entorpecentes está devidamente comprovada pelas peças que instruem o inquérito policial e pelo laudo toxicológico de fls. 143/148.

Já a autoria se consubstancia em prova oral obtida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Embora não tenha assumido a traficância em audiência de apresentação (fls. 123/124 e mídia digital), o adolescente confessou integralmente a prática do tráfico em solo policial (fls. 13), oportunidade em que admitiu que toda a droga lhe pertencia e que "já era".

E inexiste razão para deslegitimar sua versão por não ter sido confirmada em juízo, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado. Nesse sentido:

> Processo penal. Prova. Confissão extrajudicial. Posterior retratação judicial. Eficácia probatória da confissão realizada perante a autoridade policial. A confissão vale, não pelo lugar onde é prestada, mas por seu próprio teor, sempre que confirmada pelo restante do conjunto probatório.[1]

Até porque as demais provas produzidas corroboram-na integralmente.

Pesam contra o jovem, sobretudo, os depoimentos de I.M.S. e D.W.S., policiais responsáveis pela sua apreensão (fls. 123/124 e mídia digital).

As testemunhas relataram, em síntese, que foram acionados pelos responsáveis de um abrigo por conta da localização de droga em um dos banheiros do local e que a sua propriedade teria sido atribuída ao jovem. Ele estava dormindo e não tinha nada de ilegal consigo. Contudo, em busca em seus pertencentes, o restante das drogas foi localizado.

Nada autoriza supor que os servidores mentiram ao depor em Juízo. Os agentes da lei foram ouvidos sob compromisso produzindo relatos verossímeis e coerentes.

Nesse sentido, conforme assinalado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

> O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso[2].

O panorama dos autos não destaca predisposição dos guardas à distorção dos fatos; não vem delineada circunstância que os levasse a cometer fraude, abuso de autoridade e falso testemunho.

Por fim, a responsável pelo abrigo, E.N.S.S. confirmou não só a localiza-

1 TJSP, Ap 0004828-11.2015.8.26.0197, 9ª Câmara de Direito Criminal, rel. Souza Nery, j. 30/06/2016

2 STJ, HC 165.561/AM, 6ª T., rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02/02/2016, DJe 15/02/2016

Acesso ao Sumário

ção da droga e a chamada dos policiais, como também relatou rotina de problemas causados pelo adolescente, inclusive com consumo de drogas e oferecimento aos colegas abrigados na instituição (fls. 123/124 e mídia digital).

Pois bem, a prova testemunhal é robusta e contundente, sendo, aliada às circunstâncias da apreensão (quantidade incompatível com o consumo pessoal, histórico do adolescente etc.) suficiente para a certeza de que os entorpecentes pertenciam ao jovem e que as porções se destinavam a entrega a terceiros, em que pese sua negativa em Juízo.

Não se pode esquecer que muitas vezes as figuras de usuário e traficante se confundem e que o consumo de entorpecente pelo jovem não afasta a tipicidade da conduta "tráfico", sendo inegável que ao menos parte da droga tinha como destino a entrega, ainda que gratuita, a terceiros.

Dessa forma, diante do conjunto probatório, adequada foi a procedência da representação tal como oferecida.

Nessa toada, a medida socioeducativa de internação merece ser mantida.

Porquanto não se olvide o entendimento consolidado na Súmula 492 do STJ[3], o fato é que sua interpretação deve ser feita de forma sistemática com as disposições do art. 122, do ECA, observados os princípios que regem o Direito da Infância e Juventude.

Estabelece o art. 6º do ECA que ***"na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."***

Por sua vez, o art. 121, do ECA, prevê os princípios que regem a medida de internação: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O reconhecimento de que crianças e adolescentes são indivíduos em desenvolvimento norteia o escopo da aplicação de todas as medidas socioeducativas. A prática de ato infracional exige uma resposta educativa do Estado e não uma resposta retributiva. Ao se reconhecer que os adolescentes infratores são indivíduos em formação e que precisam ser orientados, a medida socioeducativa deve ser escolhida dentre aquelas previstas no rol do art. 112, do ECA, levando-se em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, § 1º, do ECA).

Para a avaliação da capacidade do adolescente em cumprir a medida socioeducativa é imperioso observar a sua condição pessoal (se estuda, se trabalha, se já respondeu a procedimentos por outros atos infracionais, se é toxicômano etc.) e familiar (se a família é estruturada e tem a capacidade de contribuir com

Acesso ao Sumário

3 SÚMULA nº 492: O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

o processo de ressocialização).

O tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, não se podendo afastar a ideia de que quem o pratica tem o intuito do lucro fácil, com menosprezo do trabalho honesto, a prejudicar a vida de pessoas indeterminadas, com reflexos na comunidade, a recomendar o afastamento do adolescente do meio deletério.

Esta Câmara Especial tem adotado esse critério (apelação nº 0000285-23.2015.8.26.0598, relator Des. Xavier de Aquino, Decano, julgada em 04/04/2016; apelação nº 0001374-73.2015.8.26.0536, relator Des. Salles Abreu, então Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 04/04/2016; apelação nº 0000285-36.2015.8.26.0626, relator Des. Ricardo Dip, então Presidente da Seção de Direito Público, julgada em 04/04/2016).

Em primeiro lugar, os fatos ocorreram em uma instituição de acolhimento e foram localizadas porções de três tipos de entorpecentes, o que escancara a gravidade concreta da infração, além de recomendar o imediato afastamento do adolescente do local em que está, preservando e protegendo não só ele próprio como também os demais abrigados.

Em relação às suas condições pessoais, o adolescente registra diversas passagens pela Vara da Infância e Juventude, e já foi submetido a diversas medidas socioeducativas no passado (fls. 44/55), as quais não deram conta de seu elevado déficit socioeducativo.

Tudo a revelar que a prática aqui apurada não constitui desvio de conduta isolado em sua trajetória, demonstrando também a inadequação de soluções mais brandas e, finalmente, autorizando a privação de sua liberdade com fulcro no artigo 122, II, do ECA.

Por conseguinte, mostra-se patente, no presente caso concreto, a ineficácia da aplicação de medida socioeducativa mais branda, de maneira que não há outra adequada ao adolescente que não a internação (art. 122, § 2º, do ECA). A segregação, nesse passo, é salutar e necessária para afastá-lo do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa proporcionar reabilitação aos infratores que, como o apelante, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Não se pode olvidar que o menor será periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vierem a demonstrar inequívoca aptidão para o retorno ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acesso ao Sumário

Por fim, a título de observação, consigna-se que a medida socioeducativa aplicada em primeiro grau não comporta prazo determinado, devendo o magistrado sentenciante se abster de fixá-lo, ainda que a título de período mínimo para o cumprimento. Dessa forma, o lapso de seis meses mencionado em sentença deve ser referente apenas à reavaliação da medida, podendo o rapaz ser liberado em menor tempo caso, em tese, esteja comprovada a ressocialização, avaliação a cargo do juízo da execução.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500948-92.2021.8.26.0530, da Comarca de (...), em que é apelante S.L.C. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE S.

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 49.505)**

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 agosto de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado tentado – Recurso defensivo – Materialidade e autoria satisfatoriamente demonstradas – Acervo fático-probatório coeso e seguro – Medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços comunitários necessárias, como forma de viabilizar o processo de ressocialização e reeducação da adolescente – Sentença mantida – Apelo desprovido.

VOTO

VISTOS.

S.L.C., inconformada com a r. sentença de fls. 217/221, que julgou procedente a representação contra ela formulada e aplicou-lhe liberdade assistida, pelo prazo mínimo de 6 meses, bem como prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 6 meses (8 horas semanais), em virtude da prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal, apela (fls. 244/247), postulando a improcedência da representação, sob alegada insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a aplicação de advertência ou o afastamento da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade.

Contra-arrazoado o apelo (fls. 252/256) e mantida a r. sentença (fls. 257/258), em seu parecer a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 270/273).

É o relatório.

Narra a peça inicial que, no dia (...), por volta das (...), no estabelecimento comercial situado na Rua (...), nº (...), (...), cidade de (...), comarca de (...), a apelante, agindo em concurso e unidade de desígnios com o adolescente R.P.S. e com os maiores imputáveis W.G.C.S., M.S.B. e D.S.S., tentaram subtrair para eles, mediante grave ameaça exercida com emprego de simulacro de arma de fogo, coisas alheias móveis, consistentes em valores em dinheiro pertencentes à Lanchonete (...), somente não consumando por circunstâncias alheias às suas vontades.

Inicialmente, faz-se mister, para a exata compreensão da controvérsia ora examinada, proceder à transcrição do teor da narrativa exposta pelo *Parquet* na exordial, *verbis*:

> *"Segundo restou apurado, na ocasião dos fatos, R., S., W., D. e M., previamente ajustados e ocupando o veículo (...), placas (...) – (...), se dirigiram até a lanchonete a fim de praticarem o roubo.*
>
> *Ato contínuo, desceram do carro R., o qual trajava um agasalho cobrindo o rosto e portava o simulacro de arma de fogo, e W., tendo eles se dirigido até os funcionários do local, anunciando o roubo e ordenando que lhes fosse entregue o dinheiro existente no caixa. Enquanto isso, S., D. e M., este último que conduzia o automóvel, ficaram aguardando os agentes efetuarem a empreitada criminosa e garantiriam posterior fuga.*
>
> *A subtração somente não se consumou, uma vez que o funcionário C., em um momento de descuido de R., reagiu e tentou tomar o simulacro das mãos do adolescente, fazendo com que os autores rapidamente partissem em fuga do local, sem levar o numerário.*
>
> *Ocorre que, após a subtração, com a indicação do rumo tomado pelos agentes criminosos, as vestes que utilizavam e o veículo que ocupavam,*

Acesso ao Sumário

policiais militares conseguiram localizá-los na Rodovia sentido (...), além de terem sido apreendidos o simulacro de arma de fogo e o agasalho utilizado por R., no ato infracional" (fls. 101).

Pois bem.

Este o contexto fático que, consoante a versão descrita pelo *Parquet* na peça vestibular, subjaz à presente ação socioeducativa.

E, uma vez feito o registro da exposição factual que consta da peça inaugural, tenho para mim que, *in casu*, a procedência da representação era de rigor e deve prevalecer.

Na polícia, a adolescente quedou-se silente (fls. 27). Em juízo, admitiu que estava no veículo com os demais indivíduos, alegando, todavia, que não tinha ciência de que praticariam o ato criminoso. Afirmou que saiu de carro com os amigos, como de costume, quando dois deles pararam para comprar lanche, sendo que ela somente soube da tentativa de subtração quando os agentes voltaram para o veículo (fls. 163/164).

Por sua vez, o outro adolescente, R., na polícia e em juízo, confessou a prática do ato infracional, com emprego de simulacro de arma de fogo, delatando a participação dos demais – a recorrente S. e os imputáveis. Explicou que S. sabia da intenção dos amigos, uma vez que tudo foi planejado em sua presença (fls. 22; 163/164).

E, analisando-se os demais elementos de convicção carreados ao longo de toda a instrução, verifica-se que, na espécie, acham-se bem provadas a autoria e a materialidade do ato infracional imputado à representada (fls. 01/29; 149; 163/164; 215/221 e arquivo digital), cabendo destacar o relato das vítimas e dos policiais militares responsáveis pela apreensão da adolescente e dos demais, em flagrante e na posse do simulacro de arma de fogo.

Os ofendidos – funcionários da lanchonete, narraram em detalhes, nas duas etapas, como se deram os fatos, asseverando a ação de dois indivíduos, um deles armado. Na fuga, entraram em um veículo, onde havia mais indivíduos, sendo que anotaram o modelo, cor, as placas, e comunicaram a polícia.

Os policiais *A.G.S.* e *W.L.S.*, corroborando os relatos da fase administrativa, em juízo, confirmaram a localização do veículo utilizado na prática do ato, apreendendo em flagrante a recorrente na companhia do outro adolescente e dos imputáveis, sendo que todos ocupavam o interior do automóvel. Um dos agentes jogou o simulacro para fora do carro, mas o objeto foi recuperado. Confirmaram a confissão informal de todos os envolvidos (fls. 08/09; 13/14; 215/221 e arquivo digital).

Mister esclarecer-se, nesse passo, que o policial não está legalmente impedido de depor e o valor de seu depoimento não pode ser sumariamente desprezado.

Inclusive tal questão já se encontra pacificada pela doutrina e jurisprudência, prevalecendo o entendimento de que os testemunhos prestados por policiais merecem a mesma credibilidade que aqueles dados por pessoas comuns, sendo imprescindível que se apresente uma razão clara e concreta, para tornar referidas declarações eivadas de suspeição, o que não ocorreu no caso vertente.

Ademais, não trouxe a apelante recorrente qualquer prova que pudesse ilidir sua responsabilidade, não obstante o esforço despendido e os argumentos oferecidos pela defensoria.

Assim, como bem salientado pelo d. Promotor de Justiça oficiante, em desse de contrarrazões, *"fica claro que ela tinha ciência da ação delituosa que seria praticada, pois saiu da cidade de (...) e se dirigiu até (...) com os infratores; esperou no veículo que eles fossem praticar o ilícito; os viu voltarem com o simulacro e participou da fuga"* (fls. 254).

A r. sentença bem analisou o quadro probatório dos autos, dando aos fatos perfeita adequação jurídica.

Na reiteração da instância nada de novo foi alegado que infirmasse as conclusões da decisão recorrida.

Em suma, a reanálise a que ora se procede da presente representação, com o acurado exame de todos os seus aspectos processuais e o minucioso revolvimento da matéria fático-probatória destes autos, conduz à inexorável conclusão de que, mediante persecução legal e constitucionalmente hígida, restou evidenciado, de forma estreme de dúvidas, *(i)* que a representada praticou, com vontade livre e consciente, a conduta que lhe é atribuída, quedando-se patenteada, pois, a adequação típica, sob os prismas objetivo e subjetivo, da ação em tela, bem assim *(ii)* a responsabilidade da apelante no evento a ela imputado – não se verificando, portanto, a existência de mácula alguma neste instrumento persecutório, tampouco a ocorrência de afronta a qualquer dos princípios e regras norteadores da matéria.

Em outras palavras, tendo sido observadas, na espécie, todas as regras que compõem a fórmula constitucional do *due process of law*, e uma vez constatada a robustez do acervo probante confeccionado pelo *Parquet*, conclui-se que nenhum dos argumentos de mérito deduzidos pela combativa defesa está a merecer acolhimento.

Anote-se que restou comprovada a tentativa de subtração mediante grave ameaça exercida com emprego de simulacro de arma de fogo, em concurso de pessoas.

Por derradeiro, verifica-se que as medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade foram criteriosamente aplicadas, segundo o livre convencimento do MM. Juízo de Primeiro Grau – que observou a gravidade concreta do fato e as condições pessoais da adolescente, bem como

Acesso ao Sumário

a necessidade de tal intervenção como forma de viabilizar o seu processo de ressocialização e reeducação.

Com efeito, observa-se que o d. Magistrado singular fundamentou, de forma clara e suficiente, a imposição das medidas ao anotar, *litteris*:

> *"Com relação à adolescente S., a situação é um pouco diversa. Embora com plena ciência do ato e aderindo à conduta, não desceu do veículo, não efetivou diretamente a ameaça, as notícias são de que vinha estudando, está em nível elevado da cadeia estudantil, trabalhava e, ao que parece, não estava usando drogas. Tem amparo da família para submeter-se ao tratamento em meio aberto, em especial da genitora. Portanto, para ela, possível e por ora suficiente, aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida, para que o CREAS acompanhe o retorno da adolescente à moradia da mãe, acompanhe a retomada dos estudos e do trabalho e o seu desenvolvimento futuro, tudo comunicando o juízo, sem prejuízo da cumulação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, para que seja inserida em ambiente laborativo novamente" (*fls. 219/220).

No tocante a alegação de afastamento da medida de prestação de serviços comunitários, com a devida vênia, a manifestação lançada pela d. Procuradoria Geral de Justiça, em sede de parecer, equaciona a questão, ao sustentar, *verbis*:

> *"Com efeito, nos termos da irretocável manifestação Ministerial nas contrarrazões recursais, 'no que se refere ao pedido de afastamento da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, insta destacar que estes serão feitos em horários que não atrapalhem os estudos da adolescente, não havendo que se falar em qualquer prejuízo pedagógico a S. Aliás, também cumpre salientar que a adolescente teve seu vínculo de estágio rescindido em 12 de abril de 2021 (cf. documentos de fls. 185), mais um indicativo de que apresenta plenas condições de cumprir com a medida imposta, inclusive será importante para que seja novamente realocada em outra atividade'"* (fls. 272).

Em suma, vê-se que a aplicação das intervenções socioeducativas acima referidas, a par de lastreadas em motivação concreta, afigura-se consonante com todas as normas e princípios jurídicos que compõem o sistema protetivo erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de sorte que, inexistindo recurso do *Parquet* para imposição de medida mais severa (*internação*), nada há a ser reparado.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500943-

52.2021.8.26.0536, da Comarca de Guarujá, em que é apelante V.C.S. (MENOR), é apelado P. DE J. V. DA I. E J. DO G.

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 33.655)**

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, 9 de agosto de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Apelação – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente internação em razão da prática de ato infracional análogo ao crime de roubo – Palavra da vítima em consonância com os demais elementos informativos de convicção – Materialidade e autoria devidamente demonstradas – Medida socioeducativa compatível com as condições pessoais do apelante – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo adolescente V.C.S., nascido em (...), contra a r. sentença que julgou procedente a representação e lhe aplicou internação, por prazo indeterminado, em razão da prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 157, § 1º, do Código Penal (fls. 104/107).

Alega-se nas razões recursais, em síntese, a insuficiência do conjunto probatório, a inadequação da medida imposta e, ainda se requer, alternativamente, a desclassificação para crime de furto (fls. 126/132).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 135/138) e, mantida a r. sentença (fls. 140), a Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da insurgência (fls. 148/152).

É o relatório.

Ab initio, anoto que não há que se falar na concessão do efeito suspensivo ao presente, não só em face de ele restar prejudicado diante do julgamento da matéria, como também, em razão da adoção da tese do decidido no Enunciado nº 6, do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do

Acesso ao Sumário

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'*.

Quanto ao mérito, o adolescente foi representado porque, segundo se apurou, no dia (...), na (...), esquina com (...), (...), subtraiu para si corrente de ouro, avaliada em R$ 2.500,00, usando de violência contra a vítima após a subtração, a fim de garantir a posse do bem e a impunidade do ato praticado (fls. 22/24).

A materialidade do ato infracional está comprovada, conforme boletim de ocorrência (fls. 1/3), auto de exibição e apreensão (fls. 4/5), termos de declaração (fls. 6/7), termos de depoimento (fls. 10/11) e, ainda, pelos demais elementos informativos de convicção trazidos a cotejo.

Declarou o policial militar L.C.P.F.: *'Foram comunicados via COPOM a respeito de um furto ocorrido na praia (...), tendo o indivíduo subtraído uma corrente de ouro e empreendido fuga pela (...), sendo avistado entrando em luta corporal com a vítima no cruzamento com a (...), tendo sido localizado em seu poder um pedaço da corrente de ouro, então danificada'*.

