REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 47 – ANO 8

SETEMBRO E OUTUBRO 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 26

c) Apelações 98

d) Embargos de Declaração 373

e) Reclamações 384

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 395

b) Apelações 412

c) Apelações/Remessas Necessárias 504

d) Embargos de Declaração 556

e) Remessas Necessárias 562

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 587

b) Apelações 634

c) *Habeas Corpus* 708

d) Mandados de Segurança 753

e) Recursos em Sentido Estrito 761

f) Remessas Necessárias 787

g) Revisões Criminais 789

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 797

b) Conflitos de Competência 856

c) Embargos de Declaração 869

d) Inquéritos Policias 885

e) Mandados de Segurança 892

f) Representações Criminais 906

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 912

b) Conflitos de Competência 934

c) Conflitos de Jurisdição 956

d) *Habeas Corpus* 971

e) Mandados de Segurança 980

5- Câmara Especial de Presidentes 985

6- Conselho Superior da Magistratura 1011

7- Noticiário 1026

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. 47, set./out. 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
JOÃO CARLOS SALETTI
FRANCISCO Antonio CASCONI
RENATO Sandreschi SARTORELLI
CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
ADEMIR de Carvalho BENEDITO
Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho

RICARDO Mair ANAFE
Maria CRISTINA ZUCCHI
José JACOB VALENTE
JAMES Alberto SIANO
LUÍS SOARES DE MELLO Neto
CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
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 ALEXANDRE Augusto Pinto Moreira MARCONDES
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
Desembargador NELSON FONSECA JÚNIOR
Desembargadora ANA MARIA ALONSO BALDY**
Desembargador RODOLFO PELLIZARI**
Desembargador MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES**
Desembargadora MARIA DO CARMO HONORIO**
Desembargador ADEMIR MODESTO**

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

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

Desembargador LUIZ ANTONIO Silva COSTA
Desembargador MIGUEL Ângelo BRANDI Júnior***
Desembargador LUÍS MÁRIO GALBETTI
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**

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 ADEMIR MODESTO**

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**

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

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 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
Desembargador JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA**
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

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 DÉCIO Luiz José RODRIGUES
Desembargador FÁBIO Henrique PODESTÁ
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 MARCO FÁBIO MORSELLO**

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 618/622)

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***
Desembargador RODOLFO PELLIZARI**

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

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

Desembargador Decio LEME DE CAMPOS Júnior
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT***
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador LUÍS ROBERTO REUTER TORRO
Desembargador ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**
Desembargadora ÂNGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

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

Desembargador CELSO José PIMENTEL
Desembargadora BERENICE MARCONDES CESAR
Desembargador CESAR LACERDA***
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA
Desembargador CÉSAR LUIZ DE ALMEIDA
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

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

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

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

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***
Desembargadora ROSÂNGELA Maria TELLES
Desembargador RODOLFO PELLIZARI**

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

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

33ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 2ª feira — 09:30 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***
Desembargador RODOLFO CESAR MILANO**

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 LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR
Desembargador DJALMA Rubens LOFRANO FILHO
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
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO**
Desembargador RODOLFO CESAR MILANO**

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
Desembargadora ANNA PAULA DIAS DA COSTA**

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 — 10:00 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 SIDNEY ROMANO DOS REIS***
Desembargadora MARIA OLÍVIA Pinto Esteves ALVES
Desembargador Antonio Carlos ALVES BRAGA JÚNIOR
Desembargadora SILVIA MARIA MEIRELLES NOVAES DE ANDRADE**
Dese,bargador MAURÍCIO FIORITO**

7ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 2ª feira — 9:00 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 511)

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 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 — 14:00 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 Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES
Desembargador MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
Desembargador IVO DE ALMEIDA***
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
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
Desembargador AIRTON VIEIRA
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 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 ADILSON PAUKOSKI SIMONI**

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 MARCOS ANTONIO CORRÊA DA SILVA**

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

7ª Câmara de Direito Criminal (sala 217/219 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargador Aguinaldo de FREITAS FILHO
Desembargador REINALDO CINTRA Torres de Carvalho***
Desembargador LAURO MENS DE MELLO
Desembargadora IVANA DAVID
Desembargador KLAUS MAROUELLI ARROYO**

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 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 CLÁUDIO Antonio MARQUES 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 QUARTA-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
Desembargadora GILDA Cerqueira ALVES BARBOSA Amaral DIODATTI***
Desembargador CLAUDIO LIMA BUENO DE CAMARGO
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
Ricardo Cunha Chimenti
Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino
Hélio Nogueira
Tercio Pires
José Aparício Coelho Prado Neto
Afonso Celso da Silva
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
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 2215107-71.2020.8.26.0000, da Comarca de Birigüi, em que são autores RONIVALDO PINHEIRO (JUSTIÇA GRATUITA) e ROSANEA PINHEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é réu COOPERATIVA DE CRÉDITO RURAL DA ALTA PAULISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinto o processo, sem resolução de mérito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.415)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e ANNA PAULA DIAS DA COSTA.

São Paulo, 30 de agosto de 2021.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Alegação de erro de fato (art. 966, inciso VIII, CPC) - Não caracterização - Rescisória que não constitui sucedâneo de regular recurso, tampouco se presta para corrigir eventual injustiça da decisão. - Inobservância dos requisitos legais. Petição inicial indeferida - Processo julgado extinto, sem resolução do mérito.

VOTO

Trata-se de ação rescisória proposta por RONIVALDO PINHEIRO E ROSANEA PINHEIRO em face de COOPERATIVA DE CRÉDITO RURAL DA ALTA PAULISTA, objetivando a rescisão da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Birigüi (fl. 58) nos autos do Processo nº. 1010501-03.2016.8.26.0077/01, que extinguiu a fase de cumprimento de sentença em embargos à arrematação, em razão de satisfação da obrigação. Pretendem restituir a quantia penhorada da poupança da Autora, pois inferior a 40

Acesso ao Sumário

salários-mínimos.

Alegam os Autores que a decisão rescindenda violou o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, bem como o art. 833, inciso X, do Código de Processo Civil, além de que está fundada em erro de fato verificável do exame dos autos (incisos V e VIII, do art. 966, do Código de Processo Civil).

A COOPERATIVA propôs ação de execução de título extrajudicial em face dos ora Autores, havendo penhora e avaliação de um imóvel rural. Segundo o alegado, a avaliação do imóvel e o edital de leilão não descreveram a plantação de palmito do sítio e sua capacidade produtiva econômica, resultando em venda por preço vil.

Os ora Autores opuseram Embargos à Arrematação em face da COOPERATIVA, resultando em sentença que reconheceu a preclusão temporal dos argumentos e aplicou multa por litigância de má-fé aos Autores.

Foi iniciado o cumprimento de sentença para exigir o pagamento da referida multa, sendo penhorada a conta poupança e conta corrente da Autora, no valor total de R$ 39.046,26, seguida de impugnação, esta fundada no art. 833, inciso X, do Código de Processo Civil.

À fl. 09 da inicial, os Autores apontam as razões pelas quais consideram viciada a decisão rescindenda:

> **"(...) a decisão merece ser rescindida pelas seguintes razões:**
>
> **1) Porque é tempestiva, conforme a própria fl. 195 destacada pelo juízo de origem;**
>
> **2) Porque o art. 833, X, do CPC proíbe a penhora da poupança com valor inferior a 40 salários-mínimos;**
>
> **3) Porque está pacificado pelo STJ a ampliação da interpretação sobre a Impenhorabilidade da poupança também para contas correntes;**
>
> **4) Porque conforme o demonstrativo BacenJud e Comprovante de depósito judicial, houve o bloqueio na data 06/06/19 e a compensação da transferência judicial em 10/06/19, referente a penhora sobre todas as Agências e Contas do Banco Itaú;**
>
> **5) Porque o Valor Total da Penhora no Banco Itaú foi de R$ 39.046,26 (menor que 40 salários-mínimos). Sendo que este valor é a soma das quantias da Conta Corrente com a Conta Poupança do Banco Itaú da Autora - CC: R$ 26.146,30 + CP: R$ 12.899,96 = TOTAL: R$ 39.046,26." (fl. 09)**

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 26/60. O benefício da gratuidade foi deferido aos Autores, e indeferido o pedido liminar deduzido, com vistas a restituir a reserva financeira da Demandante que fora penhorada

Acesso ao Sumário

nos autos da ação de origem (fls. 135/137).

Citada, a COOPERATIVA apresentou sua defesa (fl. 141), em que alega que os Autores buscam a reapreciação de fatos, provas e teses não arguidas em momento oportuno, utilizando-se da ação rescisória como sucedâneo recursal, o que é descabido. Aduz que o Autor RONIVALDO PINHEIRO é parte ilegítima, já que os valores outrora bloqueados são de titularidade da Coautora ROSANEA PINHEIRO. Reafirma a intempestividade da impugnação da ação anterior, e acrescenta que à época foi impugnado apenas parte do valor. Pede a extinção da ação, sem apreciação do mérito. Sustenta a intempestividade da impugnação dos autos de origem, e a ausência de violação à norma jurídica invocada. Diz que não há prova de que o valor bloqueado é a integralidade das reservas da Autora. Pede improcedência da demanda.

É o relatório.

A petição inicial deve ser indeferida.

Após detida leitura dos autos, possível concluir que os Autores não pretendem outra coisa senão desconstituir provimento jurisdicional transitado em julgado, com fundamento no erro de fato e na violação de norma.

Entrementes, pesem os argumentos trazidos pelos Autores, é de se registrar que a ação rescisória não serve para o préstimo invocado, sendo certo que a medida pretendida pela parte representaria violação direta ao princípio da segurança jurídica e à autoridade da coisa julgada.

Com efeito, as hipóteses que permitem o manejo da ação rescisória encontram-se previstas em rol taxativo no art. 966, do Novo Código de Processo Civil:

> "***Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...)***
>
> ***V - violar manifestamente norma jurídica; (...)***
>
> ***VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.***
>
> § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado."

De outra banda, lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, com suporte em autorizada doutrina[1]:

> "***A configuração dessa hipótese de rescindibilidade exige a conjugação de vários pressupostos:***
>
> ***a. É preciso que a decisão seja fundada no erro de fato, isto é, que sem o erro de fato a conclusão do juiz houvesse de ser diferente.***

1 *In* Curso de Direito Processual Civil, Vol. 3, 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 506.

Acesso ao Sumário

É necessário 'que a sentença esteja baseada em erro de fato'; ou seja, 'o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença'; 'é necessária a existência de nexo de causalidade entre o erro de fato e a conclusão do juiz prolator do decisum rescindendo›;

b. O erro de fato deve ser apurável mediante o simples exame dos documentos e das demais peças dos autos, não se admitindo, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente. Esse pressuposto, já identificado pela doutrina produzida para o CPC-1973, foi expressamente consagrado no inciso VIII do art. 966, que exige que o erro de fato seja 'verificável do exame dos autos'.

c. O fato sobre o qual recaiu o erro não pode ser ponto controvertido; ou seja, é preciso que em relação ao fato 'não tenha havido controvérsia' (CPC, art. 966, § 1º). Se se trata de ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado, não se admite rescisão da decisão."

Em sentido convergente, este Egrégio Tribunal de Justiça:

"Não é demais lembrar que o erro de fato que autoriza a rescisão do julgado é aquele resultante de erro de percepção do juiz, sendo necessário, para a sua configuração, estar presentes os seguintes pressupostos: a decisão deve estar fundada no erro de fato, ou seja, o erro deve ser a causa da conclusão adotada na decisão rescindenda; o erro de fato deve ser constatável mediante o simples exame dos documentos e dos demais elementos constantes dos autos, não sendo admissível a produção de nenhuma outra prova destinada a demonstrar a inexistência do fato ou a ocorrência do fato tido por inexistente pelo juiz; o fato resultante de erro não pode ter sido ponto de controvérsia sobre o qual deveria o magistrado se pronunciar." (TJSP; Ação Rescisória 2067103- 97.2017.8.26.0000; Relator (a): Paulo Pastore Filho; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Poá - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 19/12/2017; Data de Registro: 19/12/2017).

O debate proposto pelos Autores põe em dúvida A tempestividade da impugnação à penhora e a impenhorabilidade das verbas penhoradas naqueles autos.

A r. sentença rescindenda registrou (fl. 58): "**A impugnação não merece acolhimento. A uma, porque intempestiva (fls. 195). A duas, porque as alegações da impugnante são baseadas em bloqueio judicial que não guarda relação com o efetivado nestes autos. Com efeito, a impugnante se insurge em face de um bloqueio judicial no valor de R$ 12.899,96, que, inclusive, já foi levantado, conforme extrato que ela mesmo juntou (fls. 187). No entan-**

Acesso ao Sumário

to, não observa que o bloqueio efetivado neste feito foi do montante de R$ 39.046,26."

Como se vê, as alegações trazidas pelos Autores foram objeto de controvérsia entre as partes e debatidas no juízo de origem.

Outros são os defeitos da ação rescisória que impedem a análise do mérito da questão.

Da acurada análise dos documentos acostados aos autos, vê-se que o documento emitido pelo Banco Itaú, em 07/06/2019 (fl. 40), declara que o bloqueio havia recaído sobre R$ 12.899,96 na conta poupança, e sobre o valor de R$ 26.146,30, na conta corrente da Autora.

À fl. 41 (extrato da conta poupança), verifica-se que o montante de R$ 12.899,96 foi desbloqueado em 10/06, independentemente da impugnação ofertada.

Em 05/07/2019 (fls. 296/298) foi protocolada a impugnação à penhora por parte da Autora, a qual versou unicamente sobre o montante já então liberado, no valor de R$ 12.899,96.

Tal circunstância foi relatada na r. sentença rescindenda: **"Com efeito, a impugnante se insurge em face de um bloqueio judicial no valor de R$ 12.899,96, que, inclusive, já foi levantado, conforme extrato que ela mesmo juntou (fls. 187)." (fl. 58)**

Desta análise, pode-se concluir pela ausência de interesse de agir dos Autores, pois inexistente o erro de fato.

Nesse contexto, incompatível a presente demanda com o sentido expresso da legislação: "***...sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.***"

Importante ressaltar que "***a ação rescisória constitui medida excepcional, de modo que as hipóteses previstas no art. 966 do NCPC devem ser interpretadas restritivamente, pois o art. 5º, XXXVI, da CF, assegura a proteção da coisa julgada em observância ao princípio da segurança jurídica (...)***" (TJSP; Ação Rescisória 2104277-43.2017.8.26.0000; Relator: Hamid Bdine; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 8ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/08/2017; Data de Registro: 28/08/2017).

Com base nos argumentos deduzidos na petição inicial da ação rescisória, de tudo se conclui que estão ausentes os requisitos para a caracterização do erro de fato.

Destarte, a hipótese é de indeferimento da inicial por inadequação da via eleita, nos termos do artigo 330, inciso III, do Estatuto Processual.

Pelo exposto, indefere-se a inicial e julga-se extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, incisos I e VI, do Estatuto Processual,

Acesso ao Sumário

arcando os Autores com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados no importe de 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, ressalvada a gratuidade processual.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2169757-26.2021.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante E.G.S., é agravado C.S.

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 51.363)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), MARIA DO CARMO HONÓRIO e MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES.

São Paulo, 30 de agosto de 2021.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: ALIMENTOS. EXECUÇÃO. PRISÃO CIVIL DO EXECUTADO. ORDEM DE SUSPENSÃO. ADMISSIBILIDADE. SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE DERIVADA DOS EFEITOS DA PANDEMIA. SUSPENSÃO QUE ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO TRAÇADA PELA RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, PARA QUE OS MAGISTRADOS DE COMPETÊNCIA CÍVEL NÃO PROCEDAM AO ENCARCERAMENTO DOS DEVEDORES DE ALIMENTOS, NO INTUITO DE REDUZIR RISCOS EPIDEMIOLÓGICOS E EM OBSERVÂNCIA AO CONTEXTO LOCAL DE DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ESTADO QUE, POR INTERMÉDIO DE SEUS PODERES, DEVE

Acesso ao Sumário

ADOTAR MEDIDAS DE PREVENÇÃO À PROPAGAÇÃO DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID.19), NO ZELO DA SAÚDE INDIVIDUAL E DA SAÚDE COLETIVA. PROPÓSITO DO ARTIGO 15 DA LEI Nº 14.010/2020, QUE, MESMO DE VIGÊNCIA EXAURIDA, PERMANECE NA ORIENTAÇÃO AO ESTADO, QUE DEVE ADOTÁ-LO DIANTE DA INDISCUTÍVEL SITUAÇÃO DE CALAMIDADE A QUE SUBMETIDA A SOCIEDADE BRASILEIRA, POSTO QUE SUBSISTEM OPERANTES OS EFEITOS DA PANDEMIA. PRISÃO DO EXECUTADO QUE, NO MOMENTO ATUAL, COLOCA EM RISCO O DIREITO À SAÚDE E O DIREITO À VIDA. RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR QUE É LIMITADA AOS SEUS BENS, TENDO, HÁ MUITO, O ORDENAMENTO JURÍDICO SUPERADO A EXECUÇÃO PESSOAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUE POSSIBILITA AO CREDOR A ADOÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS DE CARÁTER COERCITIVO NO INTUITO DE SATISFAZER O CRÉDITO. EXECUÇÃO, ALÉM DISSO, QUE DEVE OCORRER DA MANEIRA MENOS GRAVOSA AO DEVEDOR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em execução de alimentos, contra decisão interlocutória que determinou que se aguardasse pelo prazo de trinta dias "*eventual levantamento do decreto de calamidade pública ou retorno do Estado para a Fase Verde do Plano São Paulo concernente a pandemia do COVID 19*" para novamente apreciar pedido de prisão civil em desfavor do agravado.

O agravante sustenta o desacerto da decisão, tendo em vista que "*a situação fática mudou no Município de Mogi das Cruzes e no Estado, como um todo. Atualmente, segundo dados recentes da Prefeitura Municipal, quase duzentas e vinte mil pessoas no Município já foram vacinadas, 70 mil com as duas doses ou dose única*", bem como a situação hospitalar se encontrar mais próxima quando se estava na fase amarela, com 65% das UTIs livres e 75% das enfermarias disponíveis. Subsidiariamente, requer a prisão no regime semiaberto. Conclui pela reforma.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 18/22.

É o relatório.

2. Preliminarmente, consigno que é caso de se dispensar, por ora, a manifestação da Douta Procuradoria Geral de Justiça, por se tratar de tema interlocutório, de caráter provisório, sem influência no mérito da demanda e que será reavaliado por ocasião da sentença e da apelação, quando o Ministério Público terá oportunidade para se manifestar.

O reclamo deve ser desprovido.

No caso dos autos, não se vislumbra qualquer ilegalidade na r. decisão combatida, que suspende temporariamente o decreto da prisão civil do executado, a fim de evitar o agravamento do risco de contaminação da população carcerária.

De saída - e curial para o deslinde do caso - não se pode olvidar que a execução se faz a benefício do credor; no entanto, a necessidade de tutela jurisdicional adequada e efetiva ao exequente deve ser realizada sem se descurar da tutela da menor onerosidade ao devedor.

Aliás, é clara a regra extraída do teor do artigo 805, do Estatuto Processual no sentido de que, existentes meios variegados para promoção da execução, o magistrado deve ordenar que se faça pelo meio menos gravoso ao devedor.

Nesse sentido, causa espécie a insistência da parte recorrente pela prisão do devedor, colocando em risco o direito à vida e o direito à saúde de que goza qualquer cidadão, na medida em que o Código de Processo Civil confere ao exequente outras medidas de caráter coercitivo para que seja satisfeito o crédito.

Recobre-se, no ponto, que há muito o ordenamento jurídico caminhou para a substituição da execução pessoal pela execução patrimonial, resguardando a vida do devedor.

De valia, nessa senda, a lição de Marcelo Abelha:

A responsabilidade patrimonial é uma categoria fundamental no estudo da tutela jurisdicional executiva. Trata-se de instituto intimamente ligado à própria evolução dessa função jurisdicional, porque diretamente relacionado à substituição da execução pessoal pela execução patrimonial. Isso mesmo! Houve determinada época em que a garantia do adimplemento obrigacional era feita com a própria vida do devedor. Considerando o caráter personalíssimo da obrigação resultante do "vínculo jurídico" de união obrigacional, caso esta não fosse cumprida, o pagamento era feito com o próprio corpo do devedor.

Em outras palavras, pode-se dizer que a proteção do direito de propriedade do devedor sobre os seus bens era mais sagrada que a própria vida ofertada como forma de pagamento da dívida inadimplida.

Acesso ao Sumário

Felizmente, o direito evoluiu e substituiu a ideia da execução pessoal pela da execução patrimonial, fazendo que o débito fosse satisfeito com bens do patrimônio do executado. Dessa mudança nasceu a importantíssima distinção entre débito e responsabilidade patrimonial. ("*Manual de execução civil*". 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015)

A adstrição da responsabilidade do devedor aos bens que possui e que vier a possuir se encontra positivada no artigo 789, do Estatuto Processual, de seguinte teor: "***O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei***".

Assim sendo, dada a situação de excepcionalidade instalada pela pandemia da COVID.19 e a necessidade de adoção de medidas preventivas da propagação do novo coronavírus, no zelo da saúde de cada pessoa e da saúde coletiva, é mesmo de rigor a suspensão do decreto prisional de devedor.

A medida, pois, se encontra em consonância com a orientação traçada na Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (artigo 6º), para que os magistrados de competência cível não procedam ao encarceramento dos devedores de alimentos, no intuito de reduzir riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

Nessa trilha, ademais, o propósito do artigo 15 da Lei nº 14.010/2020, que, mesmo de vigência exaurida, permanece na orientação ao Estado que, por intermédio de seus Poderes, deve adotá-lo diante da indiscutível situação de calamidade a que submetida a sociedade brasileira, posto que subsistem operantes os efeitos da pandemia.

Na mesma linha intelectiva, segue a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. Alimentos. Prisão civil. Revogação da prisão civil tendo em vista o impedimento do pagamento. Descabimento. Suspensão da prisão civil por 60 dias, em virtude da pandemia causada pelo COVID-19. Pertinência. Situação de excepcionalidade que visa garantir em primeiro plano a saúde pública. Observância das orientações do STJ e do Conselho Nacional de Justiça. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (TJSP; Habeas Corpus Cível 2291424-13.2020.8.26.0000; Relator (a): Jair de Souza; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IX - Vila Prudente - 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 18/02/2021; Data de Registro: 18/02/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PENHORA ON LINE DIANTE DA ESCOLHA DO RITO DA PRISÃO PELA EXEQUENTE - POSSIBILIDADE DIANTE DE EXCEPCIONAL SITUAÇÃO VIVENCIADA DE PROIBIÇÃO DA PRISÃO

Acesso ao Sumário

CIVIL POR ALIMENTOS EM RAZÃO DE PANDEMIA - DECISÃO MODIFICADA - RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2298274-83.2020.8.26.0000; Relator (a): Erickson Gavazza Marques; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bariri - 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/02/2021; Data de Registro: 18/02/2021)

Execução de alimentos. Insurgência do réu contra decisão que determinou o pagamento da pensão, sob pena de prisão. Reforma. Prisão civil que não se mostra adequada, em razão da pandemia de Covid-19. Irregularidades nos cálculos apresentados pela exequente. Alimentante que comprovou o pagamento das últimas pensões. Dúvidas a respeito da existência de débito alimentar. Prisão civil afastada. Execução suspensa até apuração do débito alimentar, observando-se as determinações no acórdão. Agravo provido em parte. (TJSP; Agravo de Instrumento 2221461-15.2020.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Assis - Vara do Ofício da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 09/02/2021; Data de Registro: 09/02/2021)

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - DECRETAÇÃO DE PRISÃO HAVIDA POR LEGAL - SUSPENSÃO DA ORDEM NO ENTRETANTO DEFERIDA ANTE A PANDEMIA - POSIÇÃO DO V. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - DECISÃO MODIFICADA EM PARTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2293114-77.2020.8.26.0000; Relator (a): Giffoni Ferreira; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Rio Claro - 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 09/02/2021; Data de Registro: 09/02/2021)

Na mesma trilha o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENSÃO ALIMENTÍCIA. INADIMPLÊNCIA. PRISÃO CIVIL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVÍRUS (COVID-19). SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO EM REGIME FECHADO PELO REGIME DOMICILIAR. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Incide, na hipótese, a Súmula 691/STF: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'habeas corpus' impetrado contra decisão do relator que, em 'habeas corpus' requerido a tribunal superior, indefere a liminar."

2. No caso, a impetração não impugnou a inadimplência do devedor de alimentos em relação às parcelas ensejadoras da decretação de sua prisão civil, sendo, portanto, incontroverso o não pagamento das pres-

Acesso ao Sumário

tações descritas nos cálculos dos autos de origem. Assim, não há que se falar em constrangimento ilegal do seu direito à liberdade de locomoção pela decretação de sua prisão civil, a ser cumprida na modalidade domiciliar ao longo do período da atual pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19).

3. O Superior Tribunal de Justiça não reconhece a ilegalidade da prisão civil do devedor de alimentos na modalidade domiciliar, durante o período de pandemia, apenas pondera que, a depender das peculiaridades do caso concreto, a medida pode não apresentar coercibilidade suficiente, de forma que surge como possibilidade a suspensão temporária da execução como medida mais apropriada, sobretudo para evitar a recalcitrância do devedor e preservar os interesses do credor de alimentos.

4. Ordem denegada. (HC 634.185/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 18/06/2021)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PRISÃO CIVIL POR ALIMENTOS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVÍRUS APÓS A PERDA DE EFICÁCIA DO ART. 15 DA LEI 14.010/2020. IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PRISÃO EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO EM REGIME FECHADO PELO REGIME DOMICILIAR OU DIFERIMENTO DO CUMPRIMENTO EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO APRIORÍSTICA E RÍGIDA DO REGIME SEM CONSIDERAR AS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DE CADA HIPÓTESE. ESCOLHA A CRITÉRIO DO CREDOR DOS ALIMENTOS QUE, EM TESE, PODERÁ INDICAR A MEDIDA POTENCIALMENTE MAIS EFICAZ DIANTE DAS ESPECIFICIDADES DA CAUSA E DO DEVEDOR. ADOÇÃO PELO JUIZ, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO, DE OUTRAS MEDIDAS INDUTIVAS, COERCITIVAS, MANDAMENTAIS OU SUB-ROGATÓRIAS, INCLUSIVE CUMULATIVAS OU COMBINADAS. POSSIBILIDADE.

1- O propósito do habeas corpus é definir se, após a perda de eficácia do art. 15 da Lei nº 14.010/2020, a prisão civil do devedor de alimentos deverá ser cumprida em regime domiciliar, em regime fechado imediatamente ou em regime fechado diferidamente, suspendendo-se, apenas por ora, o cumprimento da prisão.

2- Desde o início da pandemia causada pelo coronavírus, observa-se que a jurisprudência desta Corte oscilou entre a determinação de cum-

Acesso ao Sumário

primento da prisão civil do devedor de alimentos em regime domiciliar e a suspensão momentânea do cumprimento da prisão em regime fechado, tendo em vista, especialmente, que vigorou, por determinado lapso temporal, regra legal específica determinando o cumprimento da prisão em regime domiciliar (art. 15 da Lei nº 14.010/2020). Precedentes.

3- Tendo em vista que o art. 15 da Lei 14.010/2020 teve a sua vigência expirada em 30/10/2020, não há, atualmente, nenhuma norma regulando o modo pelo qual deverão ser cumpridas as prisões civis de devedores de alimentos durante a pandemia, razão pela qual se impõem renovadas reflexões sobre o tema.

4- Diante do contexto social e humanitário atualmente vivido, não há ainda, infelizmente, a possibilidade de retomada do uso da medida coativa extrema que, em muitas situações, é suficiente para dobrar a renitência do devedor de alimentos, sobretudo daquele contumaz e que reúne condições de adimplir a obrigação.

5- A experiência acumulada no primeiro ano de pandemia revela a necessidade de afastar uma solução judicial apriorística e rígida para a questão, conferindo o protagonismo, quanto ao ponto, ao credor dos alimentos, que, em regra, reúne melhores condições de indicar, diante das inúmeras especificidades envolvidas e das características peculiares do devedor, se será potencialmente mais eficaz o cumprimento da prisão em regime domiciliar ou o diferimento para posterior cumprimento da prisão em regime fechado, ressalvada, em quaisquer hipóteses, a possibilidade de serem adotadas, inclusive cumulativa e combinadamente, as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub- rogatórias, nos termos do art. 139, IV, do CPC, de ofício ou a requerimento do credor.

6- Ordem parcialmente concedida, apenas para impedir, por ora, a prisão civil do devedor de alimentos sob o regime fechado, mas facultando ao credor indicar, no juízo da execução de alimentos, se pretende que a prisão civil seja cumprida no regime domiciliar ou se pretende diferir o seu cumprimento, sem prejuízo da adoção de outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. (HC 645.640/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 26/03/2021)

Assim me manifestei no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2011710-51.2021.8.26.0000, em 26.02.2021, por este Colegiado, em acórdão de minha relatoria.

Ao consoar do exposto, é o caso de manutenção da decisão guerreada.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2187822-69.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GLEICE SOUSA RODRIGUES DOS SANTOS, são agravados GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA. e FELICIO VIGORITO & FILHOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.640)**

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

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE AQUISIÇÃO DE VEÍCULO NOVO - COMANDO QUE INDEFERIU PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO SE CONDICIONA À EFETIVA COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA - AGRAVANTE QUE NÃO SE DESINCUMBIU SATISFATORIAMENTE DO ÔNUS QUE SOBRE SI RECAI DE COMPROVAR O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA TAL CONTEMPLAÇÃO, IMPONDO-SE, POR CONSEGUINTE, A MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformidade deduzida nos autos de indenizatória, decorrente de aquisição de veículo zero quilômetro, contra r. decisão exibida a fls. 129 do principal, que indeferiu pedido de gratuidade de justiça.

Pugna a inconformada pela concessão da benesse, aduzindo ausência de condições de arcar com as custas processuais.

É o breve relatório.

A inconformidade não comporta acolhida.

Diploma processual civil, em seu artigo 98, estabelece que pessoas com

insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça.

A assistência judiciária, como instrumento para a efetividade do processo e acesso à Justiça, visa a afastar o óbice econômico que porventura impeça àqueles considerados financeiramente vulneráveis a entrega da tutela jurisdicional. Integra seu conceito o benefício da justiça gratuita, que dispensa à parte o custeio das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência.

Da leitura do preceito contido no § 3º do art. 99 depreende-se ter o legislador estabelecido presunção de veracidade da alegação de insuficiência deduzida por pessoas naturais. Observe-se, contudo, que mencionada afirmação inaugura uma presunção ***iuris tantum***, passível, portanto, de desconstituição, inclusive no exercício do controle jurisdicional, com o fito de impedir seu desvirtuamento.

Na petição de interposição da indenizatória qualifica-se a agravante como coordenadora de cobrança (fls. 01) e afirma auferir rendimentos mensais que não superam três salários mínimos, ou seja, aproximadamente R$ 3.000,00.

Contudo, ação proposta decorre de aquisição de veículo zero quilômetro no ano de 2018 pelo valor de R$ 63.900,00, ao que tudo indica, pago à vista, situação que já infirma a suposta ausência de recursos sustentada.

Não suficiente, exame da declaração de rendimentos apresentada à Receita Federal referente ao ano calendário de 2020, exercício de 2021, declara a agravante ter percebido no referido ano a título de salário a importância de R$ 73.862,19 (fls. 22), importância que dividida por doze (número de meses do ano) equivale a um rendimento mensal de R$ 6.155,18, situação que é corroborada pelos demonstrativos de pagamento a fls. 15/16, onde se constata que além do salário mensal a agravante percebe, ao que parece, mensalmente, valor de R$ 2.300,00 a título de prêmio, importando remuneração bruta um pouco superior a R$ 6.100,00 reais mensais.

Teve ainda a agravante condições de despender R$ 15.216,24 com despesas médicas (fls. 27), além de ostentar plano de saúde particular (fls. 22) e de não declarar qualquer dependente.

Acesso ao Sumário

Assim, verificação das peculiaridades da situação fática que perfaz o palco desta contenda indicia situação financeira oposta à arguida, sendo, destarte, apta à quebra da presunção relativa derivada da declaração de pobreza.

Mantido o indeferimento da benesse ansiada, deverá efetuar o recolhimento dos encargos processuais devidos, inclusive aqueles decorrentes da interposição desta impugnação, sob pena de deflagração das pertinentes consequências processuais, observada, ainda, a possibilidade de ser inscrita em dívida ativa.

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2160091-98.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravado LAN MAR IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.-EPP.

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 27075)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e ANNA PAULA DIAS DA COSTA.

São Paulo, 2 de setembro de 2021.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. Primeira fase. Contrato de conta corrente. Inexistência de impugnação específica quanto aos lançamentos. Necessidade de exposição de motivos consistentes que justifiquem a provocação do Poder Judiciário. Alegações genéricas. Ausência de interesse de agir. Extinção do processo, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão digitalizada a fls. 2.032/2.037 (fls. 1.990/1.995, declarada a fls. 2.003 - autos originários) que, em ação de exigir contas, acolheu a impugnação ao valor da causa para que a ação passe a ter o valor de R$. 803.483,85, bem como acolheu em parte a preliminar de falta de interesse de agir para excluir do pedido inicial o contrato de empréstimo indicado no item "d" de fls. 14 da inicial. A mesma decisão, ainda, acolheu a preliminar de prescrição da pretensão no período de 1.10.2010 a 26.1.2011 e julgou procedente o pedido de prestar contas em relação aos lançamentos indicados, concedendo o prazo de 15 dias para que o réu apresente as contas.

Alega o agravante ausência de interesse de agir, diante da formulação de pedido genérico, pois a autora não esclareceu os motivos consistentes da

Acesso ao Sumário

irregularidade e as ocorrências duvidosas que justificam o ajuizamento da ação. Afirma que, embora tenha afastado o pleito relativo ao contrato de empréstimo indicado no item "d" - fls. 14, a r. sentença deixou de apreciar o pedido de prestação de contas atinente a cheque especial (LIS), também classificado como contrato de empréstimo, de modo que falta à autora interesse de agir. Aponta inadequação da via eleita, porquanto a autora pretende a revisão de encargos, tarifas e impostos cobrados na conta corrente. Sustenta que há abusividade na pretensão.