No mesmo sentido a declaração da vítima: *'Estava sentado na praia quando um indivíduo puxou sua corrente de ouro e empreendeu fuga; começou a gritar pega ladrão e correu atrás do indivíduo, e ao alcançá-lo entraram em luta corporal e, com a chegada da Polícia Militar o indivíduo foi identificado, e sua corrente apreendida e devolvida'*.

Importante salientar que em sede de crimes patrimoniais, o entendimento consolidado é no sentido de que a palavra da vítima é preciosa para a identificação do autor.

Registre-se que depoimentos de policiais podem ser utilizados como meio de prova seguro, mormente quando não existem nos autos elementos que possam desacreditá-los e tampouco indícios de que quisessem prejudicar o representado, atribuindo-lhe falsamente a prática de ato infracional.

Sobre a validade do depoimento de policiais, doutrina e jurisprudência já estão consolidadas com o entendimento de que estes têm o mesmo valor de qualquer outro testemunho, desde que aufiram credibilidade.

Nesse sentido, já se posicionou o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: *'Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a*

Acesso ao Sumário

garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF.' (REsp 604.815/BA, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma).

Seria contraditório o Estado selecionar pessoas para integrarem o quadro da Polícia e depois esvaziar totalmente de credibilidade seus depoimentos quando agem no cumprimento de seu dever. Assim já decidiu o Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 74.608-0).

Na verdade, a defesa não trouxe qualquer elemento suficiente a desconstituir o conjunto probatório que milita em desfavor do adolescente.

No que tange ao pleito de desclassificação de roubo para furto, incabível a pretensão vez que perfeitamente configurado o crime de roubo impróprio, *ex vi legis*, como bem anotou o d. representante do *Parquet*: *'Exige-se, para a configuração do roubo impróprio, que anteriormente à consumação do furto, ou seja, depois de subtraída a coisa, o agente faça uso da violência ou grave ameaça contra a pessoa que o flagrou, exatamente como ocorreu no caso em apreço, subsumindo-se, portanto, à figura do roubo impróprio'*.

Depois, insta salientar que, na seara da Infância e da Juventude, inócua a discussão trazida à baila, vez que a capitulação técnica da infração só teria relevância na dosimetria penal, fase esta inexistente nas questões atinentes a jovens infratores. Não obstante, houve a devida apuração dos fatos descritos na representação, independentemente da capitulação dada, não podendo se falar em prejuízo tanto para a defesa, quanto para a acusação.

Diante dessas considerações e, sopesadas as condições do jovem, a medida eleita não se mostra excessiva, tampouco abusiva; ao contrário, revela ser a mais adequada e necessária neste momento.

Isso porque visa proporcionar a reabilitação, a reeducação e a socialização de adolescente infrator, impondo-lhes freios e responsabilidades, de modo que beneficiá-lo com medida mais branda só o prejudicará, pois continuará ele a viver livremente, impune e sujeito às influências maléficas das más companhias a que se mostra engajado.

Anotou o MM. Juízo de Primeira Instância esta necessidade registrando que ao jovem já foi aplicada liberdade assistida pela prática de ato infracional análogo a roubo qualificado, sem êxito; ademais, é usuário de drogas, tem pouco crítica quanto à conduta perpetrada, aliada à necessidade de retomada dos estudos.

Por fim, considero prequestionados todos os dispositivos invocados. Cumpre assinalar que, para efeito de prequestionamento, está claro que inexistiu violação a qualquer norma. Depois, o julgador não está obrigado a mencionar todos os dispositivos constitucionais e legais elencados.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002600-17.2021.8.26.0268, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é apelante P. DE J. DA V. DA I. E J. DE I. DA S., são apelados M.I.F.D. e D.V.G.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para anular a sentença e determinar o prosseguimento da ação para que se produza a prova necessária ao julgamento do mérito, nos termos da fundamentação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.602)**

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, 19 de agosto de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação – Ação de suspensão e/ou destituição de poder familiar com pedido de acolhimento institucional – Extinção sem julgamento do mérito – Inviabilidade – Situação de risco caracterizada – Princípios do melhor interesse e da proteção integral que recomendam a regular instrução – Recurso provido para anular a sentença e determinar o prosseguimento da ação, a fim de que se produza a prova necessária ao julgamento do mérito.

Acesso ao Sumário

VISTOS.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público de São Paulo contra r. sentença de fls 34/35, que julgou extinta a ação de Destituição/Suspensão do Poder Familiar, sem julgamento do mérito, antes da citação dos réus.

Alega o apelante que o fato de os menores T.C.G.D. (DN 09.05.2011, fls 12) e P.V.F.G. (DN (28/12/2009), fls 13) estarem sob os cuidados de E.C.S. não implica na ausência do interesse de agir e, portanto, não autoriza a extinção levada a efeito pelo MM Juiz *a quo*. Sustenta a insuficiência do ofício do Conselho Tutelar, informativo de que os menores estão aparentemente bem cui-

dados, para afastar a necessidade de produção de prova técnica pela equipe do juízo, acrescentando a necessidade de acompanhamento da família pelo CREAS e pelo CRAS, antes do sentenciamento, em proteção ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Em juízo de retratação, a sentença foi mantida (fls 47).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls 57).

É o relatório.

Conheço da apelação, eis que presentes seus requisitos de admissibilidade.

No mérito, a hipótese é de provimento do recurso.

Consta dos autos que a mãe dos menores está presa e o pai, desaparecido, bem como que se encontram morando com E., pessoa com quem eles não mantêm vínculos familiares e que possui um filho de vinte e dois anos de idade, com doença mental que exige sua completa atenção. No dia 28/11/2020, a criança T. foi atropelada quando andava sozinha pelas ruas da cidade, de acordo com o BO de fls 7/11, lavrado para apuração do delito de embriaguez ao volante.

Nesse cenário, está suficientemente caracterizada a situação de risco de que trata o art. 98, II, do ECA, em razão da absoluta omissão dos familiares nos cuidados com os menores:

> "Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
> I – (...);
> II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;".

O fato de os infantes estarem residindo com terceira pessoa, sem qualquer formalidade, apenas atesta tal risco, a demandar a regularização da situação com vistas a dar efetividade ao princípio da proteção integral.

Mostra-se, portanto, prematura a imposição da guarda definitiva, como decidido na sentença, quer pela falta de elementos que atestem os benefícios dessa situação para os interessados, quer em razão da absoluta ausência de manifestação da terceira nos autos, que não consta no polo passivo da ação e sequer foi ouvida sobre sua disponibilidade para assumir o encargo.

Ademais, a atribuição da guarda, na modalidade de colocação em família substituta, regulada pelo ECA, art. 28 e art. 33, demanda a observância do contraditório e do devido processo legal, sendo meritória e incompatível com a extinção simples determinada na sentença.

A guarda provisória, por sua vez, poderia ser uma alternativa viável, neste primeiro momento, considerando o fato de T. e P. estarem morando com E.

Acesso ao Sumário

há dois anos, com vistas a regularizar a situação de fato e evitar o acolhimento institucional, como sugerido pelo Ministério Público oficiante em Primeiro e Segundo Graus (fls 32 e 57, respectivamente).

Desse modo, de rigor a reforma da decisão extintiva, com a determinação de que o feito prossiga em direção à regularização da situação dos menores, que sequer estão matriculados na escola, e à instrução probatória, com vistas à tutela do melhor interesse dos infantes e à efetividade do princípio da proteção integral.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso para anular a sentença e determinar o prosseguimento da ação para que se produza a prova necessária ao julgamento do mérito, nos termos da fundamentação.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1003549-15.2021.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que são apelantes Município de Jundiaí e Juízo "Ex Officio", é apelado R.A.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial 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 33.585)**

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, 9 de agosto de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: APELAÇÃO e REMESSA NECESSÁRIA – Sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer, condenando a Municipalidade de Jundiaí a garantir matrícula à criança autora em unidade municipal infantil, por período integral – Apelo pretenden-

Acesso ao Sumário

do, preliminarmente, o sobrestamento do feito, tendo em vista a repercussão geral da matéria (Tema 548 do STF) e, falta de interesse de agir ante a efetivação da matrícula, quanto ao mérito, a não obrigatoriedade do município em fornecer vaga em período integral, violação do princípio de separação dos poderes, impossibilidade de sequestro de verba pública e a inviabilidade da condenação em honorários, subsidiariamente, sua redução – Preliminar rejeitada – Sobrestamento indevido – Inafastabilidade da obrigação educacional imposta ao Estado pela própria Constituição Federal – Motivos orçamentários, físicos, ou operacionais que não se mostram suficientes a obstaculizar a pretensão aduzida – Verba honorária reduzida ao patamar de 10% do valor da causa a fim de se adequar aos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência desta Colenda Câmara Especial – Apelação e remessa necessária parcialmente providas.

VOTO

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pelo Município de Jundiaí contra a r. sentença de fls. 60/63 que, nos autos de ação de obrigação de fazer interposta pela criança **R.A.S.**, nascida aos (...), devidamente representada nos autos, julgou procedente a ação condenando o Município de Jundiaí a disponibilização imediata de matrícula, inserção e frequência do autor em unidade municipal infantil (creche municipal) em período integral mantendo a tutela jurisdicional concedida as fls. 24. Traz, de início, a questão relacionada ao Tema 548, matéria de repercussão geral, referente ao AI 761.908-SC, discutindo-se a autoaplicabilidade do disposto no art. 208, inciso IV, e § 1º, da Constituição Federal. Alega, em apertada síntese, ingerência do Poder Judiciário na esfera da Administração Municipal. Pretende a reforma da r. sentença para o fim de eximir-se da condenação em honorários advocatícios ou, ao menos, a sua redução (fls. 68/79).

Bem processado, recebido o recurso (fl. 80), a recorrida apresentou as contrarrazões (fls. 83/93), a r. sentença foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 94), e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do recurso, solução extensiva à remessa necessária, deixando de se manifestar sobre os honorários advocatícios (fls. 101/107).

É o relatório.

De início, refuta-se as matérias preliminares.

Acesso ao Sumário

A respeito da repercussão geral da matéria (Tema 548, STF), esta Colenda Câmara já se pronunciou:

"O pedido preliminar da Municipalidade não pode ser acolhido. Importa, nesse tocante, esclarecer os efeitos do artigo 543-B, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, que prevê o sobrestamento dos feitos de Tribunal que encaminha recursos representativos de controvérsia de natureza constitucional para o C. Supremo Tribunal Federal, até o pronunciamento definitivo dessa C. Corte sobre a matéria, em virtude do instituto da repercussão geral.

No que tange ao alcance do reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada matéria constitucional, a Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça, em v. acórdão de relatoria do então Ministro Luiz Fux e com base em número expressivo de precedentes, esclareceu que o posicionamento do C. Supremo Tribunal Federal nesse tocante não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais o mesmo tema se faz presente e é discutido, mas apenas dos recursos extraordinários pendentes de juízo de admissibilidade na instância anterior.

Veja-se o trecho da ementa do v. acórdão:

'(...)

12. O Supremo Tribunal Federal, em 13.03.2008, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 579.431/RS, cujo thema iudicandum restou assim identificado: 'Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data da feitura do cálculo e a data da expedição da requisição de pequeno valor. '

13. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

14. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de ***eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ****: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008,*

Acesso ao Sumário

DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

15. ***Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso****. (...)' grifamos (REsp 1.143.677, j. 2.12.2009, DJE 4.2.2010)"* (Apelação nº 0018685-43.2012.8.26.0161, Rel. Des. Silveira Paulilo, Presidente da Seção de Direito Privado, j. 2.12.2013).

Não procede, igualmente, a alegação da falta de interesse de agir por estar a criança matriculada. Isso porque a vaga só foi concedida após a decisão liminar deferida e intimação da Municipalidade para o cumprimento da obrigação.

Com relação ao mérito, o apelo e a remessa necessária comportam parcial provimento.

Os artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal e os artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente impõem ao Estado (gênero) o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Dessa forma, tem sido reiteradamente decidido que o acesso à educação infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal garantindo-se, com absoluta prioridade, o atendimento em creche ou pré-escola às crianças, nos termos dos artigos 208, IV, da CF/88, e 54, IV, do ECA. E esse entendimento, ao menos enquanto não sobrevier decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal no AI nº 761.908, em que reconhecida repercussão geral acerca da autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal, permanece sendo adotado nesta Corte de Justiça e no Superior Tribunal de Justiça.

Dispõe, ademais, a Constituição Federal que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos incompletas (ou cinco anos completos, de acordo com o artigo 208, IV, da CF, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 53/2006) razão pela qual suposta insuficiência de vagas não pode impedir as crianças de desfrutarem do direito à educação, submetendo o acesso ao ensino a planejamento orçamentário, ordem cronológica de inscrição e análise socioeconômica.

Impõe-se, por conseguinte, observar esses ditames constitucionais e legais, vez que são comandos que resultam na imposição de deveres ao Poder Público, inclusive o de propiciar acesso à escola pública e gratuita próxima da

Acesso ao Sumário

residência da criança (ECA, artigo 53, V).

Nesse sentido, a Súmula nº 63 desta Corte: *"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"*.

Outrossim, no aparente conflito de normas que tratam do direito à educação, de um lado, e de matéria orçamentária, de outro, é indiscutível a prevalência do primeiro sobre esta última, em decorrência dos artigos 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, que tratam de princípios e direitos fundamentais.

Desta feita, suposta insuficiência de verbas ou restrições orçamentárias não pode permitir que crianças que necessitam de vagas em creche fiquem à mercê da observância de lista cronológica ou de planejamento orçamentário, pois o direito à educação é impostergável.

Portanto, diante da inafastabilidade da obrigação educacional imposta ao Estado pela própria Constituição Federal, motivos orçamentários, físicos, ou operacionais, não se mostram suficientes a obstaculizar a pretensão da criança, quando não claramente demonstrada e comprovada nos autos.

Nesse sentido:

> *"Remessa necessária – Infância e Juventude – Mandado de Segurança – Matrícula em unidade de ensino fundamental – Direito à educação – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Determinação judicial para cumprimento de direitos públicos subjetivos – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Súmula 65, TJSP – Concretização do direito pelo fornecimento de vagas em condições de serem usufruídas – Limitação à ordem cronológica de atendimento – Impossibilidade – Planejamento geral do fornecimento de educação pela administração pública não impede a efetivação de direito público subjetivo individual por entidade pública ou privada conveniada – Reserva do possível afastada – Disponibilização de vagas em instituição próxima, assim entendida aquela que dista até dois quilômetros da residência das crianças – Inexistência de vagas em unidade próxima que autoriza a matrícula em outra mais distante, com o fornecimento do transporte – Remessa necessária não provida, com observação"* (Remessa necessária nº 1003663-04.2018.8.26.0003, Rel. Des. Fernando Torres Garcia, Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 21.01.2019).

Também não se pode falar em indevida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação de outro Poder, porque ele só cumpre o encargo constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Se, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado

Acesso ao Sumário

constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, e se as crianças que estão nas condições estipuladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente são titulares do direito e podem exigi-lo em Juízo, a determinação judicial do cumprimento desse dever pelo Município não significa ingerência do Judiciário no âmbito da administração, eis que não há discricionariedade do administrador quando se trata de direitos imediatamente aplicáveis.

Nesse sentido dispõe a Súmula nº 65 desta Corte:

"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte de crianças ou adolescentes".

Ademais, o Estado não pode, em qualquer âmbito, elaborar listas de espera para direito fundamental e constitucionalmente garantido.

> *"(...) Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana"* (REsp nº 790175/SP – 1ª Turma do STJ – Rel. Min. José Delgado – Rel. para o Acórdão Min. Luiz Fux – j. 05.12.2006 – DJ 12.02.2007, p. 249). Assim também se decidiu no REsp nº 736524/SP – 1ª Turma do STJ – Rel. Min. Luiz Fux – j. 21.03.2006 – DJ 03.04.2006, p. 256 e no REsp nº 575280/SP – São Paulo – 1ª Turma do STJ – Rel. Min. José Salgado – Rel. para o Acórdão Min. Luiz Fux – j. 02.09.2004 – DJ 25.10.2004.

De se consignar ainda, que em se tratando da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao Administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da reserva do possível, ou sob o manto do alegado *'periculum in mora inversum'*, pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da *'máxima efetividade da Constituição'*, conforme entendimento do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no Recurso Especial nº 811.608/RS.

Quanto à verba honorária, o valor deve ser arbitrado de acordo com o trabalho desempenhado com zelo pelo profissional, porém, em consonância com o previsto no artigo 85, § 2º, I a IV, § 3º e § 4º, III, do Código de Processo Civil, sem causar enriquecimento ilícito ou prejuízo ao Erário, de modo a impor-se sua redução. *"O resultado não decorre da reconhecida capacidade do profissional, mas do intento de se preservar o Erário, a coisa pública e por consequência todos os contribuintes"* (TJSP, Apelação Cível e Reexame Necessário nº 2110086-48.2016.8.26.0000).

Portanto, é caso de redução da verba honorária de 20% do valor da causa

Acesso ao Sumário

para o patamar de 10%, em obediência, inclusive, aos preceitos da razoabilidade, da modicidade e da proporcionalidade, lembrando tratar-se de demanda corriqueira e repetitiva.

Nesse sentido, julgados desta Colenda CÂMARA ESPECIAL:

'Educação – Ação de Obrigação de Fazer – Fornecimento de vagas em creche/pré-escola – Obrigação do Poder Público – Direito assegurado pela Constituição Federal e pelo ECA – Aplicação das Súmulas 63, 65 e 68 do E. TJSP – Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes – Inaplicabilidade da teoria da reserva do possível à hipótese dos autos.

Multa diária – Imposição de multa que possui caráter coercitivo, com objetivo de garantir com a maior rapidez o atendimento ao direito fundamental à educação – Fixação em R$ 1.000,00 – Possibilidade de sua redução para R$ 300,00 em atendimento aos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade – Valor arrecadado a título de multa diária que não pertence às crianças, e sim ao Fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município, na conformidade do art. 214 e seus §§ 1º e 2º do ECA.

Honorários advocatícios – Condenação da Municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios – Verba honorária que é devida – Fixação em R$ 1.000,00. Possibilidade de sua redução para R$ 500,00, em apreço aos preceitos da razoabilidade, da modicidade e da proporcionalidade e critérios legais, conforme art. 85, § 2º, 3º, 4º, III e 8º.

Fato superveniente à decisão recorrida – perda de objeto – falta de interesse recursal – Apelo parcialmente prejudicado – não conhecimento.

Apelo e reexame necessário parcialmente providos, para redução de multa diária aplicada e de verba honorária" (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1012780-06.2016.8.26.0224, Relator Renato Genzani Filho, j. em 7.11.2016).