Foi concedido efeito suspensivo (fls. 2.053).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 2.057/2.067).

VOTO

Trata-se de ação de exigir contas ajuizada pela agravada que afirma ter encontrado lançamentos com os históricos "tarifas, encargos e iof, aplicações automáticas, resgates e rendimentos, empréstimos, seguros, devolução de cheque depositado e diversos", em sua conta corrente nº 63.987-0, agência 0002, no período de 1.10.2010 até 3.9.2020, que "*pendem de maiores esclarecimentos e comprovações nos termos do laudo para que possam ser aferidas a pertinência e adequação dos mesmos*". Requereu, assim, a autora, que o banco apresente contas, relativas ao período indicado.

Todavia, respeitada a convicção em contrário da culta magistrada *a quo*, a hipótese é de extinção do processo sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir.

Nos termos do artigo 550 do Código de Processo Civil, "*aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias*".

O § 1º da mesma norma estabelece que "*na petição inicial, o autor especificará, detalhadamente, as razões pelas quais exige as contas, instruindo-a com documentos comprobatórios dessa necessidade, se existirem*".

É certo que o titular da conta corrente tem o direito de solicitar informações acerca dos lançamentos efetuados, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: "*a ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária*" (Súmula nº 259).

No entanto, para o seu manejo é indispensável a comprovação do interesse na sua obtenção, com indicação de motivos consistentes acerca de ocorrências duvidosas na conta corrente.

Nesse sentido é a orientação da jurisprudência do C. STJ:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. AÇÃO DE

Acesso ao Sumário

EXIGIR CONTAS. DECISÃO QUE, NA PRIMEIRA FASE, JULGA PROCEDENTE A EXIGÊNCIA DE CONTAS. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO (CPC/2015, ART. 1.015, II). PRESTAÇÃO DE CONTAS EXIGIDA POR TITULAR DE CONTA CORRENTE (SÚMULA 259/STJ). FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PEDIDO GENÉRICO. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Agravo interno contra decisão da Presidência que conheceu do agravo para não conhecer do agravo em recurso especial, devido à ausência de impugnação específica dos óbices contidos na decisão de admissibilidade do recurso especial. Reconsideração.

2. Nos termos do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o recurso cabível da decisão proferida na primeira fase da ação de exigir contas depende do conteúdo: 'Não acarretando a decisão o encerramento do processo, o recurso cabível será o agravo de instrumento (CPC/2015, arts. 550, § 5º, e 1.015, II). No caso contrário, ou seja, se a decisão produz a extinção do processo, sem ou com resolução de mérito (arts. 485 e 487), aí sim haverá sentença e o recurso cabível será a apelação' (REsp 1.680.168/SP, Rel. p/ acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe de 10/06/2019).

3. Nos termos da Súmula 259/STJ, o correntista tem interesse e legitimidade para propor ação de prestação de contas. Não se admite, contudo, a formulação de pedido genérico.

4. A Quarta Turma, no julgamento do AgRg no REsp 1.203.021/PR, sob a relatoria da eminente Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, assentou entendimento quanto às especificidades que compõem o pedido em ação de prestação de contas, dispondo acerca da necessidade de que se demonstre o vínculo jurídico entre autor e réu, a delimitação temporal do objeto da pretensão e os suficientes motivos pelos quais se busca a prestação de contas, para que esteja demonstrado o interesse de agir do autor da ação.

5. No caso, o eg. Tribunal de origem, examinando as circunstâncias da causa, concluiu pelo descabimento da ação de exigir contas, sob o fundamento de que baseada em pedido genérico, circunstância que, na espécie, não pode ser aqui examinada, em vista da ausência da petição inicial. Consignou-se, ademais, a existência de ação idêntica referente à mesma conta corrente, fundamento que não foi rebatido no recurso especial (Súmula 283/STF).

6. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial"

Acesso ao Sumário

(AgInt no AREsp 1576551/SP; Relator(a) Ministro RAUL ARAÚJO; QUARTA TURMA; Data do Julgamento 04/05/2020; DJe 18/05/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTA CORRENTE. PRIMEIRA FASE. OMISSÃO DO TRIBUNAL LOCAL. INEXISTÊNCIA. PEDIDO GENÉRICO. INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. 'Não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando a Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as matérias que lhe foram submetidas. Ressalta-se não ser possível confundir julgamento desfavorável, como no caso, com negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação' (AgInt no AREsp N. 748.224/SC, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/6/2016, DJe 1º/7/2016).

2. 'A Segunda Seção desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que, apesar de o correntista possuir interesse processual para exigir contas da instituição financeira, conforme se extrai do teor o enunciado sumular n. 259 desta Corte, afigura-se imprescindível que aponte concreta e fundamentadamente as irregularidades detectadas, não bastando a mera referência genérica a respeito, como a verificada no presente caso' (AgRg no AREsp n. 651.811/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/4/2015, DJe 27/4/2015).

3. Agravo interno a que se nega provimento".

(AgInt nos EDcl no AREsp 833656/PR; Relator(a) Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA; QUARTA TURMA; Data do Julgamento 18/08/2016; DJe 23/08/2016)

O tema foi consolidado pela Colenda Turma Especial de Direito Privado 2 desta Corte no julgamento do IRDR n. 2121567-08.2016.8.26.0000, *in verbis*:

"INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS IRDR - Ação de prestação de contas ajuizada por correntista de instituição financeira. Pedido genérico. Tese firmada - Impossibilidade de ajuizamento de ação de exigir contas por correntista de forma vaga e genérica. Necessidade de se apontar na inicial o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos e o período exato em que ocorreram, com exposição de motivos consistentes que justifiquem a provocação do Poder Judiciário. Aplicação do caso concreto: Recurso do banco provido para julgar extinta a ação, sem exame do mérito, com fundamento no art. 485, inc. I e VI, do CPC, invertido o ônus da sucumbência." (TJSP; Apelação 1025498-87.2014.8.26.0100; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Ór-

Acesso ao Sumário

gão Julgador: Turma Especial - Privado 2; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/03/2017; Data de Registro: 29/03/2017).

Na hipótese, a autora busca esclarecimentos sobre os lançamentos constantes da conta corrente com as denominações "tarifas, encargos e iof, aplicações automáticas, resgates e rendimentos, empréstimos, seguros, devolução de cheque depositado e diversos", no período de quase dez anos (2010 a 2020).

Ainda que tenha discriminado os referidos lançamentos, não há como negar a generalidade das alegações acerca das operações que foram registradas e discriminadas nos extratos bancários disponibilizados pela instituição financeira à correntista ao longo de toda relação contratual, sem nunca terem sido questionados.

Não é crível que mesmo tendo acesso a tais registros, somente após cerca de dez anos a autora defenda não ter autorizado e nem notado os referidos débitos em sua conta corrente.

Assim, inegável tratar-se de pedido sem motivos consistentes, o que leva à declaração de inépcia da ação de exigir contas, como já decidiu esta Corte, *in verbis*:

> "Ação de exigir contas - Primeira fase - Constitui direito do correntista inteirar-se da origem dos valores lançados na conta corrente de sua titularidade - Hipótese, porém, em que cabe ao correntista, além de indicar os lançamentos que suscitaram as dúvidas, apontar o período determinado sobre o qual se busca esclarecimento e expor motivos consistentes que justifiquem a provocação do Poder Judiciário.
>
> Ação de exigir contas - Primeira fase - Pretendido pelo agravado que o banco agravante preste contas de sua conta corrente relativas ao período de junho de 2009 a dezembro de 2017 - Alegado pelo agravado que, ao proceder à 'investigação minuciosa em seus extratos', tomou conhecimento da existência de 'inúmeros descontos indevidos, operações nebulosas e lançamentos que não é capaz de identificar ou justificar a origem e destino' - Agravado que impugnou quase a totalidade dos débitos lançados em sua conta corrente, até mesmo lançamentos de 'DOC/TED' e 'Transf. Autoriz. entre C/C', que dependem da iniciativa do próprio correntista - Agravado que, na realidade, pretende rever toda a relação negocial resultante do contrato de conta corrente - Descabimento - Precedentes do STJ - Tese firmada pelo TJSP em sede de IRDR.
>
> Ação de exigir contas - Primeira fase - Agravado que impugnou lançamentos de parcelas de contratos de empréstimo - Descabimento - Adotada a atual orientação do STJ, segundo a qual o devedor não possui interesse processual para a prestação de contas nos contratos de financiamento e mútuo - Contrato de crédito, em que há valor e taxa de juros definidos,

Acesso ao Sumário

incumbindo ao próprio mutuário efetuar o cálculo - Inexistência de relação jurídica que envolva a administração ou gestão de bens alheios - Interesse processual do agravado não configurado - Extinção do processo sem resolução de mérito decretada, com suporte no art. 485, VI, do atual CPC - Decisão reformada - Agravo provido" (Agravo de Instrumento nº 2063842-22.2020.8.26.0000; Relator Desembargador José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 20/05/2021)

"AÇÃO DE EXIGIR CONTAS - EXTINÇÃO DA AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - PRETENSÃO DE REFORMA - DESCABIMENTO - O correntista tem o dever de apontar com clareza e especificidade a divergência contábil encontrada, nos termos do art. 550 do CPC/2015. Caso concreto em que a empresa correntista sustenta de forma genérica a necessidade de apurar lançamentos de crédito/débito em sua conta bancária referentes a contrato entabulado com o banco réu - Falta de interesse processual configurada - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS IRDR nº 2121567-08.2016.8.26.0000 sobre o tema em debate - Sentença de extinção mantida. Recurso desprovido, com majoração dos honorários advocatícios" (Apelação Cível 1007173-90.2016.8.26.0004; Relator (a): Walter Fonseca; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 25/04/2019)

"Ação de prestação de contas - Conta corrente mantida junto ao réu - Sentença terminativa com fulcro no art. 485, VI, do CPC/2015 - Apelação - Preliminar em contrarrazões suscitando ausência de impugnação específica - Descabimento - Razões recursais que confrontam diretamente os fundamentos aduzidos em sentença - Mérito - A formulação de pedido genérico de prestação de contas, sem exposição de motivos consistentes, e englobando 761 lançamentos efetuados em conta corrente ao longo de cinco anos de relação, impede o conhecimento do mérito por falta de interesse de agir - Entendimento que decorre de tese consolidada pela Colenda Turma Especial - Privado 2 desta Corte, no âmbito do IRDR n. 2121567-08.2016.8.26.0000, com efeitos vinculantes, nos termos dos arts. 985, I, e 927, III, do CPC/2015 - Sentença mantida - Recurso conhecido, porém, desprovido" (Apelação 1012579-09.2016.8.26.0161; Relator (a): Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 27/02/2018).

Saliente-se, ainda, que na ação de exigir contas consoante entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça "*não basta a mera presunção genérica de que há possível erro nos lançamentos para respaldar uma ação judicial e muito menos pressupor que durante toda a relação contratual havida entre as partes tenham existido erros e incorreções que, depois de vários anos, precisem*

Acesso ao Sumário

ser esclarecidos. É necessário, no mínimo, para tornar viável a ação que seja indicado a irregularidade específica ou, como já dito, de um período, sob pena de se encetar um litígio judicial em tese e praticamente condicional"[1].

Assim, impõe-se a reforma da decisão para se reconhecer a ausência de interesse de agir da autora, declarando extinto o processo, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, respondendo a autora pelo pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 20% do valor atualizado da causa (R$. 10.000,00), considerando o quanto restou decidido no Agravo de Instrumento, Processo n.º 2150381-54.2021.8.26.0000, interposto pela ora agravada.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2026238-90.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante WAGNER CLARET ALVES BONINI, é agravado DGB ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.361)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e ANNA PAULA DIAS DA COSTA.

São Paulo, 30 de agosto de 2021.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: IMPUGNAÇÃO À PENHORA - Pedido de desconstituição da penhora que recaiu sobre imóvel com anotação de indisponibilidade - Possibilidade - Bem passível de constrição, pois a indisponibilidade visa, apenas, a impedir a dilapidação do patrimônio do devedor - Precedentes - Excesso de penhora tampouco verificado - Apuração de eventual excesso somente após a avaliação dos bens penhorados - Inteligência do disposto no artigo 874, I, do CPC - Decisão

1 STJ, AREsp. nº 675056, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Publicação 30.6.2015

mantida - Recurso não provido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 470/472 dos autos de origem, que rejeitou a impugnação à penhora ofertada pelo Agravante.

Em síntese, insiste na impossibilidade da penhora do imóvel objeto da matrícula nº 23.296 do 1º Registro de Imóveis de Guaíra, devido à existência de registro de indisponibilidade em seu nome, determinada pela Justiça do Trabalho. Alega, ainda, excesso de penhora, pois o imóvel constrito teria valor muito superior à dívida perseguida (R$ 192.568,29, base agosto/2020). Pede provimento, para que seja levantada a penhora em questão.

Recurso tempestivo, preparado e processado no ordinário efeito devolutivo (fl. 15).

Contrarrazões a fls. 19/28.

É o relatório.

Trata-se de execução de título extrajudicial movida por DGB ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. em face de PRIME INFRAESTRUTURA S.A. O Agravado foi incluído no polo passivo da execução, em razão da desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

O Juízo *a quo* rejeitou a impugnação à penhora do imóvel de sua propriedade, objeto da matrícula nº 23.296 do 1º Registro de Imóveis de Guaíra, o que motivou a interposição do recurso.

Porém, sem razão o Agravante.

O fato de haver registro de indisponibilidade de bens pertencentes ao Executado não impede a efetivação da penhora por ordem judicial.

A indisponibilidade de bens é medida cautelar que visa a impedir a dissipação de bens por iniciativa do devedor, protegendo, dessa forma seus credores. Por esse motivo, não há incompatibilidade entre a medida e a efetivação de penhora em ação judicial.

Ademais, o art. 833 do Código de Processo Civil não prevê, entre as hipóteses de impenhorabilidade, a indisponibilidade do bem.

A respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PENHORA. Bens indisponíveis. Ação civil pública. A indisponibilidade de bens em ação civil pública é para proteção do interesse dos credores, não para impedir que prossiga a execução contra o patrimônio da devedora por dívida desvinculada daquela ação, oriunda de sentença que resolveu contrato de compra e venda. Recurso conhecido e provido para que prossiga a execução sobre bem de propriedade da devedora, ainda que atingido por indisponibilidade decretada em

Acesso ao Sumário

ação civil pública. (REsp 418702/DF, STJ, 4ª Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 03/09/2002)

Em igual sentido posiciona-se este Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Decisão da origem que deferiu o pleito de penhora de quota parte do bem. Insurgência do executado, indicando que inviável, no caso, a penhora do bem, diante da sua indisponibilidade. Não acolhimento. Indisponibilidade do bem que visa tão somente que o devedor não dilapide seu patrimônio por ato próprio. Penhora que decorre de ato coercitivo estatal, com intuito de satisfazer uma obrigação determinada. Institutos que, por sua vez, não se confundem, nem conflitam entre si. Discussão quanto aos efeitos da penhora que deve se dar primordialmente na origem. Decisão, pois, mantida. Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido. (AI 2077843-75.2021.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. José Joaquim dos Santos, j. 30.04.2021)

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PENHORA DE IMÓVEIS DAS EXECUTADAS, CUJA INDISPONIBILIDADE FOI DETERMINADA EM OUTRO PROCESSO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. DECRETO DE INDISPONIBILIDADE QUE NÃO TORNA O BEM IMPENHORÁVEL OU INSUSCETÍVEL À ULTERIOR EXCUSSÃO. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DO STJ. HIPÓTESE NÃO ELENCADA NO ARTIGO 833 DO CPC. PENHORA QUE BUSCA GARANTIR O CRÉDITO DO EXEQUENTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (AI 2199734-97.2020.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vito Guglielmi, j. 25.09.2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Irresignação em face da decisão que indeferiu o bem indicado à penhora, sob o fundamento de tratar-se de bem inalienável. Cabimento. Bem indisponível em ação trabalhista é passível de constrição. Indisponibilidade dirigida ao proprietário para impedir que se desfaça do patrimônio. Incumbe ao juízo de origem informar ao magistrado da ação trabalhista sobre a penhora efetivada. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido para confirmar a liminar concedida, com observação. (AI 2215921-88.2017.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. James Siano, j. 18.12.2017)

Tampouco o alegado excesso de penhora há de ser reconhecido.

Conforme se extrai do artigo 874, inciso I, do Código de Processo Civil, apenas após a avaliação o juiz poderá reduzir a penhora aos bens suficientes ou transferi-la para outros, se o valor dos bens penhorados for consideravelmente

Acesso ao Sumário

superior ao crédito do exequente e dos acessórios.

Nesse sentido, já decidiu esta 38ª Câmara de Direito Privado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. Executados-avalistas, que assumiram obrigação autônoma e independente. Garantia de natureza pessoal. Aplicabilidade da súmula nº 581 do STJ. Suspensão incabível. Créditos, ademais, provenientes de ACCs, excluídos dos efeitos da recuperação judicial. Suspensão que sequer ocorreu em relação às devedoras principais, devido à extraconcursalidade do crédito. Decisão mantida. EXCESSO DE PENHORA. Impossibilidade de, em cognição sumária, concluir pela suficiência dos bens para assegurar a satisfação do crédito. Necessidade de prévia avaliação dos imóveis e dos veículos. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (AI 2140934-47.2018.8.26.0000, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Fernando Sastre Redondo, j. 03.10.2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PENHORA DE DOIS IMÓVEIS DAS EXECUTADAS - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PENHORA - INOCORRÊNCIA - De fato, o valor originário da execução é de quase R$ 500.000,00. Por outro lado, os imóveis em questão foram adquiridos, pelas executadas, por valor inferior à dívida. Assim, somente prova pericial, produzida em juízo, será capaz de apontar o valor atual dos imóveis, possibilitando-se a aferição do eventual excesso de penhora. Em suma, no presente momento, e com base em prova unilateral, é impossível a constatação de excesso de execução, sendo o caso de se manter as penhoras, ao menos por enquanto. (...) - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. (AI 2163008-95.2018.8.26.0000, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Eduardo Siqueira, j. 11.09.2018)

No caso, a alegação de excesso está fundada em alegações genéricas. O imóvel não foi avaliado e o Agravante não demonstrou a existência de constrição sobre outros bens de valor suficiente.

Ademais, como bem observou a decisão agravada, "*as declarações de indisponibilidade sobre seu imóvel indicam a existência de outras dívidas que podem levar à insuficiência da penhora*" (fl. 471 dos autos de origem).

Por esses fundamentos, a decisão agravada merece ser integralmente mantida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023511-61.2021.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante EDUARDO BASTOS GARCIA VILLELA, é agravado RELOJOARIA RIBEIRO & VALENTIN LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.429)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e ANNA PAULA DIAS DA COSTA.

São Paulo, 30 de agosto de 2021.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: PENHORA - Incidência sobre aluguéis de imóvel - Possibilidade - Alegação de que o imóvel alugado se caracteriza com bem de família, certo que os aluguéis são utilizados para a subsistência do Executado - A despeito da coerente argumentação, não foram trazidos elementos que autorizassem concluir que os aluguéis são revertidos para a subsistência do Executado e de sua família - Decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 303 dos autos de origem, que indeferiu o pedido de reconhecimento de impenhorabilidade dos aluguéis.

Sustenta o Agravante que depende dos recursos penhorados para a sua subsistência. Assevera que, na ação consignatória versando sobre dúvida quanto ao credor, foi reconhecido que ele faz jus aos aluguéis, certo que naquela mesma demanda houve o reconhecimento de que faz jus à gratuidade processual, eis que é estudante, encontra-se desempregado e sua única fonte de renda é o locativo em apreço. Assevera que o imóvel é bem de família, o que o torna impenhorável, assim como os rendimentos dele advindos. Ressalta que não possui qualquer outro imóvel, não tem emprego ou qualquer renda, não possui veículo, é estudante e está doente, tratando de enfermidade psiquiátrica que exige gastos

Acesso ao Sumário

superiores às suas forças. Anota que o bem lhe foi doado por sua avó, sendo o único de sua propriedade. Alega que a ausência de manifestação do Executado em primeiro grau implica em confissão ficta. Acena para a prova cabal de que está desempregado, eis que foi contemplado por auxílio emergencial e os extratos bancários carreados não indicam o ingresso de qualquer outro recurso. Aduz ter sido a ausência de renda que ensejou a concessão da gratuidade no outro feito. Justifica os gastos com consulta médica particular, os quais teriam origem no sacrifício de sua família. Diz que o custeio das consultas vem dos aluguéis, pelo que não conseguiu, com o que recebia do inquilino, custear algumas despesas do imóvel. Relata que até seus pais estão em péssima situação. Pugna pelo provimento do recurso.

Recurso regularmente processado com a atribuição de efeito suspensivo (fls. 19).

Não houve resposta (fls. 22).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Não há dúvida de que é possível a penhora de aluguéis de bem imóvel, nos termos do artigo 867, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, confira-se decisões proferidas por este Tribunal de Justiça:

"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - **PENHORA DE ALUGUÉIS - ALEGADA INCIDÊNCIA SOBRE O ÚNICO FATURAMENTO DA EMPRESA - NÃO COMPROVAÇÃO** - RECURSO IMPROVIDO."

(TJSP; Agravo de Instrumento 2191413-78.2017.8.26.0000; Relator (a): Matheus Fontes; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/11/2017; Data de Registro: 13/11/2017) (g.n.).

"EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - **PENHORA DE ALUGUÉIS E FRUTOS DE IMÓVEIS DE COPROPRIEDADE DO EXECUTADO - ADMISSIBILIDADE DIANTE DAS FRUSTRADAS TENTATIVAS DE ALIENAÇÃO DO BEM PENHORADO** - LIMITAÇÃO DO PERCENTUAL DA NOVA CONSTRIÇÃO QUE DEVE SER DEFERIDA - Extrai-se dos autos que a execução foi iniciada há mais de 20 anos e até o momento não houve satisfação, sendo frustradas as tentativas de alienação do imóvel penhorado - Admissibilidade, na hipótese, de nova constrição sob pena de não satisfação o direito do credor - Penhora sobre aluguéis e frutos dos imóveis de copropriedade do devedor que se afigura adequada ao caso concreto, contudo, inferindo-se que, ao menos, parte de tais rendimentos também seja destinada à subsistência do devedor, à vista do disposto no art. 805, caput do CPC e pelo princípio da razoabilidade, a nova constrição fica

Acesso ao Sumário

limitada a 50% dos aluguéis ou frutos mensais a que tem direito o devedor em relação aos imóveis referidos na decisão agravada - Recurso parcialmente provido."

(TJSP; Agravo de Instrumento 2127453-51.2017.8.26.0000; Relator (a): Luiz Arcuri; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/10/2017; Data de Registro: 25/10/2017) (g.n.).

"PROCESSO CIVIL - Ação ordinária em fase de cumprimento de sentença - **Ordem de penhora de alugueis recebidos pelo devedor - Cabimento - Constrição que atende à ordem preferencial estabelecida no artigo 655, CPC** - Ausência de comprovação de que essas verbas sejam principal fonte de renda do devedor - Impenhorabilidade afastada - Ausência, ademais, de demonstração de que o imóvel indicado basta para garantir a execução - Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2077346-08.2014.8.26.0000; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 23/09/2014; Data de Registro: 23/09/2014) (g.n.).

Na hipótese, o Agravante afirma que os aluguéis são relativos ao seu único imóvel, caracterizado com bem de família, e são destinados à sua subsistência, inclusive porque não possui outra fonte renda, sendo estudante e estando desempregado.

Em que pese a sólida e combativa argumentação formulada pelo Agravante em seu recurso, não é possível acolher sua pretensão em função da ausência de base probatória que permita reconhecer a impenhorabilidade.

Primeiramente, afigura-se necessário expor alguns pontos em relação ao histórico processual.

Trata-se de ação monitória fundada em cheque no valor de R$18.000,00, emitido pelo Agravante sem assegurar os fundos necessários para o respectivo adimplemento. Não houve resistência à pretensão.

Em momento anterior da atual fase de execução, a Exequente, buscando medidas mais enérgicas para a satisfação do seu crédito, demonstrou que o Agravante, em redes sociais, vinha demonstrando um "***perfil público de muita riqueza e ostentação***" (fls. 63, autos de origem).

No âmbito de recurso de agravo de instrumento, a Exequente obteve êxito parcial em relação às medidas almejadas, valendo ressaltar o que dispôs o Acórdão (fls. 106, autos de origem):

"***...há indícios de que o executado ostenta condição financeira abastada de modo a demonstrar o que o valor principal da dívida, no caso, dezoito mil reais (R$ 18.000,00) é plenamente suportável por ele, desde que se disponha a pagar. Contudo, ao que consta, o executado, ora agravado não demonstrou***

nenhum interesse em adimplir o débito que remonta ao ano de 2015, conforme cártula (fls. 13 autos originais). Nesse sentido, mostra-se pertinente a imposição de medidas coercitivas bastantes à satisfação do credor" (TJSP; Agravo de Instrumento 2188670-61.2018.8.26.0000; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 15/02/2019; Data de Registro: 29/01/2019).

Na sucessão de esforços para obter a satisfação da execução, a Exequente logrou identificar duas demandas nas quais figurava o Executado.

Uma das demandas corresponderia a ação de manutenção de posse intentada pelo ora Agravante. A Exequente afirmou que o motivo da ação seria o fato de a avó ter doado um imóvel ao neto (ora Agravante), o qual, entretanto, decidiu alugá-lo, o que teria causado "*revolta na Doadora que agora pretende expulsar o Executado do imóvel*" (fls. 205, autos de origem).

A outra ação se trataria de consignatória relativa à dúvida quanto ao credor, envolvendo a inquilina como Autora e a avó e o neto como Réus.

Assim, a Exequente apurou que havia o valor de R$7.706,40 a ser recebido pelo Executado na ação consignatória, pelo que postulou a penhora no rosto dos autos, além dos aluguéis futuros, ressaltando a impossibilidade de obter a constrição do próprio imóvel, uma vez que não houve registro do instrumento de doação (fls.209, autos de origem).

Foi deferida a penhora no rosto dos autos (fls. 236, autos de origem).

Posteriormente, o Agravante interpôs a impugnação à penhora (fls. 260/264, autos de origem).

Alegou que o imóvel, doado a ele e a seu irmão, se trataria de "***notório BEM DE FAMÍLIA***".

Estaria residindo em imóvel alugado com seus pais, assim como desempregado e doente. Seu único patrimônio seria a quota-parte do bem, servindo os aluguéis para o seu sustento e contribuição nas despesas domésticas.

Afirmou que não apresentava declarações de imposto de renda, pois não possuía patrimônio nem renda.

Acesso ao Sumário

Acenou para o deferimento da gratuidade processual no âmbito da ação consignatória. Seus pais seriam "pessoas humildes", sua mãe estaria desempregada.

Ao ser oportunizada a produção de provas, o Agravante apresentou: extratos indicando o recebimento de auxílio emergencial do Governo Federal (fls. 290/293, autos de origem); relatório médico indicando "episódios depressivos quanto de hipomania e disforia", "instabilidade emocional", "crises de pânico", "irritabilidade", "inquietação motora", "pensamentos suicidas" (fls. 294, autos de origem); recibo da consulta médica, no importe de R$400,00 (fls. 295, autos de origem); relatório de informes desabonadores em cadastros restritivos de cré-

dito (fls. 296, autos de origem).

Dispôs a decisão agravada:

"***...o executado não fez prova de que o valor percebido a título de aluguel é seu único sustento vez que o fato de ter obtido a gratuidade de justiça perante àquele juízo não é suficiente para caracterizar a impenhorabilidade alegada. Além do que, o documento de fls. 295 comprova que efetuou pagamento para médico no valor de R$ 400,00, fato que demonstra que tem outros rendimentos pois caso contrário não poderia arcar com o pagamento de tal consulta médica.***"

Pois bem.

Ressalvado o fato de não ter sido o próprio Agravante quem desembolsou o valor da consulta médica, deve ser mantida a conclusão a que chegou o Juízo de origem sobre a rejeição da impugnação.

Com efeito, a ausência de resposta à impugnação (fls. 284, autos de origem) não pode aqui autorizar a presunção de veracidade do alegado, tendo em vista os elementos já existentes nos autos em sentido contrário.

Por outro lado, a gratuidade processual foi deferida em feito diverso somente com base na declaração de hipossuficiência e na ausência de elementos que afastassem a presunção de veracidade do que foi declarado (fls. 273, autos de origem).

Outrossim, o Agravante alegou estar desempregado, mas não apresentou, como é habitual quando se alega tal fato, cópia da carteira de trabalho. Afirmou não prestar declaração de imposto de renda, porém, não trouxe documentos que sinalizassem nesse sentido.

Cumpre ressaltar que o recebimento de auxílio emergencial, isoladamente, não consiste em fato suficiente para comprovar o caráter alimentar dos aluguéis, tampouco representa prova segura a respeito da ausência de fontes de renda. Não fosse por isso, os extratos apresentados indicam valores e o número de uma "Conta Social Digital", sem identificar o titular.

No mesmo rumo, não ultrapassa o campo da argumentação a suposta situação familiar do Agravante em relação à sua moradia atual, onde residiria mediante pagamento de aluguel, assim como a respeito de seus pais.

Também é de se notar que o Agravante seria "estudante", sem especificações a esse respeito.

Sobre seu estado psiquiátrico, não foram apresentados elementos que pudessem relacionar o fato com a efetiva natureza alimentar dos aluguéis.

Ademais, a dificuldade de localização de bens em nome da parte executada não significa, necessariamente, a ausência de patrimônio, valendo ressaltar que, no caso, havia circunstâncias que se inclinavam à possibilidade de oculta-

Acesso ao Sumário

ção de bens.

Em suma, a despeito da coerente argumentação, não foram trazidos elementos que autorizassem concluir que os aluguéis são revertidos para a subsistência do Executado e de sua família.

A propósito, vale colacionar precedentes deste Egrégio Tribunal:

"(...) Tenha-se em conta que a Corte Superior entende que é possível a penhora sobre renda de aluguéis advindos de imóveis pertencentes ao executado nos casos de ausência de demonstração que os valores auferidos com o aluguel seriam imprescindíveis ao sustento familiar (...)"

(TJSP; Agravo de Instrumento 2004822-66.2021.8.26.0000; Relator (a): Lino Machado; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/02/2021; Data de Registro: 05/02/2021).

"Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Decisão que deferiu rejeitou impugnação à penhora. Inconformismo da executada. Penhora de aluguéis. Alegação de impenhorabilidade fundada em bem de família. Ausente comprovação de que os valores locativos são utilizados para moradia ou subsistência, nos termos da súmula 486 do STJ. Concedidas múltiplas oportunidades à executada para que apresentasse, de forma transparente, sua situação financeira, com consequente comprovação de que a utilização do alegado bem de família atrai a excepcional hipótese protetiva. Ausência de comprovação em tal sentido. Recurso não provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2272136-79.2020.8.26.0000; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/02/2021; Data de Registro: 15/02/2021).

Nesse contexto, mostra-se correto o deferimento proferido em primeiro grau.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0007671-82.2014.8.26.0358, da Comarca de Mirassol, em que é apelante JOSÉ GUILHERME SOTIS SIGNORINI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados MARIA SOLEDAD MARTINEZ PASCUAL DE CARVALHO (ESPÓLIO) e

Acesso ao Sumário

GILBERTO RODRIGUES DE CARVALHO JUNIOR (INVENTARIANTE).

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 42591)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente sem voto), SOARES LEVADA e L. G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 3 de setembro de 2021.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: RECURSO - Apelação - Benefícios da justiça gratuita - Réu representado por procuradora integrante do Convênio da Defensoria Pública com a Ordem dos Advogados - Benefício deferido.

AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C.C. COBRANÇA - Contrato de Prestação de Serviços - Empreitada - Alegação de descumprimento contratual da parte contratada - Ocorrência - Insurgência do apelante descabida - Ausência de comprovação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, inciso II, CPC) - Procedência da ação mantida - Majoração da verba honorária, nos termos do art. 85, §11, do CPC - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de rescisão de contrato c.c. cobrança ajuizada por Maria Soledad Martinez Pascual de Carval (falecida no curso da ação) contra José Guilherme Sotis Signorini, que, pela r. sentença (fls. 254/255), proferida pelo magistrado MARCELO HAGGI ANDREOTTI, cujo relatório se adota, foi julgada procedente para o fim de condenar o requerido ao pagamento das quantias de: a) R$ 84.000,00 (oitenta e quatro mil reais), corresponde ao valor remanescente para o término da construção; b) R$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais) a título de indenização por danos morais, corrigido monetariamente desde a data publicação da r. sentença, acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação; e, c) R$ 10.512,00 (dez mil e quinhentos e doze reais), referente à cláusula penal prevista em contrato, corrigido monetariamente desde o ajuizamento da ação, acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação. E, ante a sucumbência, determinou ao vencido o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Irresignado, apela o recorrido, buscando reforma integral da r. sentença, sob o fundamento de que a autora requereu ampliação da construção civil que estava sendo executada em seu terreno, todavia, sem realizar o complemento dos custos, não deixando mínimo de lucro para a sua sobrevivência. Aduz que jamais evadiu-se do município de Mirassol, uma vez que possui residência e trabalho fixos na cidade de São José do Rio Preto. Ressalta que as ações ajuizadas contra si não prosperaram por ausência de comprovação dos requerentes de inadimplência contratual da sua parte. Alega que o tempo decorrido entre a execução da obra da autora e sua citação no presente feito impediram-no de anexar outros documentos no feito. Assevera que a autora pretende o recebimento de quantia exacerbada a título de dano material, atribuindo uma valorização de 80% ao bem, posto que o imóvel terminado resultaria em uma valorização, em média, de 30%, ou seja, de R$ 31.500,00 (trinta e um mil reais) (*sic*) e não de R$ 84.000,00, bem como que para a finalização da obra necessitar-se-ia apenas de R$ 31.000,00, haja vista a estrutura já entregue. Quanto ao dano moral, alega não prosperar o pedido, haja vista que o cometimento de abuso decorreu da conduta da apelada, haja vista que do total do valor recebido, 90% foi empregado na obra, reservando-se apenas 10% para os seus honorários e despesas de condução para a obra. Ao final, afirma não possuir condições de arcar com as custas e despesas do processo, ressaltando que obteve representação dativa, requerendo a concessão dos benefícios da justiça gratuita. No mérito, pleiteia a improcedência da ação.