"Por outro lado, assiste razão ao Município ao pleitear a redução do valor fixado a título de honorários. Com efeito, tratando-se de ação de pequena complexidade, que versa sobre matéria repetitiva, em que não houve necessidade de produção de prova em audiência, razoável a fixação da verba honorária em R$ 500,00 (quinhentos reais)" (Apelação Cível nº 0026648-69.2014.8.26.0602, Rel. Des. Eros Piceli, j. 30.11.2015).

Outrossim, considero prequestionados todos os dispositivos legais elencados nas razões recursais, vez que implicitamente abordados na r. decisão guerreada.

Do exposto, **dá-se parcial** provimento ao apelo e remessa necessária, apenas para reduzir os honorários advocatícios ao patamar de 10% do valor da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1009036-21.2020.8.26.0302, da Comarca de (...), em que são apelantes D.M. (MENOR), J.M.M. (MENOR) e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado MUNICÍPIO DE (...).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso de apelação e provimento em parte ao reexame necessário, nos termos constantes do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.636)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 16 de agosto de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa; REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Crianças com Transtorno do Espectro Autista. Pretensão de fornecimento gratuito pelo Poder Público de sessões de terapia ocupacional, fonoaudiologia e psicoterapia comportamental, todas pelo método ABA, sessões de equoterapia e hidroterapia e transporte individualizado até os locais das sessões. Direito fundamental à saúde. Dever do Estado. Ausência de violação ao princípio da separação dos Poderes e à cláusula da reserva do possível. Comprovação da necessidade das sessões e do transporte individualizado. Incapacidade financeira da família de arcar com os custos das sessões prescritas. Ausência de relatório médico fundamentado e circunstanciado que comprove a necessidade ou a imprescindibilidade das sessões pelo método específico ABA e a ineficácia daqueles equivalentes fornecidos pelo SUS. Obrigação de comprovação semestral da necessidade das terapias, mediante apresentação de prescrição médica atualizada. Possibilidade de fixação de multa como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação. Redução dos va-

Acesso ao Sumário

lores da multa diária e dos honorários advocatícios. Trabalho adicional realizado em grau recursal levado em conta. Reexame necessário provido em parte e apelo provido.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação, em ação de obrigação de fazer ajuizada por **D.M**. e **J.M.M.** contra o **MUNICÍPIO DE (...)**. A r. sentença de fls. 118/125 julgou parcialmente procedente a demanda, para determinar que o réu forneça aos autores sessões de terapia ocupacional com ênfase em integração sensorial, fonoaudiologia e psicoterapia comportamental, todas pelo método ABA, bem como sessões de equoterapia e hidroterapia, e transporte público até os locais das sessões, com início em trinta dias, sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais), limitada a R$ 6.000,00 (seis mil reais). Ante a sucumbência recíproca, condenou ambas as partes ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Apelaram os autores, impugnando somente a forma do transporte concedido, alegando que, conforme o relatório médico apresentado, há necessidade de transporte individualizado, já que ambos apresentam dificuldades de lidar com aglomerações de pessoas. Requereu o provimento do recurso, reformando-se a r. sentença nesta parte (fls. 131/138)

Decorrido o prazo sem apresentação de contrarrazões (fls. 143), subiram os autos e a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso de apelação (fls. 148/151).

Juntado novo documento a fls. 139, concedeu-se a oportunidade de manifestação ao Município de (...) (fls. 153), que o fez a fls. 156/157.

É o relatório.

Os autores são crianças com Transtorno do Espectro Autista e pretendem o fornecimento gratuito pelo Poder Público dos medicamentos Aristab 1mg e Risperidon 1 mg/ml e de sessões de terapia ocupacional com ênfase em integração sensorial, fonoaudiologia e psicoterapia comportamental, todas pelo método ABA, sessões de equoterapia e hidroterapia, e transporte público individualizado até os locais das referidas sessões.

A r. sentença não acolheu o pedido de fornecimento dos medicamentos, mas apenas das sessões das terapias e do transporte até os locais, embora não exclusivo. Os autores se insurgiram, interpondo o apelo, somente contra a forma do transporte, que pretendem seja individualizado, e não coletivo, ante as particularidades do espectro.

O acesso à saúde é direito fundamental consagrado constitucionalmente, competindo à Administração Pública o dever de promover, com absoluta prio-

Acesso ao Sumário

ridade às crianças e aos adolescentes, programas de assistência integral (artigo 227, *caput* e § 1º, da Constituição Federal). O artigo 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que *"incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação"*.

A intervenção do Poder Judiciário para garantir o pleno acesso à saúde não configura violação ao princípio da separação de Poderes, pois tal direito não está adstrito à discricionariedade do Poder Público, e sua concretização tem feição de ato estritamente vinculado, visto que ao Estado é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitam (artigo 196 da Constituição Federal). Tratando-se da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da *"reserva do possível"*, pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da *"máxima efetividade da Constituição*[1]*"*. Este também é o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal[2].

Este E. Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 65, segundo a qual *"não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes"*. Assim, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar ou dificultar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição Federal, encontrando limitação na garantia constitucional do mínimo existencial.

No caso concreto, está comprovada a hipossuficiência financeira da família dos autores, sem condições de arcar com os custos das terapias pretendidas e de transporte exclusivo, ante o documento de fls. 27. Da mesma forma, está documentalmente demonstrado nos autos que os autores necessitam de sessões de terapia ocupacional, fonoaudiologia, psicoterapia comportamental, equoterapia e hidroterapia (fls. 31/55), e transporte individualizado até os locais das sessões (fls. 139). Assim, não se justifica a recusa do Poder Público em fornecê-los aos infantes, preservando a sua saúde e dignidade.

Aliás, a respeito da possibilidade de juntada de documentos novos em fase de apelação, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça que *"de fato, nos termos da jurisprudência desta Corte, tem-se admitido a juntada excepcional de documento até mesmo com o recurso de apelação, desde que respeitado o princípio do contraditório e não esteja configurada a má-fé do apelante"* (gri-

Acesso ao Sumário

1 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 811.608/RS, Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 15 de maio de 2007.

2 Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Agravo de Instrumento em Agravo Regimental 810.864/RS, Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 29 de abril de 2014.

famos)[3]. No caso, garantiu-se ao Município de (...) o contraditório, pois teve a oportunidade de se manifestar sobre o documento novo juntado a fls. 139, elaborado após a prolação da r. sentença (fls. 153). Aliás, nesta ocasião, o próprio Município informou que já estava fornecendo aos autores transporte exclusivo até os locais das terapias (fls. 156/157).

Por outro lado, não existe nos autos provas de que as terapias pleiteadas somente possam ser realizadas sob o método ABA. É certo que nos relatórios médicos de fls. 31/55 há menção à suposta superioridade do referido método; entretanto, não há contraindicação expressa dos outros meios disponibilizados pelo SUS ou referência à sua suposta ineficácia aos autores. A propósito, consta da Nota Técnica nº 89/2020 do NAT-JUS/SP não haver na literatura científica e nos protocolos governamentais evidências de que a terapia ABA seja metodologia superior às outras disponíveis, razão pela qual não se justifica a exigência dos autores perante o Poder Público.

É razoável exigir a comprovação periódica da efetiva necessidade das referidas sessões a cada seis meses, mediante apresentação da prescrição médica atualizada.

A imposição de multa à Administração Pública para o caso de descumprimento de obrigação também é plenamente admissível, conforme tese fixada no julgamento do Recurso Especial 1.474.665/RJ pelo C. Superior Tribunal de Justiça (Tema 98 – *"Possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros"*), aplicada por analogia. No caso, o valor da multa diária fixado – R$ 300,00 (trezentos reais) – comporta redução para R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), visto que excessivo. Por outro lado, já houve limitação temporal da incidência da multa, a evitar eventuais desproporções.

No mais, ante a sucumbência recíproca, está correta a condenação de ambas as partes ao pagamento de honorários advocatícios a cada um dos patronos, porém, considerando não ser a causa dotada de complexidade, com base no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, é de rigor a redução dos honorários advocatícios para R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), atualizáveis a partir da intimação do presente, já incluídos os recursais, decorrentes do trabalho adicional.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso de apelação e provimento em parte ao reexame necessário, para determinar o fornecimento de transporte exclusivo aos apelantes até os locais das sessões terapêuticas, sob pena de multa diária de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), e fixar honorários advocatícios sucumbenciais em R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), já incluídos os recursais.

Acesso ao Sumário

3 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial – 1442557 2019.00.28425-2, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DJE: 22/08/2019.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0019656-11.2021.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE JALES e interessado RONALDO ANTONIO LOURENÇO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE.

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 suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SANTA BÁRBARA D'OESTE).V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.072)**

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, 6 de julho de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Arrolamento – Foro do último domicílio dos autores da herança de natureza relativa – Inteligência do art. 48, CPC – Competência relativa, de acordo com a Súmula 71 do TJSP – Declinação de ofício – Impossibilidade – Inteligência da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo *MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE JALES* em face do *MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SANTA*

BÁRBARA D'OESTE, nos autos do arrolamento de bens deixados pelo falecimento de Cleyde das Dôres Lourenço e Doray Lourenço (Proc. nº 1001499-23.2021.8.26.0533).

O feito foi, inicialmente, distribuído ao Juízo suscitado, que declinou, de ofício, da sua competência, por entender que a ação deve tramitar perante o Juízo do local do último domicílio dos falecidos, conforme art. 48 do CPC (fl. 22, dos autos originários).

O Juízo suscitante, por sua vez, sustenta que a competência é de natureza relativa, indeclinável de ofício, conforme Súmula 33 do C. STJ e Súmula 71 deste E. TJSP (fls. 1/4).

Foi designado o Juízo suscitado (*MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SANTA BÁRBARA D'OESTE*) para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 6/7).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

O presente conflito foi suscitado nos autos do arrolamento dos bens deixados em razão do falecimento de Cleyde das Dores Lourenço e Doray Lourenço, o qual foi distribuído livremente ao Juízo suscitado que determinou a redistribuição do feito ao Juízo suscitante, sob o fundamento de que os *de cujus* tinham como último domicílio a cidade de Santa Albertina, pertencente à Comarca de Jales.

Observa-se, de fato, que as certidões de óbito (fls. 8/9, dos autos originários) indicam como último domicílio dos falecidos as cidades de Jales e Santa Albertina, respectivamente. Tal fato jurídico fixa, a princípio, a competência para o arrolamento e a partilha de bens (artigo 48, CPC).

Entretanto, pacífico o posicionamento doutrinário e jurisprudencial indicando o caráter relativo de tal competência, não permitindo sua declinação de ofício pelo Juízo.

Nesse sentido:

> *"Já se decidiu que a competência fixada em face do foro do autor da herança é relativa (STJ, 2ª Seção, CC 19.334/MG, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, j. 28.11.2001, DJ 25.02.2002, P. 195). Pode ser derrogado, portanto, sobre eventual foro de eleição (STJ, 3ª Turma, REsp 420.394/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.02.2002, DJ 04.11.2002, p. 203)..."* (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. Novo Código de Processo Civil comentado, São Paulo: RT, 2015, p. 137, art. 48, nota 1 – grifei).
>
> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Inventário. Competência relativa, de acordo com a Súmula 71 do TJSP. Declinação de ofí-*

Acesso ao Sumário

cio. Impossibilidade. Inteligência da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado" (TJSP – CC 0040070-69.2017.8.26.0000 – Câm. Especial – Rel. DES. SALLES ABREU – j. 27.11.2017).

STJ, Súmula 33: *"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício"*.

TJSP, Súmula 71: *"A competência para o processamento de inventário ou arrolamento em razão do foro do domicílio do autor da herança é relativa"*.

Tratando-se, portanto, de competência territorial, relativa, não se admite seja declinada de ofício.

Em suma, não poderia o Juízo suscitado, sem provocação, declinar de ofício de sua competência, uma vez que a competência de natureza relativa não comporta tal pronunciamento.

Ante o exposto, conheço do conflito negativo de competência e declaro a competência do Juízo suscitado (*MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SANTA BÁRBARA D'OESTE*).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0012013-02.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DA 2ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE JABAQUARA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DESTE FORO REGIONAL III – JABAQUARA.

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 1ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, ora Suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.578)**

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, 7 de julho de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Cumprimento de sentença – Efetivação da divisão de bens e direitos já partilhados em sentença na ação de divórcio com trânsito em julgado – Encerramento da competência da Vara Especializada – Questão restrita à área patrimonial e obrigacional – Ausentes reflexos na questão relativa ao vínculo matrimonial ou na meação dos bens, a habilitar a competência da especializada – Aplicação do art. 37, I, do CJ – Competência da Vara Cível, segundo o que dispõe o art. 34, I, do DL 03/69 – Conflito acolhido Competente o suscitado (Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Jabaquara).

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre os MMºs. Juízes de Direito da 2ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Jabaquara (suscitante) e da 1ª Vara Cível do mesmo Foro Regional (suscitado), os quais recusam a competência para apreciar a ação de obrigação de fazer (Processo Digital nº (...), Cumprimento de sentença), ajuizada por A.C.P., em face de F.A.O.S.

A ação foi inicialmente distribuída ao suscitado (Vara Cível) que determinou a redistribuição do feito, ao argumento de que a obrigação deve ser exigida perante o juiz que homologou o acordo de dissolução da união entre as partes, nos termos do artigo 516, inciso II, do CPC (fl. 94 autos da origem).

Por sua vez, discordou o suscitante (Vara da Família e Sucessões) da determinação e inaugurou o presente incidente. Para tanto, afirma que os termos obrigacionais decorrentes da partilha não se inserem dentro da esfera de competências estabelecidas pelo artigo 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (fls. 1/3).

O Juízo suscitado foi designado para as medidas urgentes (fls. 5).

É o relatório.

Conhece-se do conflito, nos termos do artigo 66, inciso II, do CPC, porquanto ambos os magistrados recusam competência para julgar a ação.

A competência, *in casu*, é do MMº Juiz de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Jabaquara (suscitado).

A ação busca o cumprimento de obrigação assumida em acordo de reconhecimento e dissolução de união estável, em que os conviventes acordaram a dissolução da sociedade conjugal que mantiveram e acertaram a divisão do patrimônio comum que construíram.

Acesso ao Sumário

A ação busca a execução da partilha de bens do casal resolvida na ação de divórcio que se processou no Juízo da Família, consistente na divisão de 50% para cada cônjuge, do imóvel situado à Rua (...), nº (...), nos autos do processo de nº (...), que teve seu trâmite perante a 2ª Vara da Família e Sucessões, do Foro Regional III – Jabaquara.

Nessas condições, deveras equivocada a recusa de competência, com fulcro no artigo 516, II, do Código de Processo Civil porque a questão foco da demanda se relaciona, tão somente, à execução da obrigação avençada no título que se busca o cumprimento, sem reflexos no que diz à relação matrimonial dos divorciados, tampouco à partilha dos bens derivados da sociedade conjugal, já ultimada. Portanto há mesmo impedimento absoluto de se processar a causa na justiça especializada em vista da matéria veiculada.

Aliás, esta Câmara Especial deixou assentado recentemente em v. Acórdão, ao apreciar caso semelhante, que *"não se está diante de pedido de cumprimento de sentença, mas sim ação para cumprimento de obrigação estipulada na sentença que homologou a dissolução da sociedade conjugal, a qual, ainda que tenha como pano de fundo obrigação decorrente da divisão do patrimônio do casal, porque já partilhado, restringe-se à mera relação pessoal de natureza obrigacional, sem qualquer relação com o direito de família"* (Conflito de Competência nº 0045800-56.2020.8.26.0000, Relator Renato Genzani Filho, j. em 22.2.2021).

A causa de pedir da ação em conflito, portanto, está fundada em relação civil de natureza meramente obrigacional, não incidindo qualquer hipótese prevista no artigo 37 do Decreto-Lei Complementar nº 3, de 27 de agosto de 1969 (Código Judiciário) a habilitar a competência da especializada, motivo pelo qual a competência é do Juízo da Vara Cível, nos termos do artigo 34 da referida norma, a saber:

> *Artigo 34 – Aos Juízes das Varas Cíveis compete, ressalvados os casos de competência específica:*
>
> *I – Processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou administrativos, de natureza civil ou comercial, bem como seus respectivos incidentes;*
>
> *II – Conhecer e decidir os processos acessórios, contenciosos ou não, de natureza civil ou comercial;*
>
> *III – praticar todos os demais atos atribuídos pelas leis processuais civis a juiz de primeira instância.*
>
> *Artigo 37 – Aos Juízes das Varas da Família e Sucessões compete:*
>
> *I – Processar e julgar:*
>
> *a) as ações relativas a estado, inclusive alimentos e sucessões, seus acessórios e incidentes;*

Acesso ao Sumário

b) os inventários, arrolamentos e partilhas, bem como a divisão geodésica das terras partilhadas e a demarcação dos quinhões.

II – Conhecer e decidir as questões relativas a:

a) capacidade, pátrio poder, tutela e curatela, inclusive prestação de contas;

b) bens de incapazes;

c) registro e cumprimento de testamentos e codicilos;

d) arrecadação de herança jacente, bens de ausentes e vagos;

e) suprimento de idade e consentimento, inclusive outorga marital e uxória;

f) vínculos, usufruto e fideicomisso;

g) adoção e legitimação adotiva, ressalvados os casos de competência das Varas de Menores;

h) fundações instituídas por particulares e sua administração.

Sobre o tema já se posicionou esta Colenda Câmara:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Cumprimento de sentença. Efetivação da divisão de bens e direitos já partilhados em sentença na ação de divórcio com trânsito em julgado. Encerramento da competência da Vara Especializada, na medida em que a relação subsistente possui natureza obrigacional, que deve ser conhecida pelo Juízo Cível. Matéria que não está afeta à competência absoluta das Varas da Família e Sucessões, nos termos do artigo 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Vila Prudente, ora suscitante" (TJSP; Câmara Especial, Conflito de competência cível 0039720-76.2020.8.26.0000; Relator Issa Ahmed, j. em 28.1.2021).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Cumprimento de sentença referente à partilha de bens – Determinação de redistribuição para a Vara de Família e Sucessões – Descabimento – Vínculo desfeito pela ação de dissolução de união estável com consequente partilha de bens *– Relação subsistente de natureza obrigacional e patrimonial que deve ser conhecida pelo Juízo Cível – Matéria que não está afeta à competência absoluta das Varas especializadas – Precedentes desta C. Câmara Especial – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado"* (TJSP, Câmara Especial, Conflito de competência cível 0035916-03.2020.8.26.0000; Relator Guilherme G. Strenger, Pres. Seção de Direito Criminal, j. em 22.10.2020).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Cumprimento de sentença – Livre distribuição na Vara Cível – Redistribuído ao Juízo à Vara da Família e Sucessões, prolatora da sentença homologatória de acordo judicial em sede de ação revisional de alimentos – A pretensão executória, atinente ao adimplemento de obrigação de pagar assumida pela

Acesso ao Sumário

requerida, relativamente às despesas de IPTU e taxa condominial do imóvel em que reside com os filhos, não se enquadra na competência absoluta da Vara Especializada, prevista no art. 37 do Código Judiciário Paulista (Decreto-Lei Complementar nº 3/69) – Matéria típica do Direito das Obrigações, de natureza estritamente patrimonial – Inaplicável, na espécie, o art. 516, II, do CPC – Precedentes – Procedente o conflito – Competência do MM. Juízo suscitado." (TJSP, Câmara Especial, Conflito de competência cível 0034071-33.2020.8.26.0000, Relator Magalhães Coelho, Pres. da Seção de Direito Público, j. em 6.10.2020).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de extinção de condomínio c.c. pedido de indenização e de alienação judicial. Conflito de competência entre o Juízo Cível e o Juízo da Vara da Família e Sucessões. União estável. Regime de bens. Art. 1.725 do CC. Bens adquiridos onerosamente na constância da vida em comum integram a mancomunhão. Estado de indivisão que permanece até a dissolução da união estável e partilha de bens. Extinção da comunhão e formação de condomínio sobre os bens que não comportaram divisão cômoda. Relações patrimoniais que passaram a ser regidas pelas regras comum da copropriedade. Incompetência da Vara Especializada para a extinção do condomínio decorrente da partilha do patrimônio comum. Competência absoluta do Juízo Cível. Inteligência do art. 34 do Decreto-Lei Complementar nº 3/69. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitante" (TJSP, Câmara Especial, Conflito de competência cível 0020353-66.2020.8.26.0000, Relatora Daniela Maria Cilento Morsello, j. em 24.7.2020).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Liquidação de sentença. Declinação da competência ao MM. Juízo em que proferida sentença na ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Impossibilidade. O reconhecimento e dissolução de união estável, com a posterior partilha dos bens e dívidas, encerra a competência da Vara Especializada, na medida em que a relação subsistente possui natureza obrigacional, que deve ser conhecida pelo Juízo Cível. Matéria que não está afeta a competência absoluta das Varas da Família e Sucessões, nos termos do art. 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Competência do MM. Juízo da 8ª Vara Cível do Foro Central da Capital, ora suscitado. Conflito procedente" (TJSP, Câmara Especial, Conflito de competência cível 0004297-55.2020.8.26.0000, Relatora Lidia Conceição; j. em 13.3.2020).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de extinção de condomínio entre ex-cônjuges. Distribuição por dependência para a Vara que julgou a ação de divórcio. Descabimento. Vínculo matrimonial desfeito pela ação de divórcio julgada procedente, com concomitante partilha de bens. Relação subsistente de natureza cível, real e obrigacional. Distribuição que deve ser livre. Precedentes desta C. Câmara Especial. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado (1ª Vara da Comarca de Pedreira)" (TJSP; Câmara Especial, Conflito de competência 0007053-71.2019.8.26.0000; Relatora Ana Lucia Romanhole Martucci, j.

Acesso ao Sumário

em 18.3.2019).

Pelo exposto, declara-se competente o Juízo suscitado (Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional III – Jabaquara, Comarca da Capital).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0025344-51.2021.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ITU, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE CAMPINAS.

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 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas para apreciar a demanda. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.555)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 29 de julho de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação ordinária distribuída à 3ª Vara Cível de Itu, local do domicílio voluntário da autora. Acolhimento de arguição de incompetência, em preliminar de contestação, e redistribuição para a Comarca de Campinas, foro do domicílio necessário da servidora pública. Ausência de interposição de recurso pelas partes. Concordância tácita das partes com a declinação de competência pelo suscitante. Competência do Juiz de Direito suscitado da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. JUIZ**

DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE ITU em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE CAMPINAS**, nos autos da ação ordinária nº 1000257-91.2021.8.26.0286 proposta por S.M.J. contra Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Argumentou o suscitante que a demanda foi originariamente distribuída ao seu juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Itu. Alegou que, acolhendo preliminar de incompetência arguida em contestação, determinou a remessa dos autos ao juízo suscitado da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas, foro do domicílio necessário da autora. Relatou que o Juiz suscitado, então, determinou o retorno dos autos ao juízo suscitante. Asseverou que, no entanto, a competência inicialmente não foi declinada de ofício, não se tratando de hipótese de aplicação da Súmula 33, do C. Superior Tribunal de Justiça. Sustentou que, ademais, contra esta decisão não foi interposto recurso, de modo que compete ao Juiz suscitado a apreciação da demanda.

Não há interesse que justifique a intervenção da D. 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 artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão ao Juiz suscitante.

Trata-se de ação proposta por S.M.J. contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, em que a autora, professora de educação básica pertencente ao quadro de servidores da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, alega que, devido às doenças adquiridas, indicadas na inicial, vem licenciando-se sucessivamente para tratar de sua saúde. Narrou a autora que, em junho de 2020, solicitou novo afastamento, mas, por ter apresentado sintomas de Covid-19, não pôde comparecer à perícia designada. A nova perícia foi agendada para o dia 06 de novembro de 2020, tendo sido convocada um dia antes, por meio de publicação no Diário da Justiça Eletrônico. Sustenta que não teve tempo hábil para tomar ciência da data da perícia e, por esse motivo, não compareceu, tendo seu pedido de licença indeferido. Dessa forma, pretende a anulação de ato administrativo que indeferiu pedido de licença para tratamento de saúde, bem como a manutenção dos seus pagamentos, e que seja a ré impedida de realizar descontos por faltas e de instaurar processo administrativo por abandono de cargo.

A ação foi ajuizada no foro do domicílio voluntário da autora, na Comarca de Itu, perante o juízo suscitante da 3ª Vara Cível. O suscitante acolheu exceção de incompetência alegada pela ré e remeteu os autos para a Comarca de Campinas, por se tratar do local onde a autora exerce suas funções, consubstanciando seu domicílio necessário.

Acesso ao Sumário

Não houve interposição de recurso de agravo de instrumento contra essa decisão.

Por sua vez, o suscitado declinou da competência, ao argumento de que a ação deve tramitar perante o foro do domicílio voluntário da autora.

No entanto, uma vez que não houve insurgência das partes, mediante recurso, contra a decisão do Juiz suscitante que, ao acolher a exceção de incompetência arguida pela ré, decidiu sobre a competência do juízo suscitado, em razão de se tratar do foro do domicílio necessário da autora, o que se conclui é que ambas as partes concordaram com essa declinação.

Ocorre que, o suscitado, em sua decisão, ao invés de suscitar o conflito de competência, o que consubstanciaria em declinação de ofício, vedado pelos artigos 64 e 65, do Código de Processo Civil e pela Súmula 33, do C. Superior Tribunal de Justiça, apenas a declinou, determinando a remessa dos autos novamente ao suscitante. Desse modo, o Juiz suscitante houve por bem suscitar o presente conflito de competência, nada obstante, em tese, o momento processual para fazê-lo tenha ocorrido anteriormente, pelo juízo suscitado. Tanto é assim que, em sua decisão declinatória, o Juiz suscitado afirmou: *"Como o Juízo de Itu entendeu pela incompetência, seria caso de suscitar o conflito negativo. Todavia, entendo por devolver o feito àquela E. Vara Cível, deixando nesta decisão, desde já, os fundamentos para eventual conflito a ser suscitado"* (fls. 159/161 – origem).

Neste cenário, tendo-se em vista a decisão que acolheu a preliminar de incompetência e determinou a remessa ao juízo suscitado, não tendo sido interposto recurso contra esta decisão pelas partes e, ainda, em razão de não se tratar de hipótese de competência absoluta, convém declarar a competência do Juiz suscitado para o processamento e julgamento da demanda.

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas para apreciar a demanda.

Cumpra-se e comunique-se, com urgência.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0009463-08.2008.8.26.0156/50006, da Comarca de Cruzeiro, em que é agravante EVANDRO JOSE MORAES CAPUCHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do agravo interno e, na parte conhecida, negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.061)**

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, 2 de julho de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM PARTE, NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E, NO MAIS, NÃO O ADMITIU. RECURSO INCABÍVEL CONTRA O CAPÍTULO DA DECISÃO DE NÃO ADMISSÃO. RECURSO CABÍVEL PREVISTO NO ARTIGO 1042 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO.

RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Contra o capítulo da decisão que não admitiu o recurso extraordinário em razão da existência de óbices processuais, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil. Erro grosseiro. Não aplicação do princípio da fungibilidade. Não conhecimento.

2. Ofensa aos princípios constitucionais da individua-

Acesso ao Sumário

lização da pena e da fundamentação das decisões no que concerne às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

3. Agravo interno conhecido em parte, e nessa parte, não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 4.605/4.607) que, com fundamento no Tema 182 do Colendo Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal, e, no mais, não o admitiu em razão da existência de óbices processuais.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso ou, no mérito, pelo desprovimento (fls. 4.646/4.653).

É o relatório.

Diante do teor da petição de fls. 4.626/4.634, anoto que, contra a parte da decisão que não admitiu o recurso extraordinário em razão da existência de óbices processuais, como na hipótese dos autos, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, observado o posicionamento adotado pelas Cortes Superiores ao enfrentarem a questão, inaplicável o princípio da fungibilidade recursal quando ocorrer erro grosseiro no recurso manejado. Nesse sentido: *"(...) É descabida a interposição de agravo interno contra a decisão monocrática proferida na origem, que deixa de admitir o apelo nobre apresentado, bem como o seu recebimento como agravo em recurso especial, ante a inadmissibilidade da incidência do princípio da fungibilidade recursal quando constatada a ocorrência de erro inescusável (...)."*[1] e *"(...) O princípio da fungibilidade recursal aplica-se quando um recurso inadequado pode ser recebido como aquele legalmente previsto, pois há controvérsia, na doutrina ou na jurisprudência, sobre o recurso próprio para impugnar a decisão judicial e o comportamento processual do recorrente não configure erro grosseiro ou má-fé (...)."*[2].

Assim, nesse ponto, não conheço do reclamo apresentado.

No mais, conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

1 AgRg nos EDcl no AREsp 1355749/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019.

2 Pet 7351, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 08/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 14/11/2017 PUBLIC 16/11/2017.

Acesso ao Sumário

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua, *verbis*:

> *"Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:*
>
> *I – negar seguimento:*
>
> *a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;*

Desse modo, verificada a existência, no recurso extraordinário, de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 4.605/4.607, ora atacada.

Com efeito, a Defesa do agravante aludiu (fls. 3.811/3.825 – 15º volume) que:

> *"O v. acórdão contrariou o disposto no art. 5º., XLVI (princípio da individualização da pena), da razoabilidade e proporcionalidade. Nobres Ministros, caso seja mantida a condenação, a pena não foi devidamente aplicada, pois foi fixada além do mínimo legal previsto no art. 35 da lei 11343/06, e por isso o v. acórdão contrariou o art. 5º., XLVI (princípio da justa individualização da pena), da razoabilidade e proporcionalidade.*
>
> *De fato, aplicando-se as disposições dos arts. 33, p. 2º., 'b' e 'c' e p. 3º. e art. 59 do CP, não havia motivos para que a pena fosse majorada além do mínimo legal (3 anos). O recorrente é primário, tem em seu favor as circunstâncias favoráveis previstas no art. 59 do CP, merecendo em caso de se manter a condenação, que a pena seja diminuída para o mínimo previsto no art. 35 da lei 11343/06."*

Contudo, a Suprema Corte, no Agravo de Instrumento nº 742.460/RJ (Tema 182), consignou que não possui repercussão geral a matéria relativa à ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões, no que concerne à valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, quando da fixação da pena-base, porque se trata de matéria infraconstitucional.

Portanto, apesar das ponderações apresentadas, pela detida análise dos autos, ratifico a decisão recorrida, observado que não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

Ante o exposto, *conheço em parte* do agravo interno para, nesse ponto,

Acesso ao Sumário

negar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1013648-56.2019.8.26.0554/50000, da Comarca de Santo André, sendo agravantes Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outro e agravada F.A.S.O.

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 56.017)**

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, 12 de julho de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial.

– A questão da obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos REsp. nº 1.657.156/RJ – TEMA 106.

– Demais questões rebatidas que não se encontram submetidas à sistemática de recursos repetitivos – impugnação por recurso próprio.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento nos artigos 1.021, e art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil (fls. 01/07 do Incidente 50000) contra decisão que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea b do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso especial pela identidade da matéria decidida no Acórdão, à luz da orientação firmada no rito dos recursos

repetitivos Resp. nº 1.657.156/RJ, e o inadmitiu quanto às demais questões.

Alegou a agravante, em síntese, que o v. Acórdão teria afrontado o disposto no artigo 927, inciso III, do CPC. Defendeu a aplicação do Tema 106/STJ, que teria sido desrespeitado pela Turma Julgadora, na medida em que não comprovada por meio de laudo circunstanciado a ineficácia das alternativas terapêuticas do SUS, tampouco a imprescindibilidade do tratamento buscado.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea b do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada, *verbis*:

> No que diz respeito à questão de Medicamentos – Portaria nº 2577/06-MS, o julgamento do mérito do REsp nº 1.657.156/RJ, Tema nº 106, STJ, DJe 04.05.2018, fixou a seguinte tese:
>
> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

A matéria alusiva à obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS é, em tudo, assemelhada à examinada pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça ao tempo do julgamento do Resp nº 1.657.156/RJ, sob a técnica de casos repetitivos, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

> Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (TEMA 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei nº 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015. A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS. ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Consigne-se, por oportuna, reprodução de trechos do V. Acórdão da Tur-

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

ma Julgadora, convergentes à aplicação da tese *verbis*:

> Inadmissível a exclusão de fornecimento de medicamentos por não estarem na relação padronizada do governo, visto que cada paciente é único, podendo responder de modo peculiar a um ou outro tratamento.
>
> Estando os medicamentos devidamente prescritos, não pode o médico restringir seu procedimento científico à frieza da burocracia de um protocolo.
>
> A necessidade do medicamento está comprovada pela prescrição e pelo relatório médico que instruem a presente ação. Como profissional responsável pelo acompanhamento clínico do autor, o médico em questão está apto a definir o tratamento (fls. 23/24).
>
> Ademais, os profissionais da área de saúde subscrevem atestados sob as penas da lei, ou seja, estão sujeitos às sanções previstas no artigo 302 do Código Penal, em caso de falsidade. Suficiente, portanto, a palavra do profissional. (Fl. 164).
>
> E mais adiante,
>
> No caso sub judice, restou demonstrado nos autos que a autora necessita do medicamento indicado na inicial, devidamente prescrito por laudo médico fundamentado (fls. 23/24), não disponível na rede pública (fls. 26), de custo incompatível com a sua condição financeira (fls. 16/20) e devidamente registrado na ANVISA.
>
> Nesse contexto, atendidos todos os requisitos disciplinados pelo Tema nº 106, de rigor o acolhimento do pedido inicial quanto ao fornecimento do medicamento. (Fl. 166).

Assim, constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora não perdeu de vista os requisitos do Tema 106/STJ, revelando-se em harmonia com a orientação em regime de casos repetitivos, razão pela qual foi negado seguimento ao recurso especial, nada havendo que modificar nesta sede.

Ressalto que as demais alegações produzidas são objeto de recurso próprio que será analisado pela Col. Corte Superior.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

Anoto a existência de recurso (fls. 223/227) contra a parte da decisão que inadmitiu o recurso especial, cuja competência para apreciação é do Col. Superior Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2200343-22.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada IVONE VIEIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do agravo interno e, nesta, negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.359)**

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, 15 de julho de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO/SP (AÇÃO COLETIVA Nº 0403263-60.1993.8.26.0053). Necessidade de prévia liquidação de sentença. Requisito atendido (tema 482). Juros de mora. Termo inicial. Citação do devedor na fase de conhecimento (tema 685). Razões recursais, no mais, impertinentes nesta via recursal. Decisão mantida. Recurso desprovido, na parte conhecida.

VOTO

Trata-se de Agravo Interno interposto por **BANCO DO BRASIL S/A** contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a Recurso Especial, pois o V. Acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.247.150/PR, 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) imprescindibilidade de suspensão do feito com fundamento na afetação do Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP; (b) imprescindibilidade de prévia liquidação de sentença; e (c)

Acesso ao Sumário

em relação ao termo inicial dos juros moratórios, a necessidade de trânsito em julgado nos Recursos Especiais nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP.

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 os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.247.150/PR, o E. Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese repetitiva: *"1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: (...) 1.2. A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de 'quantia certa ou já fixada em liquidação' (art. 475-J do CPC), porquanto, 'em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica', apenas 'fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados' (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não sendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC"* (tema 482).

Além do mais, julgados os Recursos Especiais repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, a mesma E. Corte determinou que os juros de mora devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685). Confira-se a fls. 488/492.

Neste contexto, a r. decisão monocrática (fls. 355/358), confirmada pelo V. Acórdão recorrido (fls. 476/479) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) observância da necessidade de liquidação em razão das peculiaridades do caso concreto; e (b) fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública.

Acesso ao Sumário

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado conforme manifestação da própria E. Corte Superior: *"A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que é desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado de decisão proferida em matéria repetitiva e repercussão geral para sua aplicação"* (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.607.907/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 10.4.2018).

De resto, afasto o pedido de suspensão do presente reclamo, formulado com fundamento na afetação do Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP à sistemática da repercussão geral, sob o tema 1075 do E. Supremo Tribunal Federal, para discutir a questão relativa à constitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, segundo o qual a sentença na ação civil pública fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, de estatura constitucional, pois não foi interposto o devido Recurso Extraordinário, sendo inviável a revisão da decisão nesta Câmara Especial de Presidentes, a teor do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017, e do art. 1.042 do CPC.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao Agravo Interno, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2083002-33.2020.8.26.0000/50001, da Comarca de Santos, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados CELESTE FERNANDES LOURENÇO RODRIGUES, HENRIQUE FERNANDES LOURENÇO e CELSO FERNANDES LOURENÇO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, nesta, negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.489)**

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 julho de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF (AÇÃO COLETIVA Nº 1998.01.1.016798-9). Juros de mora. Termo inicial. Citação do devedor na fase de conhecimento (tema 685). Razões recursais, no mais, impertinentes nesta via recursal. Decisão mantida. Recurso desprovido, na parte conhecida.

VOTO

Trata-se de Agravo Interno interposto por **BANCO DO BRASIL S/A** contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a Recurso Especial, pois o V. Acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.273.643/PR, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP, 1.391.198/RS e 1.392.245/DF julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) o cumprimento de todos os requisitos de admissibilidade do recurso; (b) necessidade de extinção da ação sem julgamento de mérito, em linha com as decisões do E. Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP, tendo em vista a ausência de outorga de autorização pelos poupadores à associação de consumidores; (c) ausência de similaridade do caso ao recurso paradigma de nº 1.361.800/SP, no qual a demanda havia sido proposta em face de instituição financeira exclusivamente privada; e (d) violação aos princípios da segurança jurídica, contraditório e ampla defesa.

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/

Acesso ao Sumário

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 os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgados os Recursos Especiais repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, o E. Superior Tribunal de Justiça determinou que os juros de mora devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685). Confira-se a fls. 307/309.