Recurso bem processado, acusando resposta (fls. 269/287).

É o relatório.

De início, no que tange ao pedido da concessão dos benefícios da justiça gratuita, defiro-o, ante a ausência de sinais exteriores de riqueza, até mesmo o inadimplemento perante a autora, ressaltando não ter apresentado a parte contrária documentos comprobatórios de situação diversa.

Ademais, o réu está representado por procuradora integrante do convênio firmado com a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil, conforme demonstra a procuração de fl. 199, a evidenciar sua condição de hipossuficiente.

Acesso ao Sumário

No mais, conforme se infere dos autos, a autora (falecida no curso da demanda - fls. 106/123 e 124 - habilitado o herdeiro único Gilberto Rodrigues de Carvalho Júnior) firmou contrato de empreitada com o réu na data de 04.05.2009, objetivando edificar um imóvel que serviria para a residência da família, no qual restou pactuado entre as partes o pagamento pela autora de 06 (seis) parcelas no valor de R$ 17.520,00 (dezessete mil e quinhentos e vinte reais), tendo sido a primeira parcela paga no ato da assinatura do contrato e as demais nos mesmos dias dos meses subsequentes, tendo sido a última adimplida

no mês de setembro de 2009 (fls. 21/22).

Todavia, afirmou a autora na inicial, que mesmo depois de integralmente pagas todas as parcelas, o requerido não finalizou a obra e na tentativa de que houvesse o seu término, entrou em contato diversas vezes com o réu, sem êxito, obtendo como resposta argumentos protelatórios e desculpas com o intuito de transparecer que a execução do contrato transcorria bem, para, depois de muito tempo adiando a concretização da empreitada, abandonar o imóvel, sem devolução de quaisquer quantias, ressaltando que diligenciado a respeito do nome do réu, tomou conhecimento de ações ajuizadas contra ele versando sobre situações idênticas a que ora de discute, e, não vendo alternativa, principalmente diante da construção inacabada, realizou a venda do imóvel por quantia muito abaixo do valor de mercado à época, e ingressou com a presente demanda.

A r. sentença de primeiro grau julgou procedente a ação, contra a qual se insurge o réu, todavia, não merecendo qualquer reparo o deslinde dado ao presente feito.

Isto porque, a autora logrou comprovar o descumprimento pelo réu do contrato de empreitada firmado, para a construção de uma residência, localizada no lote 04 da quadra 10, Jardim Santa Rita, na cidade de Mirassol-SP, totalizando áreas de 144,99 m2, no qual estava previsto o período para execução de 180 dias (+ carência de 45 dias), incluindo o fornecimento de todos os serviços de mão de obra referentes e de todo o material (lavatórios, torneiras, assentamento de piso porcelanato polido, reboco com argamassa, batentes das portas, portas, pia de granito com cuba, tanque de louça etc), inclusive despesas com fretes, conforme se depreende das cláusulas contratuais (fls. 16/20).

As fotos de fls. 29 a 37 e mídia (diálogo entre o filho da autora e o réu captado por meio de dispositivo móvel) de fls. 240 juntadas, cujos trechos desta constam transcritos nas contrarrazões (fls. 217/223), evidenciam, indubitavelmente o descumprimento do contrato, em grande parte, pelo réu.

O réu, por sua vez, não logrou comprovar minimamente qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, sequer a tese apresentada, de que houve solicitação de ampliação da obra - de 144,99 m^2 para 148 m^2 - gerando acréscimo de despesas e que diante do não pagamento pela autora paralisou a obra.

Acrescente-se que a autora, juntamente com a inicial, juntou "memorial descritivo" acerca dos valores que seriam necessários para o término da obra, em consonância com as obras e materiais previstos no contrato firmado entre as partes, totalizando na quantia de R$ 84.000,00 (oitenta e quatro mil reais), conforme se vê à fl. 27, não logrando o réu impugná-lo eficazmente, porquanto sequer apresentou qualquer cálculo especificado nos serviços prestados, restando patente o dano material sofrido pela autora.

Acesso ao Sumário

Cabe ressaltar que no contrato firmado entre as partes restou expressamente acordado a entrega do imóvel com tubulação elétrica, gás canalizado, instalação hidráulica, lavatórios, bacias dos banheiros, torneiras, pia de granito com tanque de louça, batentes de portas, cobertura com telhas, madeiramento da cobertura, beirais de lajes pré-moldada na casa toda, assentamento de piso tipo porcelanato polido, rejuntamento dos pisos, portas encabeçadas e envernizadas, pintura etc, ou seja, faltaria apenas, por parte da contratante, colocar os seus bens móveis e objetos pessoais para a moradia. No entanto, tal como asseverado na r. sentença: "*no caso, o que o réu fez foi, unicamente, levantar a estrutura da obra, parte menos custosa e abandonar a mesma; enquanto precedia ao levantamento aparente, a autora originária, idosa, passou a desembolsar os valores na ilusão do regular andamento da empreitada.*" (fl. 255)

E, cabe registrar, que em uma das ações judiciais propostas contra o réu - Processo sob nº 1001656-08.2014.8.26.0576 (fls. 57/62) - de mesma natureza, houve acordo entre as partes, conforme consulta realizada no e-SAJ do TJSP "*13/11/2014 'Homologada a Transação de Acordo por Juiz, em Audiência - Sentença Completa'*".

O dano moral, no caso, é facilmente perceptível, pois dúvida não há que, em razão do ocorrido, a autora viu-se numa situação, no mínimo, incômoda, assim cabível a pleiteada indenização por danos morais.

Consigne-se que, não obstante serem os direitos da personalidade intransmissíveis, o direito à indenização por danos morais ostenta conteúdo patrimonial e, portanto, é transmissível aos sucessores do "de cujus", conforme o disposto no artigo 943, do Código Civil: "O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança."

A propósito, dispõe a Súmula nº 642 do C. STJ: "O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória".

Por fim, no que diz respeito ao "*quantum*" indenizatório, é cediço que o ressarcimento do dano moral há de ser arbitrado com moderação, devendo-se levar em conta a gravidade e a repercussão da ofensa, a posição social do ofendido e a situação econômica do ofensor. Outrossim, não se pode perder de vista que o ofensor deve ser penalizado, mas também não se admite que o pretendido ressarcimento seja fonte de lucro para o ofendido.

Assim, diante das circunstâncias fáticas que nortearam o caso presente, pelos transtornos causados à autora, entendo deva ser mantida a indenização por dano moral em R$8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), montante este que está em consonância com a atual jurisprudência a respeito da matéria aqui tratada, porque a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar

Acesso ao Sumário

tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado.

Por último, mantém-se a imposição da cláusula penal, ante o descumprimento contratual do requerido, nos termos da r. sentença recorrida.

E, assim decidindo, não há o que se falar em ofensa a nenhum dos dispositivos de lei citados pelo apelante, servindo a assertiva até para propósitos de prequestionamento.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, ficando mantida a r. sentença, ficando majorada a verba honorária para 12% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006427-27.2015.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é apelante DANILO DA SILVA CASTILHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE SANTA BÁRBARA D'OESTE DAE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.341)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente) e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Prestação de serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto. Ação de declaratória de inexigibilidade de débito. Prova pericial, produzida pelo INMETRO, reconhecido e prestigiado órgão público, que atesta medição inferior ao fluído que transpassava o hidrômetro, sem prejuízo ao consumidor. Diante da laudo técnico produzido por profissional da confiança do juízo, competia ao autor trazer aos autos elementos hábeis a corroborar a sua arguição de falha na prestação do serviço, ônus do qual não se desincumbiu. Sentença mantida com fundamento no art. 252 do Regimento

Acesso ao Sumário

Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 244/246, cujo relatório se adota, julgou o pedido improcedente, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios no valor de R$1.045,99, corrigido monetariamente a partir da data do julgado e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir do inadimplemento, com a ressalva do art. 98, §3º, do CPC.

Apela o autor (fls. 248/252). Alega que a sua conta de água, no mês de março de 2015, foi emitida no valor de R$2.780,40 (244 m^3, apesar do seu consumo médio mensal nunca ter ultrapassado R$50,00 (5 m^3)). Anota que residia apenas com sua esposa no imóvel e, em razão do trabalho exercido por ambos, retornavam ao bem somente às 18 horas. Acrescenta que é evidente a falha no hidrômetro, pois não havia vazamento no local. Sustenta que todos os seus quesitos foram considerados prejudicados, inviabilizando a produção de provas. Entende que o INMETRO não analisou o contexto que envolve a ação judicial. Aduz ser estranho o preposto do apelado não ter verificado que o lacre do hidrômetro estava quebrado, apesar de ter comparecido diversas vezes ao imóvel. Defende que Lei Municipal nº 2.567/2001, vigente à época dos fatos, estabelece que o apelado não pode cobrar valor que exceder a média dos últimos seis meses resultante de comprovado vazamento. Ressalta que, ainda que não constatado vazamento, deveria o apelado verificar se o problema é no hidrômetro, o que não foi feito. Argumenta que a cobrança é indevida, competindo ao apelado a prova de que forneceu a excessiva quantidade de água e de que o hidrômetro não contém defeitos. Salienta que o consumidor só é obrigado a pagar por aquilo que efetivamente consumiu. Reforça a ausência de vazamento no local. Destaca que a manutenção do equipamento é responsabilidade do apelado. Sob tais fundamentos, requer a reforma da r. sentença.

Recurso contrariado (fls. 225/261).

É o relatório.

Cuida-se de ação por meio da qual o autor almeja a declaração de inexigibilidade do débito no valor de R$2.780,40, referente à sua conta de água do mês de março de 2015, por não corresponder à realidade do seu consumo médio mensal.

O pedido foi julgado improcedente aos seguintes fundamentos:

> "Alega o autor ter sido indevidamente cobrado pelos serviços de água e esgoto no local em que residia como locatário, haja vista constar consumo muito superior se comparado à dos outros meses. Afirmou ter ocorrido falha no hidrômetro e, consequentemente, falha na prestação de serviços da empresa ré.

Acesso ao Sumário

Ocorre que realizado Laudo Pericial no hidrômetro do imóvel, o qual o autor alega estar defeituoso, o Sr. Perito concluiu: O hidrômetro foi testado conforme determina a Norma NIE Nº017 de julho de 2014 Revisão 03 e Portaria INMETRO Nº246/2000, não tendo sido aprovado conforme o Item 8.5 - letras "a" e "b" da Portaria INMETRO Nº246/2000, por apresentar, de acordo com a tabela de vazões acima, erro superior ao máximo admissível nas seguintes faixas de vazão [...] estando assim o hidrômetro, medindo a menos do que o fluido que o transpassava, ou seja, sem prejuízo ao consumidor. Por sua vez o hidrômetro dentro das condições de vazão: nominal (-4,6%) e máxima (-3,8%), apresentou regularidade de medição dentro da faixa de erro máximo admissível." (fl. 185) (grifei).

Assim, constata-se do Laudo Pericial produzido em Juízo que o hidrômetro objeto da lide encontra-se regular dentro da faixa de erro máximo admissível, ou seja, o aparelho está medindo a menos do que o fluido que realmente o transpassava, não havendo prejuízo ao autor.

Ademais, conforme documentos de fls. 67 e 68, nas datas de 23/03/2015 e 01/04/2015 foram realizadas vistorias pelos fiscais da autarquia ré e não foi constatado vazamento externo no imóvel.

Deste modo, o autor não logrou êxito em comprovar que está sendo cobrado indevidamente por serviço que não consumiu em decorrência de falha na prestação de serviço da autarquia ré.

Assim, desnecessárias maiores digressões, improcedente o pedido".

A r. sentença deve ser confirmada por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento*".

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*".[1]

Corretamente, foi reconhecido na origem que não houve falha na prestação de serviços, uma vez que, segundo a perícia realizada no hidrômetro pelo INMETRO, reconhecido e prestigiado órgão público, o equipamento, embora reprovado, estava "*medindo a menos do que o fluído que o transpassava, ou seja, sem prejuízo ao consumidor*" (fls. 185).

Acesso ao Sumário

1 REsp 662.272/RS, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 04.09.2007; REsp 641.963/ES, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 21.11.2005; REsp 592.092/AL, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 17.12.2004 e REsp 265.534/DF, 4ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 01.12.2003.

Cumpre anotar, por oportuno, que, em resposta ao quesito da parte, o perito oficial ressaltou que "*medidor de água ou hidrômetro é um instrumento destinado a medir água, e não ar em uma tubulação completamente preenchida por água*" (fls. 216).

Nesse contexto, diante da conclusão exarada no laudo técnico, produzido por profissional da confiança do juízo, equidistante das partes, competia ao autor coligir aos autos elementos hábeis a respaldar a sua arguição de que não houve consumo superior à sua média no mês de março de 2015 ou possível vazamento interno, que desobriga a prestadora do serviço de revisar o valor que apurou. Contudo, desse ônus ele não se desincumbiu. Aliás, devidamente intimado, o autor deixou de indicar, tempestivamente, as testemunhas que seriam hábeis a corroborar a sua pretensão e alterar o desfecho dado ao caso, dando ensejo ao encerramento da instrução processual (fls. 235 e 236).

Correta, portanto, a r. sentença, que está de acordo com os elementos reunidos nos autos e o direito aplicável à espécie, devendo ser mantida em sua integralidade.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Com fundamento no art. 85, §11, da CPC, elevo os honorários advocatícios, arbitrados em favor do patrono da ré, para R$1.300,00, com a ressalva da suspensão da exigibilidade da verba, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita (fls. 35).

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2199882-74.2021.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é agravante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é agravado FLORIANO NOBUO MIYAOKA.

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 27030jv)**

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

São Paulo, 10 de setembro de 2021.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento - Ação de obrigação de fazer - Inconformismo em relação ao deferimento da tutela de urgência visando o cancelamento de hipoteca na matrícula do imóvel - Discussão que se limita à existência dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela do art. 300 do CPC que, no caso concreto, estão presentes - Autor que pretende o cancelamento da hipoteca firmada entre a vendedora e o Banco Santander, sendo certo que o imóvel foi pago - Prima facie se vislumbra o direito do autor em levantar a hipoteca a teor da Súmula n. 308, do STJ que dispõe que 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 - Risco de dano demonstrado pelo impedimento do livre exercício do direito à propriedade do autor - Reversibilidade da medida - Multa pelo descumprimento que é devida e fica mantida - Valor e prazo bem dosados para a medida - Decisão mantida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada nas págs. 43 dos autos de origem que, em ação de obrigação de fazer, deferiu o pedido de antecipação de tutela determinando aos requeridos que no prazo de 15 dias providenciem a baixa do gravame sobre o imóvel de matrícula nº 73.329, sob pena de multa diária, de R$ 1.000,00.

Inconformado, o agravante pugna pela atribuição do efeito ativo da decisão e, ao final, a sua reforma para que seja revogada a tutela antecipada.

Alega, em síntese, impossibilidade de levantamento da hipoteca, que lhe foi dada em garantia pela incorporadora.

Também se insurge em relação ao prazo para cumprimento e o valor da multa, pleiteando seu cancelamento, ampliação do prazo ou redução do valor.

Processo recebido por esta Câmara, sem atribuição do efeito suspensivo pretendido.

É o relatório.

Floriano Nobuo Miyaoka ingressou com ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada em face de **Banco Santander (Brasil) S/A** para que o requerido proceda à baixa da hipoteca sobre a escritura nº 73.739 do 2º CRI local.

Acesso ao Sumário

Relatou que em 13/09/2017 celebrou com a empresa MANARA SPE 11 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de Unidade Autônoma e Outros Pactos, para aquisição do apartamento 153, do Edifício Charme, vagas de garagem n°s 402, 403 e 404 e armários 41 e 42, do Condomínio Poeme Residence.

Mesmo após a quitação, a hipoteca lançada na matrícula do imóvel não foi levantada, impossibilitando o seu livre exercício da propriedade.

Pleiteou a antecipação de tutela para levantamento do gravame.

Ante o deferimento agrava o Banco Santander, alegando, em síntese, que a hipoteca foi instituída de forma regular e que seu levantamento irá prejudicar seu direito pois esta visa garantir o contrato firmado de financiamento firmado com a construtora.

No mais, pede o cancelamento da multa, porque indevida ou sua redução e alargamento do prazo para cumprimento.

O caso é de se negar provimento ao recurso.

Primeiramente, cumpre salientar que o presente agravo apenas analisa a correção da decisão que concedeu a antecipação da tutela, não se adentrando nas questões de mérito ventiladas pelo agravante.

Neste sentido a concessão da tutela deve obedecer ao disposto no art. 300 do CPC que afirma 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...*".