Neste contexto, a r. decisão monocrática (fls. 128/158), confirmada pelo V. Acórdão recorrido (fls. 225/247), está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Ademais, em relação ao pedido de observância ao decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP, não foi interposto o devido Recurso Extraordinário, sendo inviável a revisão da decisão nesta Câmara Especial de Presidentes, a teor do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017, e do art. 1.042 do CPC.

Pelo exposto, nego provimento ao Agravo Interno, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1003811-74.2019.8.26.0554/50001, da Comarca de Santo André, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado M.M.B. (MENOR).

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 58.342)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (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

Acesso ao Sumário

DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 9 de agosto de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO NA ANVISA NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DO MENOR – TEMA 500 DO STJ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – TEMA 793 DO STF. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACERTO.

1. Questões já decididas pelo STF, na sistemática de repercussão geral – Teses firmadas: Tema 500 – Recurso Extraordinário nº 657.718/MG – "O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União." e Tema nº 793 – Agravo de Instrumento nº 855.178/SE – "Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o

Acesso ao Sumário

ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.".

2. Ausência de demonstração do desacerto das aplicações dos entendimentos firmados pelo STF nos julgamentos de repercussão geral.

3. Decisão mantida.

4. Agravo interno em recurso extraordinário não provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto pelo Estado de São Paulo contra a decisão proferida por esta Vice-Presidência que negou seguimento ao recurso extraordinário, em virtude de o entendimento do v. acórdão recorrido coincidir com as orientações firmadas pelo egrégio Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 657.718/MG (Tema nº 500) e no agravo de instrumento nº 855.178/SE (Tema nº 793), ambos julgados sob o regime de repercussão geral.

O agravante alega, em síntese, que o v. acórdão não está em conformidade com os pronunciamentos do STF fixados em sede de repercussão geral.

Requer, assim, o conhecimento e provimento do presente recurso para que seja admitido o Recurso Extraordinário, determinando-se o retorno dos autos à Câmara de origem para o exercício do juízo de retratação (art. 1.030, inc. II, CPC) e, em caso de manutenção do v. Acórdão, seja este reformado (fls. 01/09 do incidente).

É o relatório.

2. Respeitadas as ponderações feitas pelo agravante, o presente recurso não se funda em argumento novo capaz de reverter a decisão monocrática de fls. 495/498 dos autos principais, que apreciou todos os pontos veiculados, nada havendo para se decidir em sentido contrário.

De início, registre-se que o agravo interno interposto contra decisão proferida pela Vice-Presidência, que negou seguimento ao recurso extraordinário à luz do regime de repercussão geral, 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 n. 565/2017.

Com efeito, o agravo interno previsto no artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil merece ser provido apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STF não se aplica ao caso concreto, o que não ocorre no caso em apreço.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e os paradigmas apontados na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado sob o regime de repercussão geral o recurso extraordinário nº

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

657.718/MG, *leading case* do Tema nº 500, o egrégio Supremo Tribunal Federal pronunciou-se definitivamente no sentido de que: *"1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União."*

Nesse contexto, verifica-se o v. acórdão recorrido está de acordo com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, pois, apontou, de forma explícita, que, ainda que não registrado na ANVISA, está presente a excepcionalidade que autoriza a obtenção do medicamento solicitado para o tratamento prescrito ao paciente (fls. 362/386 dos autos principais).

Outrossim, julgado os embargos de declaração opostos contra o v. acórdão proferido sob o regime de repercussão geral no recurso extraordinário nº 855.178/SE, *leading case* do Tema nº 793, o egrégio Supremo Tribunal Federal pronunciou-se definitivamente no sentido de que os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Nesse contexto, verifica-se o v. acórdão recorrido está de acordo com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, pois, além de confirmar a responsabilidade solidária dos entes federativos para prestar atendimento na área da saúde, a presente ação foi proposta tão somente contra o Estado de São Paulo, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva, chamamento ao processo ou denunciação à lide, bem como direcionar o cumprimento da obrigação aqui em comento a outro ente federativo nesta mesma demanda, o que não impede o Estado de buscar o seu ressarcimento pelos demais meios legais.

Acesso ao Sumário

Assim, inviável o acolhimento da pretensão do agravante de reforma da decisão deste Tribunal, sendo indiscutível a aplicação do artigo 1.030, I, *a* e *b*, do Código de Processo Civil.

3. Do exposto, **nega-se provimento ao agravo interno.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0018616-22.2015.8.26.0576/50001, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante JULIA VOLTOLINI CAPARROZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso apresentado e, na parte conhecida negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.516)**

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, 10 de agosto de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM PARTE, NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E, NO MAIS, NÃO O ADMITIU. RECURSO INCABÍVEL. ARTIGO 1042 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Contra a parte da decisão que não admitiu o recurso extraordinário em razão da existência de óbices processuais, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil. Erro grosseiro. Não aplicação do princípio da fungibilidade. Não conhecimento.

2. Ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões no que concerne às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

3. Agravo interno conhecido em parte, e nessa parte, não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 620/621) que, com fundamento no Tema 182 do Colendo Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", do Código de Processo Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal, e, no mais, não o admitiu.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 655/658).

É o relatório.

Inicialmente, anoto que, contra a parte da decisão que não admitiu o recurso extraordinário em razão da não alegação e demonstração da repercussão geral das questões constitucionais, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, observado o posicionamento adotado pelas Cortes Superiores ao enfrentarem a questão, inaplicável o princípio da fungibilidade recursal quando ocorrer erro grosseiro no recurso manejado. Nesse sentido: "*(...) É descabida a interposição de agravo interno contra a decisão monocrática proferida na origem, que deixa de admitir o apelo nobre apresentado, bem como o seu recebimento como agravo em recurso especial, ante a inadmissibilidade da incidência do princípio da fungibilidade recursal quando constatada a ocorrência de erro inescusável (...).*"[1] e "(...) *O princípio da fungibilidade recursal aplica-se quando um recurso inadequado pode ser recebido como aquele legalmente previsto, pois há controvérsia, na doutrina ou na jurisprudência, sobre o recurso próprio para impugnar a decisão judicial e o comportamento processual do recorrente não configure erro grosseiro ou má-fé (...).*"[2].

Assim, nesse ponto, não conheço do reclamo apresentado.

No mais, conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", do Código de Processo Civil, que preceitua:

> *Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:*
>
> *I – negar seguimento:*

Acesso ao Sumário

1 AgRg nos EDcl no AREsp 1355749/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019.

2 Pet 7351, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 08/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 14/11/2017 PUBLIC 16/11/2017.

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 620/621, ora atacada.

A Defesa da agravante aludiu (fls. 520/541) que:

[...]

II – PRELIMINAR DE MÉRITO

1. Quanto a Dosimetria da Pena

Douto Ministro, em seara de preliminar e até para uma melhor compreensão do pleito defensório fica aqui relacionados os artigos infraconstitucionais, bem como as jurisprudências ofendidas com o V. Acórdão recorrido.

In casu, a pena da ora recorrente fora fixada acima do mínimo legal pelo simples fato de: "[...] valendo-se da qualidade de advogada (figura essencial à administração da justiça, como assegura a Constituição Federal em seu artigo 133), a ré atuou com a finalidade de ludibriar o Poder Judiciário mediante utilização de documentos falsos, além de violar seu dever ético-profissional. Assim aplico a pena base acima do mínimo legal".

O entendimento supracitado é da MM. Juíza Sentenciante, porém fora confirmado pelo Douto Desembargador em seu V. Acórdão recorrido.

Excelência, com a devida e máxima venia manter a pena da ora recorrente acima do mínimo legal pelos motivos citados viola claramente o disposto no art. 59 e 61 do Código Penal.

O rol trazido pelos mencionados artigos é taxativo e não está passivo de interpretações ampliativas e de um subjetivismo exacerbado, portanto, o fato da recorrente 'ser advogada' ou 'ludibriar o Poder Judiciário', não estão previstas nos mencionados artigos legais.

[...]

Com efeito, além de estar ferindo os artigos anteriormente citados o V. Acórdão combatido fere também os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Fere o princípio da proporcionalidade (art. 5, XLVI, Constituição Federal), pois a pena deve guardar proporcionalidade entre o crime e a

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

sanção imposta, ou seja, não é possível fixar uma pena acima do mínimo legal como in casu que a recorrente é primária e não preencher os requisitos do art. 61, inciso II, do Código Penal.

Tanto o MM. Juiz Sentenciante quanto o Parquet devem ter essa noção de proporcionalidade. A pena deve ser proporcional à gravidade do crime.

O que in casu não houve, qualquer gravidade ou condições para a pena ser aplicada acima do mínimo legal.

O princípio da individualização da pena (art. 5, XLVI, Constituição Federal), fora ferido também, pois ele prevê que a pena será aplicada a cada delinquente no concurso de agentes. Cada agente envolvido no crime pode ter uma pena diferente e individualizada, já que respondem de acordo e na medida de sua participação no crime.

No caso em tela, não há pluralidade de agentes, porém a violação deste princípio ocorre quando a pena é sopesada acima do mínimo legal pelo fato da recorrente ser advogada e ter conhecimento das leis, situação esta que não encontra qualquer previsão legal.

[...]

Portanto, A PENA DEVERÁ SER APLICADA NO MÍNIMO LEGAL e ser concedido REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA O ABERTO, bem como a SUBSTITUÇÃO POR MEDIDAS ALTERNATIVAS DA PRISÃO NOS TERMOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL.

[...]

V – DA CONCLUSÃO DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, aguarda a recorrente seja recebido o RECURSO EXTRAORDINÁRIO, em seara de juízo de admissibilidade, para, pelo mérito, dar provimento para reformar o V. Acórdão do Ilustre Desembargador que manteve a condenação da ora recorrente, tendo em vista as relevâncias técnicas-jurídicas dos temas levantados, com a ofensa aos artigos e súmulas supra citadas, haja vista o prejuízo da recorrente que tem direito público e subjetivo da extensão das decisões dos V. Acórdãos, para que seja absolvida da imputação malfadada imposta e alternativamente, requer seja recebido como Habeas Corpus, pelo princípio da fungibilidade, e que foram ofendidas pois só assim agirá Vossa Excelência, Ministro-Relator desse Colendo SUPREMO TRIBUNAL DE FEDERAL – Brasília\DF, de acordo com o Direito e a JUSTIÇA!!!

[...]

Assim, o agravo interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as teses abordadas.

Não é, contudo, o que se verifica no presente caso, uma vez que o Pretório

Acesso ao Sumário

Excelso, no Agravo de Instrumento nº 742.460/RJ, consignou que não possui repercussão geral a matéria relativa à ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões no que concerne à valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal quando da fixação da pena-base, porque se trata de matéria infraconstitucional.

Portanto, apesar das ponderações apresentadas pela Defesa às fls. 06, pela detida análise dos autos, ratifico a decisão recorrida, observado que não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

Ante o exposto, conheço em parte do reclamo apresentado para, nesse ponto, negar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1003927-07.2014.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Ald Automotive Ltda. e agravado 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: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.184)**

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, 19 de agosto 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.

Acesso ao Sumário

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. 1/10 – 50001) 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 ausência 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.

Acesso ao Sumário

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 Consti-*

tuição 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.

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 Constituição16 não permite isso) que a receita decorrente do imposto*

Acesso ao Sumário

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 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...

... 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:

Acesso ao Sumário

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 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

Acesso ao Sumário

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 recursos contra as decisões que inadmitiram os recursos especial e extraordinário, cuja competência para apreciação é das Cortes Superiores (fls. 865/876 e 878/888).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1000111-46.2017.8.26.0462/50001, da Comarca de Poá, em que é agravante BANCO ITAUCARD S/A, é agravada ANTONIA DA SILVA NORONHA SANTANA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao Agravo Interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.201)**

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, 20 de agosto de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. TARIFAS BANCÁRIAS. Tarifa de avaliação do bem. Validade. Revisão passível em caso de serviço não prestado e da presença de onerosidade excessiva no caso concreto (tema 958). Imposição da seguradora a ser contratada pelo segurado. Vedação (tema 972). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação dos entendimentos firmados no E. STJ

Acesso ao Sumário

em julgamentos repetitivos. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravo Interno interposto por **BANCO ITAUCARD S/A**, contra decisão que, em demanda revisional, negou seguimento a Recurso Especial, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.578.553/SP, 1.639.320/SP e 1.639.259/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega omissão no V. Acórdão recorrido e ofensa ao art. 1022, II, do CPC porque as tarifas cobradas estão previstas contratualmente. Aduz que não há ilegalidade ou abusividade, destacando que a tarifa de avaliação de bens possui previsão nas Resoluções 3518 e 3919 do CMN. Sustenta que a contratação do seguro foi facultada ao agravante e que não era condição à contratação do financiamento. Destaca que não é hipótese de venda casada e não incorreu em qualquer ilegalidade ou abusividade.

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 presente recurso 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 os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Ao julgar o Recurso Especial nº 1.578.553/SP, o E. STJ fixou as seguintes teses repetitivas: *"2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, res-*

Acesso ao Sumário

salvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto" (tema 958).

E, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1639320/SP e 1639259/SP, a E. Corte Superior firmou as seguintes teses: *"2.1 – Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva. 2.2 – Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. 2.3 – A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora"*. Confira-se a fls. 355/358.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 164/166) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: a) invalidade da tarifa de avaliação do bem, pois não comprovado que foram prestados os serviços correspondentes; e (b) abusividade da imposição da seguradora a ser contratada.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"Ficou assentada pela Corte Superior a regularidade da cobrança da tarifa de avaliação do bem, ressalvada a possibilidade de análise da onerosidade excessiva e desde que comprovada prestação do serviço. O valor cobrado pela instituição financeira a tal título não pode ser considerado abusivo, mas não há nos autos a comprovação da efetiva prestação do serviço de avaliação. (...) Na hipótese, conforme item B.6 do documento de fl. 22, o seguro prestamista é garantido pela seguradora Itaú Seguros S/A, a qual pertence ao mesmo grupo econômico do réu. Logo, a conclusão é de abusividade da cláusula, tirada da ausência de liberdade de escolha do consumidor em contratar com seguradora que melhor lhe conviesse. Portanto, deve ser mantida a condenação do réu à devolução, de maneira simples, das quantias cobradas a título de 'Tarifa de avaliação do veículo usado financiado' (R$ 460,00) e 'Seguro(s)' (R$ 790,00)"* (fls.164/165).

De resto, as razões do recurso envolvendo a violação ao art. 1022, II, do CPC, buscam a prevalência de tese já rejeitada no julgamento do paradigma repetitivo supramencionado. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados da E. Corte Superior: AREsp nº 787.502/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 19.10.2015; AgRg no AREsp nº 548.627/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 9.10.2014; AgRg nos EDcl no AREsp nº 127.350/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 30.9.2014; QO no Ag nº 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 12.5.2011.

Acesso ao Sumário

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao Agravo Interno.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007897-24.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.M., é apelado 18º 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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.530)**

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, 30 de julho de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura pública de promessa de compra e venda de unidade imobiliária – Impossibilidade do registro com efeito translativo da propriedade, ainda que quitado o preço – Necessidade de escritura pública definitiva – Inteligência dos arts. 108, 1.245. 1.417 e 1.418 do Código Civil – Aplicação do art. 26, § 6º, da Lei nº 6.766/79 que se restringe a loteamentos – Óbice mantido **– Dúvida procedente – Recurso não provido.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por *J.M.* contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza Corregedora Permanente do 18º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, que manteve a negativa de registro da escritura pública de promessa de compra e venda firmada por *Gafisa S/A* e *J.M.* relativa ao imóvel matriculado sob nº 194.598 como título para a transmissão da propriedade (fl. 76/79).

Alega a apelante, em síntese, que a escritura pública de promessa de compra e venda quitada serve como título para a transmissão da propriedade, dispensada nova escritura pública definitiva. Para ancorar sua pretensão, socorre-se do disposto no art. 26, § 6º, da Lei nº 6.766/79, o qual deve ser aplicado ao caso em tela – promessa de compra e venda pactuada sob o regime jurídico da Lei nº 4.591/64 – diante da omissão legislativa, em prestígio à tutela do consumidor. Por isso, requer o provimento do recurso para julgar improcedente a dúvida, valendo como título para registro da propriedade a escritura pública de promessa de compra e venda quitada (fl. 85/97).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fl. 114/117).

É o relatório.

Pretende a recorrente o registro da escritura pública de promessa de compra e venda quitada não com efeito de direito real de aquisição (art. 1.417 do Código Civil), mas sim como sucedâneo de título translativo de propriedade de acordo com o art. 26, § 6º, da Lei nº 6.766/79.

O contrato de promessa de compra e venda de unidade futura integrante de incorporação imobiliária foi celebrado por instrumento público e o pagamento do preço de R$ 135.279,60 efetivado à vista (fl. 42/57).

Ainda assim, o título não é hábil à transferência do domínio.

Como regra, a promessa de compra e venda firmada por instrumento público ou particular, sem cláusula de arrependimento, registrada no Cartório de Registro de Imóveis, atribui ao promitente comprador direito real à aquisição do imóvel, oponível a terceiros (arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil).

Direito real de aquisição que não se confunde com o direito de propriedade.

Logo, a promessa de compra e venda mesmo que já saldado o seu preço não constitui título hábil à transferência do domínio do imóvel, sendo indispensável a celebração do contrato definitivo e seu registro posterior, nos termos dos arts. 108 e 1.245 do Código Civil.

Acesso ao Sumário

No contrato preliminar – como a promessa de compra e venda – ainda que concentrada a maioria da carga negocial, o seu objeto é a outorga da escritura definitiva.

Inclusive, no caso concreto, em que pese o pagamento do preço à vista, as partes comprometeram-se a finalizar, *a posteriori*, o contrato de compra e venda, mediante futura outorga de escritura definitiva (cláusula 3.4).

Não se olvida que o pacto em questão foi celebrado sob o regime jurídico da Lei nº 4.591/64, o qual submete-se ao regramento estatuído para as promessas de compra e venda reguladas pelo Código Civil, observadas as peculiarida-

des da lei de regência que também deixa bem claro que o único direito conferido ao promitente comprador que se acautelou e levou a registro o seu contrato é o direito real (art. 32, § 2º, da Lei de Incorporação Imobiliária).

À evidência, a hipótese em testilha não se ajusta àquela preconizada no art. 26, § 6º, da Lei nº 6.766/79, *in verbis*:

> *"§ 6º Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação."*

Apenas o compromisso de compra e venda de lote urbano, firmado entre o loteador e o adquirente, quando acompanhado da prova de quitação do preço, serve como título para a transmissão da propriedade imobiliária perante o Cartório de Registro de Imóveis, dispensando a lavratura de escritura pública, independentemente do valor do negócio ou do imóvel.

Trata-se, pois, de exceção à regra geral e, como tal, sua interpretação deve se dar no contexto da legislação em que prevista.

Outra não é a conclusão de Francisco Eduardo Loureiro, que aponta:

> *"Embora defenda José Osório de Azevedo Júnior a tese da possibilidade da dispensa da escritura definitiva, substituída pelo compromisso acompanhado de prova de quitação, tal conclusão implica violação ao disposto no art. 108 do CC ('O compromisso de compra e venda'. In: FRANCIULLI NETO, Domingos (coord.), MENDES, Gilmar Ferreira & MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O novo Código Civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale. São Paulo, LTr, 2003, p.450).*
>
> *Não pode prevalecer, portanto, o Enunciado n. 87 do Centro de Estudos Judiciários do CJF, por ocasião da Jornada de Direito Civil realizada entre 11 e 13 de setembro de 2002, cujo teor é o seguinte: 'Considera-se também título translativo, para fins do art. 1.245 do CC, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1.417 e 1.418 do CC e § 6º do art. 26 da Lei n. 6.766/79)" (Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 14ª ed., São Paulo: Manole, 2020, p. 1.497).*

No mesmo sentido, a apelação nº 1036475-31.2020.8.26.0100 de minha relatoria:

> *"Apelação – Dúvida – Recusa a transmissão da propriedade – Termo de quitação de compromisso de venda e compra que não constitui título translativo do domínio – Necessidade de título hábil – Inteligência do art. 1.417 do Código Civil – Promitente comprador que adquire direito à aquisição do imóvel – Aplicação restrita do art. 26, § 6º, da Lei nº 6.766/79 aos casos em que o compromisso de venda e compra foi celebrado pelo próprio loteador – Inteligência do art. 167, II, item 32 da Lei de Registros Públicos para fins específicos. Desprovimento do recurso."*

Acesso ao Sumário

O título apresentado a registro não é apto a transferir o domínio à recorrente, portanto.

Por todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1100151-50.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDUARDO GABRIEL MAIA, é apelado 14º 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: "Julgaram prejudicada a dúvida e não conheceram do recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.531)**

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, 30 de julho de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Apelação em que se discute somente parte dos óbices ao registro – Irresignação parcial – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido.

VOTO

1. Trata-se de apelação (fl. 101/105) interposta por E.G.M. contra a r. sentença (fl. 91/94) proferida pela MMª. Juíza Corregedora Permanente do 14º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, a qual julgou procedente a dúvida (fl. 1/3) e manteve a recusa (fl. 69/74) de registro *stricto sensu* de partilha a causa de morte (escritura pública do inventário e partilha copiada a fl. 21/31; fl. 32) nas matrículas n.ºs 96.410, 96.411 e 96.412 daquele cartório (fl. 4/15 – prenotação 802.626).

Segundo a r. sentença (fl. 91/94), a *de cuius* G.R.M. fez testamento e nele

deixou toda a sua parte disponível a seu marido E.G.M., bem como instituiu usufruto vitalício, em favor dele, sobre os imóveis que constituíssem a legítima de seus filhos, e impôs a cláusula de incomunicabilidade vitalícia à legítima destes últimos. Contudo, a partilha foi feita e a escritura pública foi lavrada em desacordo com esse testamento, não só no que diz respeito aos quinhões pagos (que não estão conformes à vontade da testadora), mas também no concernente à cláusula de incomunicabilidade (que não ficou prevista). Apesar do entendimento do tabelião que lavrou a escritura de inventário e partilha, a perda de eficácia dessa cláusula não opera automaticamente pelo só decurso do prazo de um ano de vigência do Código Civil, mas exige decreto judicial que não pode ser suprido por decisão correcional. Assim – conclui o r. *decisum* –, os óbices foram corretamente levantados e a dúvida é procedente.

O apelante (fl. 101/105) afirma que a partilha *causa mortis* foi registrada pelo 5º Ofício de Registro de Imóveis de São Paulo, mas o 14º Oficial apresentou óbice que terminou por ser mantido pela Corregedoria Permanente. Ocorre que o testamento foi lavrado sob a égide do Código Civil de 1916 e, à falta do aditamento previsto no art. 2.042 do vigente Estatuto Civil, a cláusula de incomunicabilidade perdeu eficácia. Logo, a r. sentença tem de ser reformada, para que a partilha seja dada a registro, como rogado.

A DD. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu não provimento (fl. 129/131).

É o relatório.

2. O recurso não comporta conhecimento em face da absoluta falta de interesse do apelante.

O processo de dúvida destina-se à análise da controvérsia que se instaura quando o interessado, vendo a sua inscrição adiada por força de óbices erguidos pelo Oficial de Registro de Imóveis, dissente e pede que a questão seja levada ao juízo dos registros (art. 198 da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973). Do julgamento da dúvida decorre de duas, uma: *ou* a manutenção da recusa, com cancelamento da prenotação, *ou* a improcedência das objeções, o que terá como consequência a lavratura do registro (Lei n.º 6.015/1973, art. 203, II). *Tertium non datur*.

Daí decorre que a impugnação parcial das exigências feitas pelo Oficial de Registro de Imóveis prejudica o exame da dúvida, uma vez, ainda em caso de improcedência, haverá impedimentos não discutidos que ao fim e ao cabo impedirão a inscrição almejada. Por outras palavras, a anuência parcial às exigências termina por atribuir à dúvida uma natureza consultiva ou meramente doutrinária, e sem que se resolva o dissenso registral.

Esse é o entendimento pacífico deste Conselho Superior da Magistratura:

"Ao contrário do sustentado pelo recorrente, não cabe aqui ao Judiciário

Acesso ao Sumário

se pronunciar acerca da solução cabível para o caso concreto, não se tratando de órgão consultivo, como bem ressaltado pela nobre representante do *parquet*" (CSM, Processo n.º 000.608.6/7-00, Rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 21/12/2006).

No caso, a nota devolutiva e a r. sentença apontaram dois óbices, pois, segundo dito, estariam em desacordo com o testamento os quinhões e a aplicação da cláusula de incomunicabilidade. Ao apelar, todavia, o interessado discutiu somente esse último ponto, o que, como se viu, é impugnação parcial que prejudica a dúvida e impede que se prossiga para a análise da controvérsia.

3. Ante o exposto, **julgo prejudicada a dúvida e não conheço do recurso de apelação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000886-38.2018.8.26.0620, da Comarca de Taquarituba, em que são apelantes AMAURI VALTER GABRIEL e ROSELI PEREIRA GABRIEL, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE TAQUARITUBA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicada a dúvida e não conheceram do recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.527)**

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, 12 de agosto de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida inversa julgada procedente, com manutenção da recusa do registro de sentença de usucapião – Título judicial incompleto porque não contém a íntegra da sentença declaratória da aquisição do domínio do imóvel

Acesso ao Sumário

– Anuência, ademais, com parte das exigências formuladas – Impossibilidade de reexame parcial da qualificação, o que torna prejudicada a dúvida de forma a ensejar o não conhecimento do recurso – Recurso não conhecido, prejudicada a dúvida suscitada.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta por Amauri Valter Gabriel e Roseli Pereira Gabriel contra r. sentença que julgou procedente a dúvida inversa e manteve a recusa do ingresso de mandado de registro de sentença declaratória da aquisição do domínio de imóvel por usucapião, extraído do Processo nº 0001372-50.2012.8.26.0620 da Vara da Comarca de Taquarituba, porque o título se encontra incompleto uma vez que não foi instruído com cópia integral da sentença e, mais, não contém a declaração do profissional que elaborou a planta e o memorial descritivo no sentido de que a indicação das matrículas nºs 5146 e 5147 como sendo atingidas pela usucapião foi promovida por equívoco, com prova de que essa declaração foi apreciada pelo juízo da ação. Além disso, o memorial e a planta com a descrição georreferenciada do imóvel foram cancelados pelo INCRA, não sendo a inclusão dos novos memoriais e planta no título judicial autorizadas por decisão do juízo da ação de usucapião (fl. 226/229).

Os apelantes arguiram a nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional e porque apreciou matérias não contidas na suscitação da dúvida, sendo *ultra petita*. Alegaram, no mais, que promoveram a suscitação da dúvida visando obter autorização para o aproveitamento da ação declaratória da aquisição do domínio do imóvel, pela usucapião, mediante complementação do mandado de registro. Disseram que antes do ajuizamento da ação formularam consulta ao Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Taquarituba, que informou que não existia matrícula para o imóvel usucapiendo, o que o Oficial repetiu em informações que prestou na referida ação. Asseveraram que a exigência de complementação do mandado de registro para constar determinação de averbação dos desfalques nas matrículas nºs 5.146 e 5.147, porque serão atingidas pelo registro da usucapião, somente foi realizada quando da apresentação do referido mandado. Esclareceram que o técnico que elaborou o memorial descritivo declarou que a indicação das matrículas nºs 5.146 e 5.147 foi realizada por equívoco, pois não é possível afirmar que as suas áreas serão atingidas pelo registro da sentença prolatada na ação de usucapião. Informaram que pretendem o reconhecimento de que a complementação do título para constar as eventuais matrículas atingidas e as áreas que serão desfalcadas poderá ser promovida mediante emenda apresentada na ação de usucapião, sem a necessidade do ajuizamento de nova ação. Em razão disso, as demais exigências formuladas para o registro não foram objeto da suscitação da dúvida e serão atendidas oportuna-

Acesso ao Sumário

mente. Reiteraram que as manifestações apresentadas neste procedimento pelo Oficial de Registro de Imóveis demonstram que não tem certeza sobre as matrículas que serão atingidas pelo registro da sentença declaratória da usucapião (fl. 243/257).

O Oficial de Registro de Imóveis, intimado para essa finalidade (fl. 267), juntou aos autos cópia integral do título que foi reapresentado e protocolado no curso do procedimento de dúvida inversa, uma vez que o protocolo anterior foi cancelado em razão do decurso do prazo de validade (fl. 274/357).

Os apelantes regularizaram a sua representação processual (fl. 382) e, ainda, se manifestaram sobre os documentos apresentados pelo Oficial de Registro de Imóveis (fl. 389/390).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fl. 394/395).

É o relatório.

2. No procedimento de dúvida a qualificação do título deve ser realizada por inteiro, em conformidade com o princípio da legalidade que norteia a atividade registral, o que enseja a análise de todas as exigências formuladas pelo Oficial de Registro e dos demais requisitos para a prática do ato. Nesse sentido o v. acórdão prolatado por este Colendo Conselho Superior da Magistratura na Apelação Cível nº 33.111-0/3, da Comarca de Limeira, em que foi relator o Desembargador Márcio Martins Bonilha:

> *"Inicialmente, cabe ressaltar a natureza administrativa do procedimento da dúvida, que não se sujeita, assim, aos efeitos da imutabilidade material da sentença. Portanto, nesse procedimento há a possibilidade de revisão dos atos praticados, seja pela própria autoridade administrativa, seja pela instância revisora, até mesmo de ofício (cf. ApCiv 10.880-0/3, da Comarca de Sorocaba).*
>
> *Não vai nisso qualquer ofensa ao direito de ampla defesa e muito menos se suprime um grau do julgamento administrativo. O exame qualificador do título, tanto pelo oficial delegado, como por seu Corregedor Permanente, ou até em sede recursal, deve necessariamente ser completo e exaustivo, visando escoimar todo e qualquer vício impeditivo de acesso ao cadastro predial.*
>
> *Possível, portanto, a requalificação do título nesta sede, ainda que de ofício, podendo ser levantados óbices até o momento não argüidos, ou ser reexaminado fundamento da sentença, até para alteração de sua parte dispositiva."* (*Revista de Direito Imobiliário*, 39/339).

Por esse motivo, a análise de todos os requisitos incidentes para o registro do título não configura julgamento *ultra petita* e não acarreta a nulidade da sentença.

Neste caso concreto, na suscitação da dúvida inversa os apelantes somente impugnaram parte das exigências formuladas para o registro da sentença declaratória da aquisição do domínio do imóvel pela usucapião, o que fizeram esclarecendo:

"Neste seara, houve da prenotação com exigência originária por parte do Oficial de Registro de Imóveis, nestes autos ainda, constou inúmeras outras exigências que não estão na guarida do pedido inicial, qual seja, o aproveitamento do processado nos autos do usucapião originário para fins de se necessário o apontamento da matrícula e porcentagem a destacar (desfalcar), bem como, a realização da simples emenda a inicial" (fl. 246).

A nota devolutiva de fl. 08/09 demonstra que o título foi originalmente protocolado em 23 de junho de 2016 e que o registro foi recusado porque: I) no mandado de registro não constou a cópia integral da sentença declaratória da aquisição do domínio, estando incompletas as peças que o compõe; II) o memorial descritivo do imóvel indicado na sentença (fl. 18 dos autos da ação de usucapião) não instruiu o mandado de registro que foi, posteriormente, aditado para conter novo levantamento do imóvel promovido segundo a Instrução Normativa do INCRA nº 77, em que foi promovida a alteração da medição do imóvel e da certificação pelo referido órgão; III) nesse novo memorial constou que o imóvel era objeto das matrículas nºs 5.146 e 5.147; IV) nas informações que prestou na ação de usucapião indicou a possibilidade de desfalque do imóvel objeto da matrícula nº 5.146, o que não foi reconhecido pelos recorrentes que afirmaram não ser possível identificar as matrículas atingidas; V) os novos memoriais deverão ser retificados para excluir a indicação das matrículas nºs 5.146 e 5.147, caso não sejam atingidas pela abertura de matrícula do imóvel usucapiendo (fl. 08/09).

O protocolo original foi cancelado em razão do decurso do prazo de validade, sendo o título reapresentado em 10 de setembro de 2019, no curso do procedimento de dúvida inversa (fl. 199/200), ocasião em que o Oficial de Registro reiterou a exigência consistente na complementação do título para constar a cópia integral da sentença declaratória da aquisição do imóvel pela usucapião (fl. 205/210).

Reiterou, ainda, que o memorial descritivo certificado pelo INCRA em 22 de agosto de 2014, juntado a fl. 43, indica as matrículas nºs 5.146 e 5.147 como sendo relativas ao imóvel usucapiendo.

Esclareceu que a declaração do técnico no sentido de que houve erro na elaboração do memorial descritivo com coordenadas georreferenciadas e o novo memorial apresentados com a suscitação da dúvida (fl. 51/52) não integram o mandado de registro. Além disso, o INCRA cancelou a certidão lançada no primeiro memorial com coordenadas georreferenciadas (fl. 208).

Acesso ao Sumário

Informou, por fim, que o procedimento de dúvida inversa foi instruído com novos memorial e planta que não foram apresentados na ação de usucapião e não foram objeto de análise naquele feito e, portanto, não foram objeto da qualificação feita para o registro do título (fl. 208).

O procedimento de dúvida, porém, não se presta para a análise parcial das exigências formuladas porque não comporta decisão condicional, ou seja, cuja execução dependeria do futuro e eventual atendimento dos demais requisitos incidentes para o registro do título.

Por esses motivos, este Colendo Conselho Superior da Magistratura decidiu:

> *"No mais, ao contrário do sustentado pelo recorrente, não cabe aqui ao Judiciário se pronunciar acerca da solução cabível para o caso concreto, não se tratando de órgão consultivo, como bem ressaltado pela nobre representante do parquet"* (CSM, Processo nº 000.608.6/7-00, Rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 21/12/2006).

Também não se admite a complementação ou alteração do título no curso do procedimento de dúvida, por implicar em prorrogação indevida do prazo de validade da prenotação.

Por isso, e como corretamente informou o Oficial de Registro de Imóveis, não é possível a análise dos novos documentos que foram apresentados com a suscitação da dúvida inversa e que não integram o mandado de registro.

Em igual linha, os precedentes deste Colendo Conselho Superior da Magistratura não admitem a complementação do título no curso da dúvida, ou a realização de instrução probatória visando a comprovação de fato, não tabular, destinado a afastar exigência formulada pelo Oficial de Registro de Imóveis:

> *"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,*

Acesso ao Sumário

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).

Desse modo, a anuência parcial com as exigências formuladas para o registro tornam a dúvida prejudicada, do que decorre o não conhecimento do recurso.

Por fim, o procedimento de dúvida tem natureza administrativa e não comporta decisão sobre matérias que devem ser decididas pelo juízo da ação de usucapião.

3. Ante o exposto, julgo prejudicada a dúvida e não conheço do recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de Abertura da Solenidade de Posse Administrativa do Desembargador Nuncio Theophilo Neto (Sessão realizada em 01.07.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Boa tarde a todos. Bem-vindos à sessão de posse administrativa do Juiz Nuncio Theophilo Neto. Inicialmente quero cumprimentar os eminentes membros do Conselho Superior da Magistratura, Desembargadores Luis Soares de Mello, Ricardo Mair Anafe, José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, Guilherme Gonçalves Strenger, Paulo Magalhães da Costa Coelho e Dimas Rubens Fonseca; cumprimento o Senhor diretor da Escola Paulista da Magistratura, Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez; nossas queridíssimas Desembargadoras Ligia Cristina de Araújo Bisogni, Claudia Grieco Tabosa Pessoa, Flora Maria Nesi Tossi Silva; cumprimento o Ex-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador José Roberto Bedran, um dos nomes mais notáveis da Magistratura de São Paulo; o Senhor Ex-Corregedor-Geral da Justiça, Desembargador Gilberto Passos de Freitas, da mesma forma um homem notável como ser humano e como Magistrado; o Desembargador Carlos Eduardo Cauduro Padin, Ex-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, também um Magistrado extraordinário que judicou com muita presteza e com muita competência no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral. E cumprimentos especiais para o Magistrado Nuncio Theophilo Neto, o Desembargador que vai de ser empossado agora. Nuncio Theophilo Neto é natural de São Paulo; Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, turma de 80. Começou a sua vida na Magistratura em Jaboticabal, em 1989. De Juiz Substituto em Segundo Grau foi promovido a Desembargador, por merecimento, por ato de 30 de junho, na vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador Reinaldo Miluzzi, que é um Magistrado de expressão e querido por todos. É sempre importante nos lembrarmos de invocar o nome de Reinaldo Miluzzi.

Eu cumprimento o seu irmão Roque Theophilo, seja muito bem-vindo; e seus filhos Beatriz e Rafael, sejam muito bem-vindos a essa solenidade que é tão importante. 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, a posse no cargo máximo da Magistratura Bandeirante. É motivo de júbilo e comemoração. Daí a importância ímpar dessa solenidade que é realizada de longe, mas que nos permite nos

Acesso ao Sumário

aproximarmos uns dos outros com o coração. E ela deixará a marca indelével na alma de todos nós. Mais uma vez sejam todos bem-vindos a esta solenidade tão expressiva, marcante e feliz.

NUNCIO THEOPHILO NETO (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua Posse Administrativa como Desembargador do Tribunal de Justiça (Sessão realizada em 01.07.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Excelentíssimo Desembargador Presidente, Geraldo Francisco Pinheiro Franco; Excelentíssimo Desembargador Vice- Presidente Luis Soares de Mello; Excelentíssimo Desembargador Ricardo Mair Anafe, Corregedor-Geral da Justiça. Em nome de Vossas Excelências eu faço minha saudação a todos os Desembargadores integrantes do Conselho Superior da Magistratura e a todos os demais Magistrados que me honram com a presença.