A respeito desses requisitos, LUIZ FUX, na Obra "Tutela Antecipada", comenta às págs. 105 que:

> "*O artigo 273, com sua nova redação, permite a tutela antecipada toda vez que a prova inequívoca convença o Juízo da verossimilhança (aproximação da verdade) da alegação de que o direito objeto do 'judicium' submete-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Ambos os conceitos devem ser analisados à luz da pretensão de direito material e do princípio da especificidade, segundo o qual o ordenamento deve dar ao credor aquilo que ele obteria se a conduta devida fosse voluntariamente cumprida pelo devedor. Em prol do prestígio do Judiciário, como atuante substitutivo do comportamento devido pelas partes, deve mesmo evitar que o credor sinta os efeitos do inadimplemento, aqui considerado como 'lesão' ingênere do direito do autor.*"

Lembrando que o art. 273 do CPC de 1973 equivale ao art. 300 do novo CPC e a verossimilhança se traduz probabilidade do direito.

No caso concreto, presente a probabilidade do direito.

Depreende-se dos autos que o agravado firmou compromissos de compra

Acesso ao Sumário

e venda de imóvel e já quitou o preço, fato incontroverso.

A hipoteca que recai sobre o imóvel é fruto da garantia dada pela construtora ao Banco Santander.

O autor trouxe documentos que corroboram suas alegações em sede de cognição sumária, em especial o de pág. 26 dos autos de origem que indica a quitação da unidade habitacional adquirida, em 13/11/2019, e a matrícula do imóvel onde ainda consta o gravame. A própria agravante não refuta tal informação.

A probabilidade do direito decorre do fato de que a discussão travada nos autos se amoldar, em cognição não exauriente, ao entendimento consolidado pela Súmula n. 308, do STJ: *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*.

Assim, indiscutível o levantamento da hipoteca.

Neste sentido, acórdão desta relatoria:

> Agravo de instrumento - Ação declaratória c.c. adjudicatória - Inconformismo em relação ao indeferimento da tutela de urgência visando a averbação da existência da ação na matrícula do imóvel - Discussão que se limita à existência dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela do art. 300 do CPC que, no caso concreto, estão presentes - Autores que pretendem o cancelamento da hipoteca firmada entre a vendedora e o banco do Brasil, sendo certo que o imóvel foi pago a vista e os autores receberam as chaves em 16/01/2016 - *Prima facie* se vislumbra o direito dos autores em levantar a hipoteca que a teor da Súmula n. 308, do STJ *não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel* - Risco de dano demonstrado ante novas restrições nos imóveis em nome da construtora, impedindo o livre exercício do direito à propriedade dos autores - Decisão reformada - Recurso provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 2125401-48.2018.8.26.0000

Por outro lado, a presença do risco de dano irreparável ou de difícil reparação consiste na permanência da hipoteca o que impede aos proprietários o pleno gozo dos direitos inerentes à propriedade impedindo inclusive a alienação do bem.

Por fim, a medida é reversível sendo possível a nova averbação.

Quanto a multa, fica mantida.

A multa é da essência do cumprimento da obrigação de fazer, justa sanção para quem não cumprir o preceito.

A ordem judicial é para ser obedecida e não ladeada.

Desta forma, se atendê-la, nada terá a ré a temer.

Acesso ao Sumário

Quanto ao valor fica mantido já que não se apresenta exorbitante, ainda mais quando se comparada à pujança do Banco réu e ao valor do imóvel envolvido, valendo ressaltar que o prazo não é exíguo para a tomada de providencias.

Vale ainda ressaltar que poderá, a qualquer tempo ser modificada se verificada a sua ineficácia ou se gerar enriquecimento ilícito.

Assim, presentes os elementos autorizadores da concessão da tutela, de rigor o seu deferimento, devendo a decisão de primeira instancia ser mantida.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2200979-12.2021.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante VERENA DE MENEZES SOMAVILLA, é agravado ASSOCIAÇÃO UNIFICADA PAULISTA DE ENSINO RENOVADO OBJETIVO ASSUPERO.

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 28.203)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), CLAUDIO HAMILTON e CARMEN LUCIA DA SILVA.

São Paulo, 16 de setembro de 2021.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - JUSTIÇA GRATUITA - Questão pendente de apreciação em Primeiro Grau - Concessão especificamente para interposição deste recurso - Art. 98, §5º do CPC - TUTELA DE URGÊNCIA - REDUÇÃO DA MENSALIDADE - PROBABILIDADE DO DIREITO - A alteração nas condições financeiras de uma das partes do contrato, ainda que em decorrência de evento imprevisível, não importa em automática diminuição do valor da contraprestação avençada - Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão (art. 317) ao caso dos autos - Alteração subjetiva do contrato que não importa necessa-

Acesso ao Sumário

riamente desproporcionalidade no valor do cobrado a título de mensalidade - Eventual depreciação no valor da contraprestação, tendo em vista a crise econômica e alteração temporária da modalidade de ensino de presencial para telepresencial, que deverá ser demonstrada em dilação probatória ou, ao menos, após oitiva da parte contrária - Onerosidade excessiva do adimplemento contratual que não importa, necessariamente, vantagem desproporcional à Instituição de Ensino Superior - Crise econômica decorrente da pandemia que é generalizada e atinge também a agravada - Eventual demonstração de vantagem excessiva à agravada que dependerá do efetivo contraditório - PERIGO DE DANO - Não demonstrado - Alegação desprovida de qualquer elemento de prova acerca da possibilidade de inadimplemento das mensalidades - COMPOSIÇÃO AMIGÁVEL - A composição de interesses amigável e extrajudicial é a melhor solução vislumbrada por este Órgão Jurisdicional, tendo em vista que imprescindível para evitar a resolução do contrato de prestação de serviços educacionais - Negado provimento.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **VERENA DE MENEZES SOMAVILLA** nos autos da ação de obrigação de fazer que move contra **UNIVERSIDADE PAULISTA - UNIP**, objetivando a reforma da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, Dr. Paulo Cícero Augusto Pereira, que indeferiu a tutela de urgência pleiteada.

Sustenta a agravante que teria ocorrido deterioração de sua situação financeira em razão da pandemia, além do fato de que a prestação de serviço teria sido modificada pela parte ré. Afirma que os cursos EAD seriam mais baratos, uma vez que as despesas da instituição de ensino são significativamente reduzidas. Pleiteia, pois, a reforma da decisão recorrida para que seja liminarmente reduzida a mensalidade do curso que frequenta para percentual não inferior a 50% desde 16.03.2020.

Recurso tempestivo, acompanhado de documentos, foi recebido sem o pleiteado efeito ativo.

Dispensada a contraminuta, os autos foram encaminhados a julgamento.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Inicialmente, tendo em vista que o pedido de justiça gratuita formulado pela agravante encontra-se pendente de deliberação pelo Juízo de Origem após a apresentação de documentação complementar, concedo a gratuidade especificamente para a interposição do presente recurso, nos termos do art. 98, §5º do CPC.

Quanto à tutela de urgência pleiteada, entendo que esta não pode ser concedida em cognição superficial da matéria, sendo imprescindível, ao menos, a oitiva da parte contrária e a garantia do efetivo contraditório.

Isso porque o artigo 317 do Código Civil é expresso ao prever que: "*Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação*".

Ocorre que, em cognição superficial, a requerente não conseguiu demonstrar que teria havido desproporção manifesta entre o valor da prestação e o do momento de sua execução. Em verdade, a agravante sequer demonstra a sua incapacidade financeira de arcar com o valor regular das mensalidades, o que impede a verificação de eventual desproporção do valor inicialmente avençado e daquele que atualmente deve ser atribuído ao pagamento dos serviços educacionais prestados pela agravada.

Ainda que a pandemia da COVID-19 seja um fato notório, os prejuízos financeiros advindos com as restrições econômicas impostas pela pandemia não o são, demandando que a parte comprove efetivamente suas alegações neste sentido. Portanto, para que se justifique a alteração buscada no valor cobrado pelos serviços educacionais - quanto mais no importe de 50% - exige-se dilação probatória ou, ao menos, a garantia do efetivo contraditório à parte contrária.

Tendo em vista as mudanças no cenário econômico com a pandemia, além do fato de que a prestação do serviço foi alterada temporariamente da modalidade presencial para o ensino à distância, não é sem razão cogitar que, de fato, possa ter havido depreciação no valor cobrado a título de mensalidade. Contudo, a verificação desta hipótese depende da regular instrução do feito e do aperfeiçoamento do contraditório.

Ainda, tampouco vislumbro hipótese de aplicação liminar dos artigos 478 e seguintes do Código Civil:

> *Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.*

Acesso ao Sumário

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

De acordo com a dicção dos artigos supramencionados, a onerosidade excessiva de uma parte deve causar extrema vantagem para a outra. Contudo, os efeitos deletérios da pandemia afetam sobremaneira o ambiente econômico para ambas as partes do contrato, de modo que a composição extrajudicial e amigável de interesses se aperfeiçoa como a melhor medida para enfrentar este grave momento de crise.

Ninguém melhor do que as partes envolvidas na contenda para chegar a um ponto comum que, ao mesmo tempo, preserve a continuidade do contrato e não leve à ruína econômica nenhum dos polos da relação negocial. Ocorre que, ao menos em cognição superficial, a agravante não conseguira demonstrar situação de vantagem excessiva para a parte contrária.

Como bem previsto pelo legislador civil, poderá o réu oferecer-se a modificar equitativamente o contrato para evitar a sua resolução. Contudo, não pode o órgão jurisdicional, ao menos neste momento processual (antes mesmo da oitiva da parte contrária e em cognição superficial), presumir vantagem excessiva da outra parte, tampouco infligir uma redução de 50% da contraprestação devida pela prestação de seus serviços em uma situação de crise econômica generalizada.

Ressalto ainda que o pedido liminar poderá ser renovado após o contraditório, tendo em vista seu caráter precário e de urgência, se a agravante reunir, *a posteriori*, novos fundamentos e/ou documentos.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento 2157498- 96.2021.8.26.0000, da Comarca Tanabi, em que é Agravante: Banco Bradesco S/A Agravado: Joseli Francieli Souza Brunhara Me.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4097)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de agosto de 2021.
BENEDITO ANTONIO OKUNO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Inércia da executada quanto ao pagamento da dívida. Ausência de indicação de bens à penhora. Tentativas frustradas de localização de bens para a satisfação do crédito. Pedido de consulta ao sistema SINARM, bem como de expedição de ofício à Delegacia da Polícia Federal, objetivando localização e futuro pleito de constrição de armas de fogo. Insurgência do exequente. Medida atípica - observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Providência que não resultaria na satisfação da execução. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão de fl. 137 dos autos de origem, que dispôs:

> "Vistos. Petição de fls. 124-127: Indefiro o pedido, pois em que pese as alegações do exequente, não se mostra viável a eventual penhora de arma de fogo, vez que se exige registro, controle e autorização pessoal para tanto perante a Polícia Federal, sendo ainda inviável falar-se em eventual adjudicação ou leilão de arma de fogo para terceiros. Assim, aguarde-se como determinado na decisão de fl. 121. Intime-se."

Alega o agravante que a execução se realiza no interesse do credor, conforme inteligência do artigo 797, do Código de Processo Civil, de forma que devem ser disponibilizados a ele meios concretos e eficazes para a satisfação de seu crédito. Ressalta a impossibilidade da pesquisa concernente pelo cidadão comum.

Requer seja deferida a consulta ao sistema SINARM, bem como a expedição de ofício à Delegacia da Polícia Federal, objetivando localização e futuro pleito de constrição de armas de fogo de propriedade do Executado.

Diante da ausência de representação nos autos de origem, dispensa-se a intimação da agravada.

É o relatório**.**

O recurso é tempestivo e houve recolhimento do preparo (fl. 09).

Após tentativas frustradas de localizar bens suficientes da executada para satisfazer seu crédito, restou o pedido de medida atípica como garantia, já refe-

Acesso ao Sumário

rida no relatório.

O douto Magistrado indeferiu o pedido, pois "não se mostra viável a eventual penhora de arma de fogo, vez que se exige registro, controle e autorização pessoal para tanto perante a Polícia Federal, sendo ainda inviável falar-se em eventual adjudicação ou leilão de arma de fogo para terceiros".

O processo de execução deve atender ao propósito de garantir ao credor o adimplemento da dívida observando-se os princípios constitucionais referentes ao procedimento.

De acordo com o art. 139, IV do CPC, ao Juiz compete: "IV determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

Por outro lado, o artigo 8º do CPC dispõe que "o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência".

Ora, as determinações buscadas ultrapassam os limites da proporcionalidade e razoabilidade, porquanto ausente qualquer indício de que a devedora possui arma de fogo, muito menos de que esta seria minimamente suficiente para a satisfação da dívida.

Frise-se, não foram localizados bens penhoráveis na residência da executada, que mora em imóvel da sua genitora, inexistindo indícios mínimos capazes de evidenciar que ela seja proprietária de armas de fogo.

Cabe ao magistrado indeferir a realização de diligências inúteis (art. 370, parágrafo único, do CPC), como a requerida no presente caso, vez que o conjunto probatório evidencia com clareza a absoluta incompatibilidade da situação financeira da executada com a suposta propriedade de armas de fogo. Ressaltem-se, a respeito, os bloqueios e as tentativas de identificação de bens penhoráveis infrutíferos.

Nesse sentido:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - INSURGÊNCIA EM FACE DE DECISÃO PELA QUAL FOI INDEFERIDO O PLEITO DO AGRAVANTE DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS AO SINARM E À POLÍCIA FEDERAL PARA PESQUISA DA EXISTÊNCIA DE ARMAS DE FOGO DE PROPRIEDADE DOS AGRAVADOS - HIPÓTESE DE MANUTENÇÃO DA DECISÃO COMBATIDA - cabimento das buscas de bens por meio dos sistemas colocados à disposição do Poder Judiciário que está jungida à demonstração, ao menos indiciária, de que haverá proveito da medida pleiteada - expedição indiscriminada de ofícios que implica encargo adicional demasiado para a serventia judicial e para as entidades destinatárias na busca do agravan-

Acesso ao Sumário

te por bens, o que não se justifica - postulado da satisfação da execução que deve ser interpretado com ressalvas - existência de indícios fortes acerca da inutilidade da medida - caso dos autos em que não há mínima evidência de que os agravados, comerciários, tenham armas de fogo registradas em seus nomes - sem maiores elementos esclarecedores a respeito, a expedição dos ofícios é anódina em sua raiz e somente contribuiria para o indevido retardamento da marcha processual - decisão de 1º grau mantida - agravo desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2094534-67.2021.8.26.0000; Relator (a): Castro Figliolia; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 2ª Vara; Data do Julgamento: 08/06/2021; Data de Registro: 08/06/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Decisão recorrida que indeferiu o pedido de expedição de ofício à Polícia Federal a fim de verificar a existência de armas de fogo registradas em nome da executada - Esgotamento das tentativas de localização de bens penhoráveis - Certidão de oficial de justiça que aponta que a executada não possui bens penhoráveis em sua residência - Devedora aposentada, isenta do imposto de renda e que não possui qualquer aplicação financeira ou bens registrados em seu nome - Ausência de indícios mínimos capazes de evidenciar que ela seja proprietária de armas de fogo - RECURSO IMPROVIDO." (TJSP; Agravo de Instrumento 2121707-66.2021.8.26.0000; Relator (a): Luis Fernando Nishi; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cardoso - Vara Única; Data do Julgamento: 23/06/2021; Data de Registro: 23/06/2021).

Portanto, a r. decisão agravada, deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2199926-93.2021.8.26.0000, da Comarca de Ilha Solteira, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, é agravado DAIANE DE SOUZA GALAMBA ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.061)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente sem voto), PENNA MACHADO e LAVÍNIO DONIZETTI

PASCHOALÃO.

São Paulo, 14 de setembro de 2021.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de cédula de crédito bancário. Diligência de pesquisa patrimonial com vistas à penhora de armas de fogo. Inadmissibilidade. Integridade do sistema de justiça. Subordinação dos interesses do credor ao interesse social. Razoabilidade e proporcionalidade. Privacidade da executada. Ineficiência e inefetividade da medida. Arts. 1º e 8º do CPC. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

O presente agravo de instrumento foi tirado da seguinte decisão interlocutória proferida em processo de execução de título executivo judicial cujo demandado não integrou a lide:

Fls. 165/167: indefiro pedido de busca da existência de arma de fogo em nome das executadas.

Por primeiro, tratam-se de executadas empresárias, não havendo qualquer indicativo de que poderiam ter armas e munições em seu poder, quanto ao mais, armamento valioso para atender ao pagamento do débito.

Além disso, o pedido é despropositado, haja vista que o registro de armas de fogo perante o Sinarm e a Polícia Federal não serve para atender a execuções cíveis, mas sim ao controle dos órgãos de segurança pública sobre a localização e entrada de armamento no país.

Por fim, tal pedido ainda é irrazoável, pois fere em demasia a esfera privada das executadas, sem contrapartida satisfatória à execução do débito, e porque já existem diversos outros mecanismos mais adequados e eficazes à busca de valores, como Sisbajud, Renajud, Infojud, Serasajud, afora outros mecanismos privados e lícitos que a exequente enquanto instituição financeira de grande porte pode utilizar para perseguir a dívida.