Após uma jornada de mais de 32 anos tenho hoje a elevada honra de tomar posse como Desembargador desse Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Tenho ainda viva na memória a cerimônia de posse como Juiz Substituto, naquele longínquo 02/01/1989, com os ilustres colegas do 155º Concurso de Ingresso na Magistratura. Mantenho vivo e sempre presente o espírito e o sentimento daquela ocasião, de que o exercício da Magistratura não se trata de uma mera profissão ou de uma destacada carreira de Estado; exige-se do Juiz que seja verdadeiramente vocacionado, que seja um humanista no sentido estrito do termo, nunca perdendo a noção de que as suas decisões nas frias páginas dos autos dizem respeito a pessoas que, por qualquer razão da vida, enfrentam conflitos das mais variadas modalidades.

Sempre busquei nessa longa trajetória pautar-me pelo senso de Justiça, avaliando os fatos e subsumindo-os à vontade da lei. E tenham certeza, Vossas Excelências, de que hoje, mais experiente, continuo firme no mesmo propósito como imperativo para fazer jus à distinção que me é conferida, a honra de integrar o seletíssimo grupo dos Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde sempre estiveram e onde sempre estarão pessoas de quilate inestimável.

Esta cerimônia reveste-se da necessária singeleza, própria dos grandes momentos, e tenho a noção do dever de brevidade que se exige nesta ocasião. Mas, peço licença a todos para registrar nesse momento, tão importante da minha vida, agradecimentos a tantos que fizeram parte e fazem parte da minha história – seria ingratidão se assim não o fizesse.

Certamente está feliz e orgulhoso meu falecido pai, Professor Doutor Ro-

Acesso ao Sumário

que Theophilo, que sempre me incentivou em todos os momentos da carreira e de quem guardo uma valiosa lição de que o trabalho é a verdadeira forma de cumprirmos nossa missão terrena e que, sem ele, não se justifica uma existência. Querido pai, de onde estiver, esteja certo de que o seu exemplo de honradez e dignidade me forjou para a vida.

Minha querida mãe, Concheta Theophilo, com quem aprendi minhas primeiras letras, que somente não está aqui presente em razão de longa moléstia que enfrenta com coragem há anos. Esteja certa de que todo o seu carinho e atenção também marcaram a minha existência – se nesta oportunidade eu merecer palmas, elas são todas suas.

Aos meus queridos e amados filhos, Beatriz e Rafael, aqui presentes, de quem furtei o tempo que mereciam, tenho orgulho de vocês e absoluta certeza de que terão uma trajetória brilhante em suas vidas. Desculpem-me pelas falhas próprias da essência humana que possa ter cometido, involuntárias todas elas. A vocês dedico este momento.

Sempre tive ao meu lado meus queridos irmãos, Professor Doutor Roque Theophilo Júnior e Doutora Joana Theophilo Palopoli, esta última de quem me despedi da vida terrena há pouquíssimo tempo. Forjados na mesma têmpera dos nossos pais, também tiveram na minha vida inestimável influência. Sou grato a eles e se algum galardão eu merecer, ele é de vocês, meus irmãos.

Durante a longa trajetória até este ponto, tive a honra de partilhar os verdadeiros propósitos da Justiça com nobres e ilustres colegas com quem aprendi inúmeras lições. Não teria como nominá-los um a um, então homenageio todos na pessoa de dois grandes Magistrados: o Desembargador José Roberto Bedran, Ex-Presidente do Tribunal de Justiça, e o Desembargador Gilberto Passos de Freitas, Ex-Corregedor-Geral da Justiça. Tive a honra de trabalhar com eles respectivamente na Presidência do nosso Tribunal e na Corregedoria Geral. Tenho-os como exemplos, mestres que generosamente me deram importantes ensinamentos. Sou grato por ter a honra da amizade do Doutor José Roberto Bedran e do Doutor Gilberto Passos de Freitas. Muito obrigado por estarem presentes a esta sessão.

Aos serventuários da Justiça, alicerces do nosso glorioso Tribunal, com quem trabalhei nesse longo tempo, o meu agradecimento. E, no nome do falecido Bacharel Célio González Pardo, que era Diretor do 29º Ofício Cível na época em que judiquei na 29ª Vara Cível, dedico a minha homenagem aos serventuários da Justiça.

Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, creio que já me delonguei, mas, sobretudo, não deixo de lembrar e agradecer a Deus pela existência e vida de todos nós. Aqui suplico Suas bênçãos e que esteja sempre presente na vida do nosso glorioso Tribunal de Justiça de São Paulo.

Senhor Presidente, Senhores Magistrados, encerro citando Samuel, o último dos Juízes e o primeiro dos Profetas da história de Israel, no capítulo 7 – versículo 12: "Ebenézer: até aqui nos ajudou o Senhor".

Agradeço a todos. Muito obrigado.

PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO (Desembargador)

Discurso proferido na Solenidade de Posse Administrativa do Desembargador Nuncio Theophilo Neto (Sessão realizada em 01.07.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco, em nome de quem cumprimento todos os integrantes do Conselho Superior da Magistratura, Desembargadores, Juízes e convidados. Não poderia também deixar de, ainda que brevemente, fazer uma referência ao agora Desembargador Nuncio Theophilo Neto. Nem é uma saudação propriamente dita, mas é um ato de reconhecimento pelo seu trabalho durante tantos anos aqui na Seção de Direito Público. Eu, de coração, agradeço o seu empenho, a sua dedicação, a qualidade com que Vossa Excelência aqui produziu.

Lamentavelmente, desde o dia que assumi a Presidência da Seção, não nos vimos, não foi possível nos ver. Só agora virtualmente, na data de sua posse. Mas o cumprimento por isso. Agradeço imensamente a sua dedicação e a sua gentileza no trato comigo e ressalto também, não posso deixar de fazer, a sua manifestação no dia de hoje, que também muito me tocou. Ao mesmo tempo muito singela e com muita densidade. Sobretudo – e isso particularmente me tocou – ao lembrar que esse caminho que percorremos até chegarmos aqui, é um caminho de mérito, não há dúvida, mas não é um caminho solitário. Muitas causas concorrem para que cheguemos aqui. E, neste momento, como você fez, é importante ter o olhar da gratidão. A gratidão à família, aos amigos, a todos que nos cercaram nessa trajetória. Gratidão à vida também que, de maneira aleatória, nos possibilitou o estudo e o ingresso nessa carreira maravilhosa que é a carreira da Magistratura. Deixo a Vossa Excelência o meu abraço e a minha gratidão. Sempre lembrando, como faço, àqueles que saem daqui para galgar o cargo de Desembargador, de que a Seção de Direito Público estará sempre aberta, caso Vossa Excelência opte por aqui retornar. Muito obrigado pela atenção.

Parabéns pela promoção, Desembargador Nuncio.

Acesso ao Sumário

GUILHERME GONÇALVES STRENGER (Desembargador)

Discurso proferido na Solenidade de Posse Administrativa do Desembargador Nuncio Theophilo Neto (Sessão realizada em 01.07.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Senhor Presidente, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, cumprimento Vossa Excelência e peço vênia às demais autoridades presentes para cumprimentá-las na sua pessoa também. Não poderia deixar de cumprimentar especialmente os nossos queridos Desembargadores Gilberto Passos de Freitas e José Roberto Bedran, pessoas com quem convivi em época passada. Com o meu amigo Bedran convivi no Órgão Especial. Recordo-me que quando o Desembargador Bedran pedia a palavra para falar e apresentava qualquer discordância em relação a um voto, todos paravam e prestavam atenção porque realmente o Desembargador Bedran era chamado no Órgão Especial do "voto condutor" que nós tínhamos. Então eu tenho um respeito e uma admiração profunda pelo Desembargador Bedran, e não poderia deixar de prestar essa homenagem a ele.

O Desembargador Nuncio Theophilo Neto é um magistrado vocacionado. Todos aqueles que conhecem a carreira do Desembargador Nuncio sabem que ele sempre foi um Magistrado dedicado e que brilhou em todas as comarcas por que passou e, também, como Juiz Substituto em Segundo Grau na Seção de Direito Público.

Quero cumprimentar o Desembargador Nuncio não só pela sua posse, mas principalmente pelas palavras que acabou de proferir no seu discurso. Nós não podemos, de maneira alguma, deixar de lembrar da nossa família e, principalmente, dos nossos pais. Se nós hoje somos o que somos, devemos a eles certamente. Devemos a eles pela nossa formação, pela nossa educação. Claro, tivemos mérito pessoal por galgar o posto que hoje nos encontramos, mas eu sempre que posso digo que, se tivesse que viver mais dez vidas, ainda assim ficaria devendo agradecimentos aos meus pais. É uma coisa que me tocou muito, esta manifestação do desembargador Nuncio. Parabéns e seja muito feliz nesta nova etapa da sua carreira.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

RICARDO MAIR ANAFE (Desembargador)

Discurso proferido na Solenidade de Posse Administrativa do Desembargador Nuncio Theophilo Neto (Sessão realizada em 01.07.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos presentes).

Desembargador Nuncio Theophilo Neto rendo a Vossa Excelência todas as minhas homenagens. Hoje é um dia especial, fico muito feliz em poder estar aqui na sua posse. Somos colegas da Seção de Direito Público, somos amigos, eu sei o quanto Vossa Excelência batalha, luta em termos de Academia como Professor, Diretor do Mackenzie; sempre apoiando o Poder Judiciário.

Sempre foi um Juiz fantástico, que todos gostam. É uma pessoa que lutou muito e sempre venceu, sempre altivo. E essa altivez é muito marcante no momento da gratidão aos pais. Foi comovente – e faço coro – porque somos o que somos graças aos nossos pais. Nós temos o nosso mérito, temos os nossos passos, mas esses passos foram norteados pelos nossos pais e isso é muito importante. Não pode ser esquecida jamais essa gratidão.

E as pessoas felizes por terem irmãos ainda têm ao lado pessoas que caminham junto. Então, o senhor é uma pessoa muito feliz. É uma pessoa maravilhosa, o conheço bem e faz jus a todos os elogios. Um excelente profissional a ponto de termos aqui os Presidentes de Seção disputando-o. Ou seja, é uma pessoa muito querida e um profissional respeitado e admirado. Neste dia, estou muito contente por poder estar aqui e homenagear Vossa Excelência.

Meus parabéns, meus parabéns mesmo. Que essa nova jornada seja ainda mais feliz, com mais sucesso. Consolidar o nome, não precisa, porque já está consolidado; mas vai deixar marcado no coração de todos nós e, em especial, na Justiça de São Paulo, nessa instituição que nós tanto amamos.

Muito obrigado.

LUIS SOARES DE MELLO (Desembargador)

Discurso proferido na Solenidade de Posse Administrativa do Desembargador Nuncio Theophilo Neto (Sessão realizada em 01.07.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos presentes).

Em primeiro lugar, na questão que se refere à carreira, Sua Excelência já foi muito homenageado aqui. E quanto às suas palavras, Nuncio, gostaria que depois de sair daqui você olhasse a gravação para ver o rosto da Beatriz e do Rafael enquanto falava. Todos nós somos pais aqui, então nós sabemos bem o que é uma família. E o retorno da família está no olhar dos seus filhos orgulhosos da sua fala e de tudo que foi dito. Essa foi a marca desta sessão até aqui para mim: o olhar dos rostos bonitos dos seus filhos com muito orgulho do pai. E tenho certeza de que você também sentirá o mesmo quando acabar a sessão e ver a

luminosidade dos seus filhos, a alegria do seu irmão Roque.

Não vou falar muito sobre a sua vida de Juiz, Nuncio, porque todos aqui já se referiram a ela de forma estrondosa, tanto que há uma disputa enorme aqui, já se percebeu, todos os Presidentes de Seção querendo você. Com a qualidade que você tem, em qualquer lugar que vá será um grande Magistrado, continuará a dar orgulho para todos nós do Tribunal de Justiça, continuará a dar orgulho para a sociedade.

Como eu disse, sua vida profissional de competentíssimo Juiz foi aqui contatada em verso e prosa. Eu me referirei a um ponto da sua vida que me impressiona: a sua vida acadêmica. É impressionante o que se fala de Nuncio Theophilo Neto aos quatro ventos. É impressionante, é o verdadeiro Pelé. Faço essa associação, pois, quando saíamos do Brasil e dizíamos "sou brasileiro", a pessoa respondia: "Ah, a terra do Pelé". Muitas e muitas vezes eu tenho contato com gente do Mackenzie e as pessoas sempre, quando sabem que sou Desembargador, falam do Professor Nuncio. Você é um cidadão acadêmico, além de ser um grande Magistrado; formado em Direito, formado em Economia, Doutor, Mestre Doutor é um homem que nos dá orgulho! Tem um currículo invejável na parte acadêmica. Há outras pessoas que têm grande currículo também, mas o Nuncio é um nome a zelar, é um nome que se tem orgulho de poder ser o nosso colega, de nós sabermos que é um colega. Então, é o ponto que eu destaco.

Nuncio, seja feliz, continue a ser feliz com sua família e continue a nos orgulhar. É uma honra ter você conosco e tenho certeza de que seus filhos agradecem o fato de você ser esse pai que é, essa pessoa que é, competente tanto na vida privada quanto na pública. Onde você está, você é sempre muito reconhecido. Muito obrigado pela palavra, Senhor Presidente. Muito obrigado Nuncio, seja feliz, conte comigo enquanto eu estiver na Vice-Presidência, estarei lá sempre às suas ordens.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento da Solenidade de Posse Administrativa do Desembargador Nuncio Theophilo Neto (Sessão realizada em 01.07.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Antes de começar a dizer algumas palavras para o querido Nuncio, não posso deixar de cumprimentar o nosso queridíssimo Ex-Procurador-Geral de Justiça, que vejo na tela, Gianpaolo Poggio Smanio, com quem tive o prazer de, durante meus dois anos na Corregedoria Geral da Justiça e um período ainda na

Presidência, ter um contato quase semanal. Vossa Excelência é um dos orgulhos do Ministério Público do Estado de São Paulo, é um dos orgulhos do sistema de Justiça de São Paulo e do País. Seja muito bem-vindo a essa solenidade também.

O Magistrado Nuncio Theophilo Neto, que ora recebe a insígnia de Desembargador, engrandece o Tribunal de Justiça de São Paulo. Eu não poderia deixar de dizer que a sua oração mostrou os valores de sua vida: a fé, a família e o trabalho.

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 de São Paulo saúdo Nuncio Theophilo Neto, nome já consagrado como Magistrado de fina estirpe intelectual e moral e de quem tudo esperam as tradições da Corte, que são o sacrifício, o trabalho, o estudo das causas, o compromisso, o amor à causa pública, o respeito ao próximo e a inteira dedicação aos que buscam para os seus direitos doentes a cura da justiça.

Esteja certo, Vossa Excelência que tem, por seus méritos, a admiração e a consideração de seus pares. É uma alegria recebê-lo como companheiro de jornada. Vossa Excelência representa mais um motivo de orgulho para os Juízes de São Paulo e seu histórico define aqueles Magistrados que bem sabem que a investidura em cargo de tamanha elevação é para que, por meio dele, o bem comum seja semeado na sociedade.

Desejo sucesso, desejo muita, muita felicidade nesses novos tempos e nessa nova trajetória. Sinta-se abraçado por todos os presentes e por mim em particular.

Agradeço a presença de todos e declaro encerrada a solenidade. Meus parabéns, Nuncio.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI (Desembargadora e Coordenadora do Museu do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da Cerimônia de Comemoração aos 70 anos de instalação do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo (Evento realizado em 09.08.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Caríssimo Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco, na pessoa de quem peço vênia para cumprimentar os integrantes do Conselho Superior da

Magistratura, Ministros, Ex-Presidentes do Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Alçada e demais autoridades presentes, todos já nominados pelo cerimonial.

Estimados colegas que muito nos alegram e honram com sua presença, com grande satisfação comemoramos hoje, antecipadamente ao dia 11, os 70 anos da instalação do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Conforme previsto e autorizado pela Constituição Federal de 1946, o primeiro do país, considerado um marco na reestruturação institucional e importante modernização, serviu de modelo para outros estados.

Procuramos refletir sua importância no vídeo histórico que acompanharemos juntos. Posteriormente, seguirá disponível para acesso de todos como parte relevante da rica história do nosso Tribunal, e incluiremos links para discursos proferidos na instalação do Tribunal de Alçada, do Tribunal de Alçada Civil, do Tribunal de Alçada Criminal e do Segundo Tribunal de Alçada Civil, também discursos de posse do Presidentes ao longo dos anos, e artigos sobre a unificação em 2005.

JOSÉ RENATO NALINI (Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Cerimônia de Comemoração aos 70 anos de instalação do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo (Evento realizado em 09.08.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

O dia reservado a celebrar a instalação dos Cursos Jurídicos no Brasil foi aquele em que, no ano de 1951, instalou-se o Primeiro Tribunal de Alçada em São Paulo. Uma semana antes, haviam sido nomeados seus primeiros Juízes: Augusto Nery, Adriano Marrey, Juarez Bezerra, Vasco Conceição, Euclides da Silveira, Pereira da Costa, Gydes Prado, Alcides Faro, Brenno Caramuru, Soares de Mello, Washington de Barros Monteiro, Flávio Queiroz, Minhoto Júnior, Octávio Lacorte e Thrasybulo Pinheiro de Albuquerque, seu primeiro Presidente.

Acesso ao Sumário

Não foi tranquila a sua criação. A Constituição de 1946 limitava a competência dos Estados, mas estes poderiam organizar sua justiça de acordo com os parâmetros federais. Em São Paulo, a situação era preocupante. Já dispunha do maior Tribunal de Apelação do Brasil, com 25 Desembargadores, que julgaram mais de 6 mil processos naquele ano. Isso era o dobro das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). O Deputado Plínio Barreto propôs emenda para permitir que os Estados criassem tribunais com alçada inferior à do Justiça. Inferior na esfera administrativa, não jurisdicional, conforme assinalou José Frederico Marques (A Reforma do Poder Judiciário, Saraiva, 1979, vol. I, p. 387).

O debate centrou-se na quebra de um paradigma: a criação de Tribunais de Alçada inferior quebraria a majestade do Poder Judiciário. Romper-se-ia uma tradição de Corte única, em similitude com a União: um só Supremo e nas entidades subnacionais, um só Tribunal de Apelação. Plínio Barreto respondeu que não poderia prevalecer a tradição contra as necessidades públicas. Depois, se aprovada a proposta, seria mera faculdade aberta aos Estados-membros. Cada qual adotaria a solução mais adequada à sua realidade. A Assembleia Nacional Constituinte acolheu a emenda.

Em São Paulo, o Desembargador Mário Guimarães, Presidente do Tribunal de Justiça, era contrário à ideia e preferia aumentar o número de Desembargadores. Criar cortes intermediários seria dispendioso: implicaria em outro prédio, outra secretaria, outros equipamentos.

Com isso, conseguiu-se adiar a adoção da medida propiciada pela Constituição de 1946. Mas a reação da sociedade insistia na implantação de tribunais regionais, seja na capital, ou até no interior do Estado. Themístocles Brandão Cavalcanti prestigiava a inovação que permitiria aos estados quebrarem os padrões rígidos das organizações judiciárias tradicionais. Pontes de Miranda foi além: sugeria também a criação de tribunais noturnos para a solução rápida de acidentes e ocorrências das últimas 24 horas.

A gestão do Desembargador Alcides de Almeida Ferrari encaminha às Assembleia Legislativa o projeto de criação do Tribunal de Alçada. A Lei 1.162, de 31.07.1951, cria o Tribunal de Alçada de São Paulo, o primeiro do Brasil. O Presidente Ferrari não concordava com o aumento do número de Desembargadores do Tribunal de Justiça. Diante do crescimento do volume de feitos remetidos à Segunda Instância, indagava: "Qual o remédio? Aumentar ainda mais o número de Desembargadores é solução de todo desaconselhável segundo o unânime consenso dos componentes deste Tribunal, sem uma única voz dissonante. O Tribunal já é de fato muito numeroso, o que, sob vários aspectos, não deixa de ser um mal. Acresce que tal solução seria de eficácia muito efêmera. Teria que ser repetida provavelmente de três em três anos, até o infinito. Um absurdo, enfim, de todo inconcebível!" (RT 188/513).

O êxito dessa providência, que não cabe analisar neste momento, faz com que o único Tribunal de Alçada Bandeirante se transbordasse em: I – Primeiro Tribunal de Alçada Civil; II – Segundo Tribunal de Alçada Civil e o Alçada Criminal foram instalados em 2.10.1967 e o Segundo Alçada Civil Segundo Alçada Civil só veio a sê-lo cinco anos depois, em 19.11.1972.

Quem presidiu o agora Primeiro Tribunal de Alçada Civil, após o tresdobramento, foi o Juiz Flávio Torres. O primeiro Presidente do TACrim foi Manoel Pedro Pimentel, Magistrado oriundo do Quinto Constitucional, Classe Advocacia. Já o primeiro dirigente do Segundo Tribunal de Alçada Civil foi o

Acesso ao Sumário

Magistrado José Eduardo Coelho de Paula.

A experiência dos Tribunais de Alçada foi uma das mais instigantes páginas da História da Justiça em São Paulo. A especialização propiciada por uma competência específica permitiu que eles se convertessem na mais sólida fonte jurisprudencial a que recorreram todos: desde os integrantes do Supremo Tribunal Federal, até as demais cortes brasileiras e, principalmente, as centenas de milhares de Advogados, que hoje chegam à casa do milhão e meio.

Suas gestões inteligentes, exercidas por quadros mais jovens e presumidamente mais dispostos a encarar desafios, primaram pela excelência. Experiências pioneiras neles ganhavam espaço e serviam como testes de prova para ulterior assimilação pela cúpula do Judiciário paulista.

Foi nos Tribunais de alçada que as modernas tecnologias adentram a cena judicial. O protagonismo de alguns de seus integrantes chegou a merecer reação do vetusto pináculo do Palácio da Justiça. Medidas tendentes a inibir a limitada autonomia dos Tribunais de Alçada foram tomadas e reforçaram a incipiente movimentação rumo à extinção desse notável ensaio, que se mostrou exitoso por mais de meio século.

Vários fatores aceleraram o processo de absorção dos Juízes de Alçada pelo Tribunal de Justiça. Os conflitos de competência pareciam, aos mais novos, uma fórmula capciosa de forçada redução da carga de trabalho cometida aos mais idosos. Discussões infindas que apenas procrastinavam a outorga da prestação jurisdicional e depunham contra a reputação do sistema Justiça.

A carreira da Magistratura era longa e permeada de obstáculos. Houve tempo em que se iniciava como Juiz de Investidura Temporária, em seguida Juiz Substituto, para seguir como Titular de Primeira, Segunda, e Terceira Entrâncias e depois a Entrância Especial. Idas e vindas no "pinguinato", a substituição em Segunda Instância. Só depois disso a passagem pelos Tribunais de Alçada, para chegar ao Olimpo do Tribunal de Justiça já no final da carreira.

A eliminação de um degrau era sedutora. Mas bastante ponderáveis foram os episódios que se somavam e evidenciavam certa gelosia da alta direção do Tribunal de justiça em relação aos Tribunais de Alçada. Não se conseguia admitir que Juízes de Alçada preferissem permanecer nas suas Cortes enxutas, bem estruturadas, numa administração afinada entre Magistrados e Servidores, com acesso direto ao Governo e recusassem a promoção ao Tribunal de Justiça.

Também incomodava mentalidades mais conservadoras, que a eficiência dos Tribunais de Alçada confrontasse com o ritmo de julgamento no órgão-ápice e que estar rigorosamente em dia com a jurisdição afeta à sua competência, pudesse configurar menoscabo ao órgão cimeiro.

Como explicar a decisão de remessa de 25 mil processos cíveis para jul-

Acesso ao Sumário

gamento pelos Juízes Criminais, ao argumento de que estariam ociosos, diante de trabalho estafante e devotado? Inesquecível a dedicação dos Juízes com expertise penal, a manejar os recursos de outra área, num eficientíssimo gabinete de crise. Que funcionou até que a sensatez retornasse e a medida extemporânea fosse tornada sem efeito.

Tudo isso acelerou o processo de absorção dos Tribunais de Alçada pelo Justiça, diante da inexistência de hierarquia entre os julgados, algo que o constituinte subnacional bandeirante já fizera por Emenda Constitucional aprovada em 20.5.1999, cujos efeitos foram suspensos na ADI 2011-1, instaurada pelo Presidente do TJSP, por maioria de votos no STF, contra voto escoteiro do Ministro Marco Aurélio.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, finalmente extinguiu os Tribunais de Alçada, cujos membros passaram a integrar os Tribunais de Justiça. Estava selada a sorte dessas diligentes Cortes Judiciais, para as quais o Desembargador Emeric Levai escreveu um choroso "Requiém".

A Resolução 194, de 9.12.2004, implementou a absorção dos Juízes de Alçada ao Tribunal de Justiça e o parágrafo único de seu artigo 11 dispôs que o Tribunal de justiça preservará a memória e os bancos de dados dos Tribunais extintos.

Essa memória precisa ser cultivada, pois os Tribunais de Alçada persistem íntegros, exclusivamente na lembrança afetiva de quem passou por eles. As novas gerações precisam ser alertadas de que se tentou fazer uma justiça mais eficiente, mais célere, mais afeiçoada à modernidade e mais ousada. E que isso deu certo!

Se é verdade que na memória nada muda e ninguém morre, o mundo real é diverso. Vão-se as referências, a mnemotécnica é uma arte negligenciada. A arte da memória é parte da virtude cardeal da Prudência, atributo que a humanidade continua a carecer. E o Brasil, mais do que tantos outros.

Louve-se a iniciativa do Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco, ao realizar este evento e a quem agradeço a honra, o privilégio, a generosidade com que me obsequiou ao permitir esta reflexão compartilhada.

RICARDO MAIR ANAFE (Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Cerimônia de Comemoração aos 70 anos de instalação do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo (Evento realizado em 09.08.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Acesso ao Sumário

(Cumprimento aos presentes).

O Desembargador José Renato Nalini é um profundo conhecedor da história do Tribunal, então foi uma satisfação imensa ter essa aula repleta de emoção. Integrei o Tribunal de Alçada Criminal nos idos de 1994/1995, até o advento da lei 9.099/95. É muito importante ressaltar, em relação à criação dos Tribunais de Alçada, que a Assembleia Constituinte de 1946, um constituinte originário de fato e de direito em que, inspirado no pós-guerra, um período em que o Brasil vivia um novo momento de democracia, vivia um novo momento socioeconômico, com muitas transformações econômicas e sociais, o constituinte tece a antevisão da necessidade de maior eficiência sob todos os aspectos. Essa eficiência, no que diz respeito aos Poder Judiciário, se traduziu na criação dos Tribunais de Alçada.

Isso foi ouvido pelo Legislador paulista na Constituição de 1947, o que possibilitou ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a criação de outros Tribunais, surgindo em 1951 o novo, o Primeiro Tribunal de Alçada com matéria cível e com matéria criminal, depois foi tresdobrado em Primeiro Tribunal de Alçada Civil, 1º TAC, Segundo Tribunal de Alçada Civil, 2º TAC, e o Tribunal de alçada Criminal, o nosso caríssimo e saudoso TACrim.

Um tanto quanto acanhado em sua criação, o Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo se limitava à questão da Alçada. Depois, em 1965, quando há alteração em relação à matéria, aí sim se atingiu a questão da eficiência, porque essa eficiência, ela se desdobra, ela se coloca no binômio de produtividade e qualidade. Na especialização dos Tribunais de Alçada tivemos um crescimento imenso em relação à produtividade e, por força da própria especialização, da qualidade do trabalho desenvolvido. E essa qualidade do trabalho desenvolvido ficou marcada no Tribunal de Alçada Criminal no momento que ele consegue zerar todo seu expediente. O Segundo Tribunal de Alçada fez o mesmo. O Primeiro Tribunal de Alçada era o mais sobrecarregado, sem sombra de dúvida, em um tribunal grande, inclusive com a criação de um Órgão Especial, e sua jurisprudência era muito importante. Foi o primeiro tribunal com enunciados, que dirigiam toda a jurisprudência.

Acesso ao Sumário

Infelizmente a experiência dos Tribunais de Alçada, pelas razões expostas pelo Desembargador José Renato Nalini, acabou. O Alçada realmente era um sonho de eficiência, tribunais pequenos que funcionavam em perfeição qualitativa e quantitativa. Terminam com a Emenda 45, em dezembro de 2004, e aí houve a fusão e a criação do grande Tribunal de Justiça, com 360 Desembargadores, um número enorme. Logo em segui-

da, em julho de 2005, foram distribuídos cerca de dois mil processos para cada integrante do Tribunal, considerando os "pinguins", foram algo em torno de 890 mil processos distribuídos de uma única vez, e depois mais 10 mil da colenda Seção de Direito Criminal.

Infelizmente o sonho do Alçada acabou e hoje o que se tem é essa memória saudosa do que era o Tribunal de Alçada, tanto sob o aspecto jurisdicional como sob o aspecto da convivência. Eu, como disse, fui para o Alçada, Senhor Presidente, à época do Juiz Luiz Carlos Ribeiro dos Santos e fiquei pouco tempo. Queria ter ficado mais.

Gostaria de parabenizar o Tribunal de Justiça, o Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco, a Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani, o Vice-Presidente Luís Soares de Mello por essa iniciativa brilhante, porque os Tribunais de Alçada inspiraram. Os nossos Tribunais de Alçada eram tribunais de ouro, que marcaram sua época. Foram tribunais fantásticos. Estão todos de parabéns.

Muitíssimo obrigado.

LUÍS SOARES DE MELLO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da Cerimônia de Comemoração aos 70 anos de instalação do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo (Evento realizado em 09.08.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimento aos presentes).

Primeiro, o registro da importância do evento de hoje e o vulto que tomou, em conta do enorme número de autoridades presentes, neste feliz e importantíssimo momento, a demonstrar a importância dos Tribunais de alçada.

Cabendo-me, como Vice-Presidente desta Colenda Corte, a honrosa Presidência da Comissão Gestora de Arquivo, Memória e Gestão Documental achei interessante tomar alguns pequenos minutos de todos para deitar aqui meu sincero e emotivo preito de gratidão a estas valorosas e vitoriosas Cortes, tão saudosas.

Pois bem.

Os Tribunais de Alçada fazem e fizeram parte de minha vida, antes

mesmo do meu nascimento.

Afinal, em sua primeira formação, em 11 de agosto de 1951, estava lá compondo a grade ilustre de seus primeiros integrantes, entre outros luminares judiciários, o Juiz Soares de Mello, José Soares de Mello, meu tio Zezé, homem de letras ilustres, inteligentíssimo, cativante em qualquer mero "bom dia" que dissesse, e que encantava multidões, quando se punha a falar ou proferir suas magníficas aulas, o homem que trouxe para São Paulo, de Ruy Barbosa, a tão decantada "Oração aos Moços", em sua formatura.

Anteriormente, fora Juiz Titular da Vara do Júri da Capital, de importância extrema na sociedade de então, tendo alcançado depois em nossa Colenda Corte o cargo de Desembargador, função que exercia juntamente com a de Professor Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Impossível para mim, nessa efeméride, por isso peço licença a todos nestas primeiras linhas de minha fala, deixar de lembrar dessa figura ilustre, ligada à primeira formação dos Tribunais de Alçada, homem que acabou também por incutir, em meu próprio pai e em inúmeros Soares de Mello, o veio judiciário.

E é nessa tônica que me encaixo, nesse momento, porque também a minha "vida adulta" jurisdicional, digamos assim, é intensamente marcada pelos Tribunais de Alçada, uma vez que neles coloquei minhas âncoras por volta de nada menos que 12 anos, já que iniciei meus caminhos de Segunda Instância exatamente por ali, passando inicialmente por volta de 7 anos pelo saudoso e queridíssimo Primeiro Tribunal de Alçada Civil, e depois algo em torno de 5 anos no não menos saudoso e tão aconchegante TACrim.

Acesso ao Sumário

E por isso deste falo um pouco e por isso me detenho um tanto mais.

Foi uma excelência de quase perfeição de Corte de Segundo Grau, todo redondo, prestador rapidíssimo da jurisdição que lhe tocava, pela unanimidade de suas Câmaras, e em que seus componentes todos tinham amizade verdadeiramente fraternal.

Existia uma verdadeira união de propósitos e de alma entre seus componentes, capitaneados sempre por seus dirigentes amigos, próximos e extremamente solícitos a tudo e a todos.

Exatamente em seus estertor, tive a extrema felicidade e oportunidade de falar oficialmente em nome da Corte, e lançar meu profundo lamento pela riste perda, quase como se fora a perda de um humano.

Não me esqueço mais deste dia tão marcante.

Era um Tribunal de marcas e de sucesso, um Tribunal que reunia Juízes de toda origem, especialmente, em uma determinada época, os do Cível, por mais curioso e incrível que pudesse isso parecer, mas era real; gente de todas as matizes e filosofias, Juízes muitas vezes que antes não tinham tido mais íntima relação com a matéria específica, mas que acabavam por se tornar Juízes criminais de excelência, muitos deles, aliás e como disse, vindos dali mesmo, do próprio prédio onde se localiza, Fórum João mendes, andares abaixo, Juízes de Família, Juízes de Fazenda, Juízes de Varas Cíveis.

A experiência que aquela Corte, e de resto todos os demais de Alçada, Primeiro e Segundo, traziam, era fantástica, definitiva e altamente marcante, não só aos seus próprios componentes, como a todos os que se abeberavam de seu conteúdo jurisdicional, como membros do Ministério Público, Advogados, e a própria sociedade.

Os julgados e jurisprudência que produziam, aliás, eram sua marca de qualidade, seus verdadeiros "cartões de visita", digamos assim.

Tinham suas próprias coletâneas, além de também integrarem as famosas "RT – Revistas dos Tribunais", e sua produção jurisdicional era usada por inúmeros Tribunais do País, incontáveis, mesmo, sempre como exemplo e referência de uma excelência de julgamento.

O prestígio que gozavam seus dirigentes em todas as outras instituições de Estado era enorme, gigantesco, tanto que sua cúpula era sempre chamada a toda e qualquer discussão que envolvesse questões de interesse do Judiciário ou de Estado.

Tribunais que deixaram saudades, enfim, e fazem a história e a memória hoje deste grande Tribunal em que muitos Magistrados ainda, os mais antigos, pelo menos, são oriundos desses queridos Tribunais de alçada, e sentem o orgulho e a honra de ter podido pertencer e, também, fazer a história daquelas Cortes de Alçada.

Eu não tenho dúvida alguma de que a marca que nós, oriundos dos Tribunais de Alçada, trazemos, e certamente todos compartilham, é de alegria de ter podido pertencer a esses então vanguardistas Tribunais que

tanto representam para a nossa história.

Este, então, era o pequeno registro que me impunha fazer neste momento, a respeito dessas brilhantes Cortes, que não só engrandecem o Estado de São Paulo, como nosso Poder Judiciário e nossa gloriosa Magistratura.

Muito obrigado a todos por terem me ouvido.

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da Cerimônia de Comemoração aos 70 anos de instalação do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo (Evento realizado em 09.08.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Que manhã sublime! Como é bom recordar. Parabéns Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani, anfitriã e condutora maior da maior da História do Poder Judiciário Bandeirante. Cumprimentos aos Desembargador José Renato Nalini, que nos trouxe uma oração marcante e que alegrou nossa alma e nosso coração, aflorando nossos sentimento.

Os Tribunais de Alçada foram o resultado de uma ideia nascida e acalentada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que a submete a longo processo de maturação, ao crivo de severos juízos, e a formulou numa concepção de fina arquitetura judiciária.

Com essas palavras, meu venerado Pai, ao tomar posse no cargo de Desembargador, em maio de 1976, já rechaçava a ideia de extinção daqueles Tribunais.

Acesso ao Sumário

Prestaram, no curso de muitos e muitos anos, uma jurisdição de qualidade, *ratione materiae*. Eram Tribunais autônomos na atuação administrativa e jurisdicional, embora submetidos ao seu criador em alguns aspectos, como da definição de competência.

Magníficos tribunais. Nelson Hungria, acerca da criação dos Tribunais de Alçada pelo Tribunal de Justiça Bandeirante, explanou em frase lapidar que SÃO PAULO SEMPRE MADRUGA PARA OS EMRPEEENDIMENTOS FELIZES.

Tribunais que permitiam maior flexibilidade na organização judi-

ciária do Estado e maior celeridade. E as ideias de extinção, naquela época e agora (com êxito) mais recentemente, não atentaram para a importância das Cortes na estrutura do sistema de justiça, acelerando a tramitação de feitos. O legislador não entendeu que não se tratavam de cortes formando mais uma instância, senão de Tribunais com competência específica, que tornavam mais céleres os julgamentos.

Ademais, aquelas cortes formavam magistrados, tornava-os mais maduros no trato dos julgamentos em segunda instância, para que chegassem absolutamente preparados para a Corte Superior Estadual, não se podendo esquecer, que pelas peculiaridades do tempo, agora notadas com mais clareza, era concedida a oportunidade de magistrados atuarem em segundo grau, muitos deles que não poderiam chegar ao Tribunal de Justiça por razões diversas.

Merece a ideia longeva de criação daquelas cortes especializadas nosso aplauso ainda nos dias de hoje. Lamenta-se que o legislador não tenha ouvido vozes de expressão pela manutenção dos Alçadas, que estão nas nossas memórias e corações, pela relevantíssima jurisdição que prestaram durante muitos anos, editando jurisprudência maciça acolhida pelos Tribunais Superiores em tantas e tantas matérias.

Parabéns pela iniciativa desta homenagem, que se insere na história do Poder Judiciário Bandeirante, fazendo que jamais se esqueça da importância daquelas Cortes de Justiça e dos magistrados e servidores que por elas passaram.

Cumprimento a todos que me antecederam na fala e dou por encerrada esta homenagem.

Acesso ao Sumário