O banco agravante insiste no deferimento da diligência, para o que argumenta com a penhorabilidade do bem e com a necessidade da diligência pela via judicial.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Inexiste impedimento ao conhecimento do recurso.

Não se discute que as coisas postas em comércio são suscetíveis de penhora, o que inclusive já foi decidido pelo C. STJ no REsp 1866148/RS.

Mas, pondera-se que a penhora e a arrematação de armas de fogo constituem fatos processuais de duvidosa aceitação pela comunidade, pois agora, pensará o homem médio, compra-se revólveres no balcão do fórum, e fator de corrupção do sistema de justiça, ao que basta considerar a possibilidade de (re) introdução de armas ilícitas e instrumentos de crime em circulação, tanto mais pela facilidade de simulação de inadimplemento contratual e de um clique num leilão eletrônico.

Se o processo é um meio ético de composição de litígios, é razoável considerar que a comercialização judicial de armas de fogo é meio de prestação da tutela jurisdicional de duvidosa legitimidade à luz do imperativo de integridade do sistema de justiça.

Não é ocioso registrar os valores e normais fundamentais constitucionais de observância cogente conforme a disposição do art. 1º do CPC: a soberania, que só ao Poder Executivo cabe restringir mediante outorga do monopólio da força; direito de segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos; sistema financeiro serviente ao interesse coletivo; bem estar como objetivo da ordem social.

Como não é ocioso gizar que, nos termos do art. 8º do CPC, ao *aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

Proporcionalidade e razoabilidade não são atendidas com a realização de diligência de investigação patrimonial orientada a uma finalidade inadequada à luz do interesse social pelo que antes foi dito, e ainda inobservadas à luz do direito individual da cidadã devedora de ver preservada a sua intimidade do olhar curioso daqueles a que possa interessar saber se possuidora de arma de fogo no recato do lar, havendo ainda quem legitimamente tenha crença no poder suasório destes instrumentos, ou queira mensurá-lo na pequena Ilha Solteira.

Cidadã devedora que é titular da microempresa coexecutada, e a respeito da qual absolutamente nada permite concluir seja proprietária de armas de fogo, o que de um lado corrobora a inadequação da medida controvertida, e, de outro, o caráter imoderado da pretensão bancária de satisfação do seu crédito.

Em resumo, a pretensão recursal se faz mediante a requisição de meios que a integridade do sistema de justiça não permite colocar à disposição do exequente para a satisfação do crédito, pois pari passu com o princípio de res-

Acesso ao Sumário

ponsabilidade patrimonial inerente ao processo executivo está a exigência de integridade judicial e o direito de privacidade da cidadã executada.

De outra parte, a providência alvitrada pelo banco exequente é de difícil assimilação à luz da exigência da eficiência e da efetividade judicial.

O crédito em execução é superior a R$ 133.000,00 e não se compreende no que o acervo armamentista legalmente permitido à cidadã devedora possa contribuir para a satisfação da execução.

Nesta linha de entendimento decidiu recentemente esta 14ª Câmara de Direito Privado:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Inércia da executada quanto ao pagamento da dívida. Ausência de indicação de bens à penhora. Tentativas frustradas de localização de bens para a satisfação do crédito. Pedido de consulta ao sistema SINARM, bem como de expedição de ofício à Delegacia da Polícia Federal, objetivando localização e futuro pleito de constrição de armas de fogo. Insurgência do exequente. Medida atípica - observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Providência que não resultaria na satisfação da execução. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *(TJSP; Agravo de Instrumento 2157498- 96.2021.8.26.0000; Relator (a): Benedito Antonio Okuno; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tanabi - 1ª Vara; Data do Julgamento: 02/08/2021; Data de Registro: 02/08/2021)*

Assim, e com tais considerações em acréscimos aos fundamentos da decisão interlocutória agravada, que ficam acrescidos nos termos do art. 252 do RITJSP, tenho que a pretensão recursal não merece acolhida.

Voto pelo improvimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2139873-49.2021.8.26.0000, da Comarca de Itatiba, em que é agravante COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU, são agravados ROBERTO LUIZ MAGON e MARIA APARECIDA MOTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 79352)**

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

São Paulo, 21 de setembro de 2021.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO POR UM ANO. DECISÃO REFORMADA. DESCABIMENTO DA MEDIDA NA ESPÉCIE. DETERMINADO O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. RECURSO PROVIDO.

VOTO

É agravo de instrumento contra a decisão a fls. 96 dos autos principais que, em fase de cumprimento de sentença de acordo judicial homologado, determinou a suspensão da execução por um ano.

Alega a agravante que a decisão não pode subsistir, pois é descabida a suspensão. Sustenta que o acordo judicial homologado prevê que, em caso de inadimplemento, o contrato será rescindido e o imóvel retomado. Argumenta que, na espécie, não há necessidade de procurar bens ou proceder a penhora de ativos financeiros dos agravados. Pede a reforma.

Processou-se o recurso e foi apresentada resposta (cf. fls. 29/32).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

No caso em tela, os agravados estavam inadimplentes com as parcelas dos anos de 2011 a 2013 do financiamento de uma unidade habitacional junto a CDHU e que, durante a Semana de Conciliação do CEJUSC, celebraram acordo para pagamento do débito em 34 parcelas de R$34,70 junto com a prestação mensal, que somadas totalizavam R$ 94,48. Também ficou acordado que o inadimplemento implicaria vencimento antecipado, autorizada a execução do título judicial (cf. fls. 37/38 dos autos principais).

Em seguida, descumprido o transacionado, foi iniciada a fase de cumprimento de sentença com a intimação dos executados para pagamento, sob pena de rescisão contratual e reintegração da agravante na posse do imóvel (cf. fls. 50 dos autos principais). Após, novamente não foi cumprida a determinação de pagamento e foi expedido mandado de desocupação voluntária do imóvel (cf. fls. 64 dos autos principais). Depois, com evento da pandemia, o mandado de reintegração não foi cumprido e foi solicitado o sobrestamento do feito por 90 dias o que foi deferido (f. fls. 92/93 dos autos principais). Decorrido o prazo

Acesso ao Sumário

concedido, foi determinada a suspensão por um ano, decisão contra a qual se insurge a agravante.

Pois bem, não é mesmo caso de suspensão do processo por um ano. É que não estão presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 921 do C.P.C. Aliás, o acordo judicial homologado prevê a retomada do imóvel em caso de inadimplemento. Este é incontroverso e contumaz.

Portanto, não havendo fundamento legal para se deferir a suspensão da execução, deve ser determinado o seu regular prosseguimento.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2224572-07.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ILSON VIRGILIO DA SILVEIRA, é agravado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos (2x1), deram provimento ao recurso, vencida a 3ª Juíza que declarará voto", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17967)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e WALTER BARONE.

São Paulo, 29 de julho de 2021.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PENHORA - CONTA POUPANÇA - Decisão que indeferiu pedido de desbloqueio de ativos financeiros bloqueados na conta bancária do agravante, junto à Caixa Econômica Federal, em razão das movimentações da aludida conta - Circunstância que não tem o condão de descaracterizá-la ou equipará-la a conta corrente, pois é perfeitamente possível o titular de uma poupança movimentá-la com débitos e créditos, auferindo os rendimentos dela decorrentes - O valor bloqueado é menor do que 40 (quarenta) salários mínimos - Impenhorabilidade da conta poupança man-

Acesso ao Sumário

tida, nos termos do art. 833, X, do novo Código de Processo Civil - Decisão reformada - Recurso provido, por maioria de votos.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão digitalizada a fls. 47 que, em execução fundada em título extrajudicial, indeferiu o pedido formulado pelo executado, ora agravante, de desbloqueio dos valores constritos em sua conta bancária, sob o argumento de que se tratava de verba impenhorável.

Segundo alegou o recorrente, ficou demonstrado, nos autos, que o referido bloqueio ocorreu em sua conta poupança, ressaltando que, as movimentações nela ocorridas, não tinham o condão de descaracterizar esta conta.

Requereu, então, a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, afinal, o seu provimento, a fim de que fosse reformada a r. decisão agravada e determinado o desbloqueio do valor de R$ 5.730,00 (cinco mil, setecentos e trinta reais), existente na conta poupança operação 013, conta nº 00027722-9, agência 2728, do Banco Caixa Econômica Federal.

Pela decisão de fls. 50, foi concedido parcialmente efeito suspensivo ao recurso somente para impedir, provisoriamente, o levantamento de valores.

O agravado deixou de apresentar contraminuta, conquanto tivesse sido intimado para tal fim (fls. 52).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual, nos termos da Res. 772/2017 - TJSP, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da publicação da distribuição dos presentes autos.

É o relatório.

Insurge-se o agravante contra a seguinte decisão (fls. 47):

"*Vistos.*

Cuida-se de pedido de desbloqueio sob o fundamento de ter sido penhorado quantia inferior a quarenta salários mínimos de conta poupança.

Não obstante a constrição da quantia de R$ 5.730,00 tenha sido efetivada em conta poupança de titularidade da executada, bem como se tratar de quantia inferior a 40 salários mínimos, não incide, no caso, a hipótese de impenhorabilidade preconizada no artigo 833, inc. X, do Código de Processo Civil.

A executada claramente utiliza-se da conta poupança como se conta corrente fosse, ante a existência de inúmeras e frequentes movimentações de crédito e débito, o que, na esteira de recente jurisprudência, descaracteriza a natureza de poupança.

Destarte, indefiro o pedido de desbloqueio.

Requeira o exequente o que de direito no prazo de dez dias, sob pena de arquivamento.

Int."

Respeitado o entendimento da Meritíssima Juíza prolatora da r. decisão guerreada, o recurso comporta provimento.

Com efeito, os documentos de fls. 78/80 dos autos originários demonstram que, no dia 31 de janeiro 2020, foi realizado um bloqueio, no valor de R$ 5.730,00 (cinco mil setecentos e trinta reais), na conta bancária do executado, ora agravante, mantida junto à Caixa Econômica Federal.

O recorrente, a seu turno, sustentou que os valores bloqueados eram absolutamente impenhoráveis, nos termos do art. 833, inciso X, do novo Código de Processo Civil.

O Juízo de origem, entretanto, indeferiu o pedido de desbloqueio desta importância, por considerar que a conta poupança bloqueada era movimentada pelo agravante, equiparando-a a conta corrente.

De fato, o executado comprovou que o valor era mantido em conta bancária com natureza de poupança (fls. 110/113 dos autos originários).

A circunstância de terem ocorrido movimentações na referida conta, não tem o condão de descaracterizá-la ou equipará-la a conta corrente, pois é perfeitamente possível o titular de uma conta desta natureza movimentá-la com débitos e créditos, auferindo os rendimentos dela decorrentes.

Dessa maneira, incide, na espécie, o citado artigo 833, inciso X, do novo Código de Processo Civil, que dispõe sobre a impenhorabilidade absoluta, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, da quantia depositada em caderneta de poupança.

Ressalte-se que, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a impenhorabilidade de valores creditados em cadernetas de poupança, até o limite supra mencionado, conforme evidenciam os seguintes precedentes daquela Corte Superior, sob a vigência do antigo Código de Processo Civil:

"EXECUÇÃO FISCAL - DEPÓSITO EM POUPANÇA INFERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS - IMPENHORABILIDADE - APLICAÇÃO DO ARTIGO 649, INCISO X, DO CPC".

"O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que são absolutamente impenhoráveis quantias depositadas em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, nos termos do artigo 649, inciso X, do CPC. Agravo regimental improvido" (AgRg no AgRg no REsp 1096337/SP - Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial 2008/0217675-4 - Relator: Ministro Humberto Martins - Segunda Turma - Data do Julgamento: 20/08/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 31/08/2009).

Acesso ao Sumário

"PROCESSO CIVIL. IMPENHORABILIDADE DE DEPOSITOS EM CADERNETA DE POUPANÇA EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA APLICAÇÃO. EXTENSÃO DA IMPENHORABILIDADE A TODAS ELAS, ATÉ O LIMITE DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS FIXADO EM LEI".

1. "O objetivo do novo sistema de impenhorabilidade de depósito em caderneta de poupança é, claramente, o de garantir um mínimo existencial ao devedor, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Se o legislador estabeleceu um valor determinado como expressão desse mínimo existencial, a proteção da impenhorabilidade deve atingir todo esse valor, independentemente do número de contas-poupança mantidas pelo devedor.

2. Não se desconhecem as críticas, 'de lege ferenda', à postura tomada pelo legislador, de proteger um devedor que, em lugar de pagar suas dívidas, acumula Capital em uma reserva financeira. Também não se desconsidera o fato de que tal norma possivelmente incentivaria os devedores a, em lugar de pagar o que devem, depositar o respectivo valor em caderneta de poupança para burlar o pagamento. Todavia, situações específicas, em que reste demonstrada postura de má-fé, podem comportar soluções também específicas, para coibição desse comportamento. Ausente a demonstração de má-fé, a impenhorabilidade deve ser determinada.

3. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 1231123/SP - Recurso Especial 2011/0003344-6 - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - Data do Julgamento: 02/08/2012 - Data da Publicação/Fonte: DJe 30/08/2012 - REVPRO Vol. 214 p. 473).

Por força do mencionado artigo 833, inciso X, do novo Código de Processo Civil, a impenhorabilidade atinge até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos dos depósitos existentes em caderneta de poupança.

Logo, estando o valor bloqueado na conta poupança, mantida junto à Caixa Econômica Federal, dentro do mencionado limite, impõe-se a liberação do indigitado saldo.

Ante o exposto, por maioria de votos, deram provimento ao recurso para o fim de liberar o valor bloqueado na conta poupança do executado, mantida junto à Caixa Econômica Federal, no valor de R$ 5.730,00 (cinco mil setecentos e trinta reais). Fica prequestionada toda a matéria discutida nestes autos, para fins de interposição de recursos perante os Tribunais Superiores.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 14)

Respeitada a convicção da douta maioria, diverge-se em parte da solução

dada ao recurso em epígrafe por não se vislumbrar demonstrada a impenhorabilidade dos valores constritos.

Pois bem; no que diz respeito à impenhorabilidade das verbas bloqueadas nos autos, o art. 833, inciso X, do Código de Processo Civil dispõe:

"**Art. 833.** *São impenhoráveis*: **X -** *a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos*".

Nesse contexto, quando o legislador ordinário impossibilitou a penhora sobre valores depositados em poupança até 40 salários mínimos, visou proteger a pequena reserva financeira da família.

Já as quantias depositadas em rede bancária para livre movimentação não desfrutam da mesma proteção legal, ainda que existentes em conta remunerada.

Nesse contexto, conclui-se que os extratos colacionados às fls. 110/113, relacionados à conta mantida no Caixa Econômica Federal, demonstram ser a conta poupança utilizada como verdadeira conta corrente, destinada a efetuar pagamentos, saques e compras.

Com efeito, embora tenha sido depositada, em 30.10.2020, relevante quantia (R$ 11.350,00), tem-se que, durante os três meses evidenciados pelos extratos colacionados, diversas movimentações foram efetivadas, valores creditados e debitados, de sorte que, quando da efetivação do bloqueio, foi penhorada a importância de R$ 5.730,00.

Esvai-se, consequentemente, a natureza de pequena salvaguarda financeira da cifra encontrada.

Deveras, se de um lado existe a proteção legal à módica economia familiar, de outro não se pode descurar que o escopo do processo executivo é a satisfação do crédito. Por isso, a proteção dada às aplicações financeiras em contas poupança deve ser analisada de forma restritiva.

Em casos análogos, eis os precedentes deste e. Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Bloqueio de valor incidente sobre numerário depositado em conta poupança vinculada à conta corrente - Recorrente pleiteia aplicação da proteção contida no art. 833, inciso X, do Código de Processo Civil - Descabimento - Conta integrada não pode ser considerada poupança propriamente dita, mas espécie de aplicação financeira, na qual se remunera eventual saldo que permanecer na conta por um lapso de tempo - Recurso não provido*" (TJSP, AI n. 2135129-79.2019.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Denise Andréa Martins Retamero, julgado em 20.01.2020);

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - BLOQUEIO DE DINHEIRO EM CONTA POUPANÇA - INDEFERIMENTO DO DESBLOQUEIO - ADMISSIBILIDADE - CONTA QUE,*

Acesso ao Sumário

NA VERDADE, POSSUI MOVIMENTAÇÃO SIMILAR OU COLIGADA A UMA CONTA CORRENTE, NÃO POSSUINDO A NATUREZA PURA DE CADERNETA DE POUPANÇA PARA OS FINS DO DISPOSTO NO ART. 833, X, DO C.P.C. - DECISÃO MANTIDA. Agravo de instrumento improvido." (TJSP, AI n. 2135487-44.2019.8.26.0000, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jayme Queiroz Lopes, julgado em 18.12.2019);

"*CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE - CONTA POUPANÇA E VEÍCULO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Conta poupança comumente utilizada para operações financeiras próprias de conta corrente - Compras, saques, pagamentos de títulos e transferências que descaracterizam a conta poupança - Desvirtuamento do investimento popular - Impenhorabilidade mitigada - Precedentes - Decisão mantida.*" (TJSP, AI n. 2083321-35.2019.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marino Neto, julgado em 12.08.2019);

"*Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Fase de cumprimento de sentença - Bloqueio de numerário existente em conta poupança - Extratos que informam movimentação financeira, como se de conta corrente se tratasse - Inaplicabilidade do artigo 833, X, do CPC - Possibilidade de penhora - Agravo provido.*" (TJSP, AI n. 2124714-42.2016.8.26.0000, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Silvia Rocha, julgado em 10.08.2016).

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

Portanto, não se entrevê a impenhorabilidade contida no art. 833, inciso X, do CPC.

À vista dessas considerações, não há motivos para se reformar o que está corretamente decidido pelo ilustre Juízo de piso.

Nessas condições, pelo meu voto, **negaria provimento ao recurso.**

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, 3ª Desembargadora

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2135381-14.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes VIENCO COMERCIAL DE VIRABREQUINS LTDA. - ME e VIENCO DO BRASIL EIRELI, é agravado VOGA EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49680 A)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente sem voto), FRANCISCO GIAQUINTO e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 23 de setembro de 2021.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Pretensão à responsabilização de empresa do mesmo grupo econômico pela execução - Deferimento - Inconformismo - Empresa indicada que exerce atividade econômica semelhante que a empresa executada, sendo que os sócios das empresas são cônjuges - Ausência de bens para quitar a obrigação - Presença dos requisitos descritos no art.50 do Código Civil, que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada - Atos praticados pela empresa agravante que comprovam o abuso de personalidade e confusão patrimonial - Decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra a r. decisão, que ora se transcreve: "*Em primeiro lugar, de rigor fundamentadamente indeferir o pleito de produção de provas formulado a fls. 56/57 e 58/59. Com efeito, foram apresentados os documentos necessários à nítida formação da convicção do juízo, sobretudo porque a inicial suscita o debate sobre teses. E nesse contexto, não vejo nenhuma utilidade na produção de prova documental ou oral. Feitas essas considerações, análise acurada dos autos demonstra a identidade de objeto social entre as empresas, como se vê nos documentos de fls. 05/06, 07/08 e 09/10. Ainda, merece destaque o fato de Virgínia Aparecida Silva de Lima, sócia da Vienco do Brasil - Eireli, ser também cônjuge de Aparecido Rodrigues Lima, sócio da Vienco Comercial de Virabrequins - Eireli. Determinado o bloqueio de valores depositados em contas e/ou aplicações financeiras de titularidade da executada, não foi localizado saldo positivo. Por outro lado, há fortes indícios de que a requerida estejam em estado de insolvência; pois é ré/executada em diversas ações judiciais (fls. 22/24). Neste contexto, presentes os requisitos*

legais para a desconsideração da personalidade jurídica, porquanto tudo nos autos indica que a divisão patrimonial está sendo usada com o intuito de fraudar credores. Não é crível que a executada permanecesse operando no mercado sem patrimônio declarado à Receita Federal e sem movimentação financeira de qualquer natureza. Como se tanto não bastasse, as empresas operam no mesmo nicho de mercado. Por estes fundamentos, defiro o pleito de desconsideração da personalidade jurídica e determino seja incluído Vienco do Brasil - Eireli no polo passivo da execução de autos nº 1119057-30.2016. Diligencie a serventia sejam feitas as anotações necessárias no sistema informatizado, trasladando-se para aqueles autos cópia desta decisão. Com o julgamento deste incidente, a execução retomará seu curso regular. Sem condenação no pagamento de honorários advocatícios, por incabíveis na espécie. Transcorrido o prazo para recurso, ou processado o que houver, remetam-se os autos ao arquivo, observadas as formalidades legais e cautelas de praxe. Intimem-se."

Não se conformando com os termos da r. decisão, a agravante afirma ser pessoas jurídicas diversas e que não se confundem com a executada, apesar da semelhança dos nomes, tendo composição societária diversa. Requer provimento ao recurso para revogar sua inclusão no polo passivo da ação de execução.

É o relatório.

A agravada ajuizou ação de execução em face de Vienco Comercial de Virabrequins Ltda.-Me e de Aparecido Rodrigues Lima, lastreada em saldo devedor do Instrumento de Confissão de Dívidas e Outras Avenças, no valor de R$ 27.000,00, firmado em 22/08/2016, o qual teve somente uma parcela adimplida.

No curso da execução houve instauração de incidente de desconsideração de personalidade jurídica, visando incluir no polo passivo da demanda a empresa Vienco do Brasil - EIRELI, empresa individual de responsabilidade limitada, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 24.306.556/0001-79 com sede na Rua Men de Sá, 154 - Mooca - São Paulo - S.P.

Foi deferida a desconsideração da personalidade jurídica e determinada a inclusão da empresa no polo passivo da execução.

Contra essa decisão se insurgiu a ora agravante, pretendendo a sua exclusão do polo passivo da demanda.

Pelo que se verifica dos autos, a executada possui o mesmo objeto social da agravante, que é o comércio de peças e acessórios para veículos automotores, conforme se verifica de fls. 05/06 e 07/08.

Ademais, a sócia da Vienco do Brasil - Eireli, Virgínia Aparecida Silva de Lima, é cônjuge de Aparecido Rodrigues Lima, executado e sócio da Vienco Comercial de Virabrequins - Eireli executada.

Além disso, ficou configurado o estado de insolvência da executada, pois não foram localizados bens passíveis de penhora, e a empresa possui inúmeras

Acesso ao Sumário

ações contra si, assim, presentes os requisitos legais para a desconsideração da personalidade jurídica.

Em que pese o esforço da agravante em demonstrar inexistência de relação com a empresa executada, entendo que restaram configuradas as hipóteses descritas no artigo 50 do Código Civil a justificar a sua inclusão no polo passivo da ação.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica permite, conforme preleciona o Professor Silvio Rodrigues, que o juiz erga "***o véu da pessoa jurídica, para verificar o jogo de interesses que se estabeleceu em seu interior, com o escopo de evitar o abuso e a fraude que poderiam ferir os direitos de terceiros e o fisco. Assim sendo, quando se recorre à ficção da pessoa jurídica para enganar credores, para fugir à incidência da lei ou para proteger um ato desonesto, deve o juiz esquecer a idéia da personalidade jurídica para considerar os seus componentes como pessoas físicas e impedir que através do subterfúgio prevaleça o ato fraudulento***" (**in** ***Curso de Direito Civil, v.1 - Parte Geral, Ed. Saraiva, 25ª edição, p.74 - grifei***).

Cabe ressaltar que artigo 50 do atual Código Civil dispõe que 'em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica'.

Vale assinalar, a título de ilustração, que o Código de Defesa do Consumidor também sinaliza no mesmo sentido, dando ao juiz a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando em detrimento do consumidor houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

O artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que a desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Cumpre esclarecer, que embora a desconsideração da personalidade jurídica consista em um meio eficaz a coibir o comportamento malicioso dos sócios da empresa, de modo a preservar interesses de seus credores e trazer estabilidade às relações comerciais, deve ser aplicada com cautela, observadas as particularidades de cada caso.

O incidente de desconsideração, previsto no art. 133, do Código de Processo Civil, será instaurado à pedido da parte, observados os pressupostos previstos em lei. Esses pressupostos são os fundamentos do pedido para ensejar a instauração do incidente.

Acesso ao Sumário

No caso, tais pressupostos foram devidamente indicados pela exequente-agravada em seu pedido, observando-se o que dispõe o artigo 134, § 4º, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 50 do Código Civil, havendo indícios de confusão patrimonial.

Desta forma, entendo que plenamente configurada a confusão patrimonial apta a legitimar a inclusão da agravante no polo passivo da ação de execução.

Assim sendo, para a devida segurança do Juízo, e para que não se perpetue a dívida, reconhecendo que está a possibilitar a fraude contra credores, é de se manter a decisão agravada para determinar o avanço sobre a empresa agravante, para satisfação da dívida tal como determinado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2049284-11.2021.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante VANDERLEI MARIA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado TARRAF ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.

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 37.472)**

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

São Paulo, 28 de maio de 2021.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Penhora - Fase de cumprimento de sentença em ação de cobrança - Ativos financeiros bloqueados no sistema bancário - Arguição de impenhorabilidade pelo corréu que teve os ativos bloqueados, sob a alegação que são auxílio emergencial pago pelo Governo Federal - Prova nesse sentido e concordância da autora - Recurso provido com base no art. 833, inciso IV, do novo CPC.

VOTO

Em andamento fase de cumprimento de sentença em ação de cobrança, a

autora requereu e obteve o bloqueio de ativos financeiros no sistema bancário em nome dos réus.

Bloqueados R$ 901,48, na Caixa Econômica Federal, em nome do corréu Vanderlei Maria da Silva, ele se insurge sob o argumento de que o bloqueio recaiu sobre auxílio emergencial pago pelo Governo Federal em razão da pandemia COVID-19, impenhorável nos termos do art. 833, incisos IV e X, do novo CPC. Evoca a Resolução CNJ nº 318/2020, que recomenda a proteção dos ativos recebidos, diante de sua natureza jurídica. Pleiteia a reforma e o desbloqueio.

Atribuído efeito suspensivo ao recurso, a fim de sustar o levantamento dos ativos bloqueados, a autora contraminutou, concordando com o desbloqueio.

É o relatório.

Procede o inconformismo.

A autora, convencida com a prova documental, manifestou-se favorável ao desbloqueio dos ativos financeiros, expondo que não era seu desígnio o bloqueio de ativos creditados na conta bancária do autor a título de auxílio emergencial.

A prova documental, com efeito, reproduzida a fls. 14/16, patenteia que os ativos, à razão de R$ 901,48, foram creditados na conta do autor, mantida com a Caixa Econômica Federal, em três parcelas de R$ 300,00 a título de abono emergencial pago pelo Governo Federal em meio à crise sanitária COVID-19.

Trata-se de auxílio extraordinário e sabidamente alimentar, absolutamente impenhorável pelas normas que o instituíram, equiparando-se, por analogia, "às quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinado ao sustento do devedor e de *sua família*" referidas no inciso IV do art. 833 do novo CPC.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, a fim de desbloquear os ativos a favor do recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2155746-26.2020.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante BONO PNEUS FRANQUIA LTDA. - EPP, é agravado ROTSEN CAR COMÉRCIO E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS EIRELI - ME.

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 16520)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TE-

Acesso ao Sumário

LLES (Presidente) e JORGE TOSTA.

São Paulo, 28 de setembro de 2021.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Ação de cobrança de royalties cumulada com aplicação de multa contratual c/c obrigação de não fazer com pedido de tutela provisória de urgência - Indeferimento de tutela de urgência - Conjunto probatório inicial que não autoriza a medida extrema de não concorrência pós-contratual e de arresto de bens - Necessidade de formação do contraditório e de instrução processual - Decisão recorrida mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em "*ação de cobrança de royalties cumulada com aplicação de multa contratual c/c obrigação de não fazer com pedido de tutela provisória de urgência*", indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência que visa: "*a) Inaudita altera parte, com base no artigo 300 e 497 do Código de Processo Civil, que seja concedida tutela provisória de urgência para declarar válida a Cláusula 28ª, Item 7, e a Cláusula 13ª, 2º, do Contrato de Franquia, determinando ao Requerido que cumpra a regra de 'não concorrência pós-contratual' e fique proibido de desenvolver, direta, indiretamente ou por seus familiares, durante ao menos o período de 2 (dois) anos a partir do encerramento da contratação (31/01/2020), atividades comerciais relacionadas ao negócio franqueado, ou seja, a comercialização de produto e serviço automotivos ou correlatos, sob pena de multa cominatória diária de R$ 1.000,00 (mil reais) ou o valor que este MM. Juízo entender pertinente, nos termos da fundamentação; b) Inaudita altera parte, com base no artigo 301 do Código de Processo Civil, que seja concedida tutela de urgência cautelar para o imediato arresto dos bens que guarneciam a loja franqueada, nomeando-se o Requerido como depositário fiel para todos os efeitos legais, com o escopo de impedir a dilapidação patrimonial e resguardar a efetividade do processo, nos termos da fundamentação;*" (fls. 143).

Recorre a autora a sustentar, em síntese, que é legítima proprietária da marca "Bono Pneus" e empresa franqueadora no segmento; que celebrou contrato de franquia com a ré em 01/02/2016, pelo prazo determinado de sessenta meses; que a ré se obrigou a pagar *royalties* mensais correspondentes a 5% do faturamento bruto da unidade ou o valor mínimo de R$ 4.000,00; que, durante a vigência da relação contratual, a ré incorreu em contínuos e reiterados

Acesso ao Sumário

descumprimento contratuais em relação ao pagamento de *royalties*; que, não obstante os constantes inadimplementos, em 06/12/2019 a ré enviou *e-mail* em que anunciou a rescisão do contrato; que levou a protesto os títulos de crédito e enviou à ré contranotificação extrajudicial manifestando sua oposição às intenções daquela; que em 06/01/2020 foi surpreendida com novo *e-mail* da ré, no qual anunciou que iria fechar a loja em 31/01/2020, e assim o fez; que todo o maquinário automotivo que equipava a loja franqueada foi posto à venda pela ré, apesar de não haver qualquer indício de que pretenda quitar a dívida que mantém junto à autora; que é válida a cláusula de não concorrência pós-contratual, justificável para que a franqueadora possa se proteger, desde logo, contra atividade concorrente que possa ser desenvolvida pelo franqueado; que a ré deve respeitar a referida disposição contratual para que não exerça, ao menos por dois anos, direta, indiretamente ou por meio de familiares, atividade no mesmo ramo comercial sem a bandeira "Bono Pneus"; que há perigo de dano e probabilidade do direito da autora. Requer a concessão da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso.

Recurso processado sem tutela recursal (fls. 155/162).

Sem contraminuta, haja vista que a ré ainda não foi citada, mesmo tendo sido a ação ajuizada em abril de 2020.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Inicialmente, julga-se este recurso, interposto que fora em 07/07/2020, independentemente de resposta para não se retardar a solução de mérito, até porque esta decisão não viola o devido processo legal e nem o contraditório.

O recurso não prospera.

A r. decisão recorrida, proferida pela Dra. Bruna Marchese e Silva, MM. Juíza de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Campinas, assim se enuncia:

"*Vistos.*

(...)

Segundo a nova sistemática processual, a ***tutela provisória*** *pode fundamentar-se em* ***urgência*** *ou* ***evidência****; a* ***tutela provisória de urgência*** *pode ser de natureza* ***cautelar*** *ou* ***satisfativa****, a qual pode ser concedida em caráter* ***antecedente*** *ou* ***incidental*** *(CPC, artigo 294).*

O regime geral das tutelas de urgência está preconizado no artigo 300 do Código de Processo Civil que ***unificou*** *os pressupostos fundamentais para a sua concessão: '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****.' (grifei e destaquei).*

Daniel Mitidiero ensina que: 'No direito anterior a antecipação da

tutela estava condicionada à existência de 'prova inequívoca' capaz de convencer o juiz a respeito da 'verossimilhança da alegação', expressões que sempre foram alvo de acirrado debate na doutrina (Luiz Guilherme Marinoni, Antecipação da Tutela cit.; Daisson Flach, A Verossimilhança no Processo Civil, Ed. RT; o nosso, Antecipação da Tutela Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória cit.). Com isso, o legislador procurou autorizar o juiz a conceder 'tutelas provisórias' com base em cognição sumária, isto é, ouvindo apenas uma das partes ou então fundado em quadros probatórios incompletos (vale dizer, sem que tenham sido colhidas todas as provas disponíveis para o esclarecimento das alegações de fato, conforme o clássico conceito de cognição sumária de Hans Karl Briegleb, Einleitung in die Theori der summarischen Processe, Bernhard Tauchitz). A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder a 'tutela provisória'.' (em Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, Thomsom Reuters RT, página 782).

Cândido Rangel Dinamarco, quanto ao tema, aduz que o fumus boni iuris (fumaça do bom direito): 'É a aparência de que o demandante tem o direito alegado, suficiente para legitimar a concessão de medidas jurisdicionais aceleradas quer de natureza cautelar, quer antecipatória. Resolve-se em mera probabilidade, que é menos que a certeza subjetiva necessária para decidir o mérito, porém mais que a mera verossimilhança. O art. 273, caput, do Código de Processo Civil dá a impressão de exigir mais que essa probabilidade, ao condicionar as antecipações tutelares à existência de uma prova inequívoca mas pacificamente a doutrina e todos os tribunais se satisfazem com a probabilidade. Consiste esta na preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. Essa é menos que a certeza, porque, lá, os motivos divergentes não ficaram afastados, mas apenas suplantados; e mais que a mera verossimilhança, que se caracteriza pelo equilíbrio entre os motivos convergentes e motivos divergentes. Na prática, o juiz deve raciocinar mais ou menos assim: se eu fosse julgar agora, minha vontade seria julgar procedente a demanda.' (Vocabulário do processo civil, Malheiros, páginas 338/339).

E o periculum in mora ou perigo na demora, segundo também Cândido Rangel Dinamarco: 'Consiste na iminência de um mal ou pre-

Acesso ao Sumário

juízo, causado ou favorecido pelo correr do tempo (o tempo-inimigo, de que falava Carnelutti), a ser evitado mediante as providências que o juiz determinará. Embora seja inevitável alguma dose de subjetivismo judicial na apreciação do periculum, sugere-se que o juiz leve em conta o chamado juízo do mal maior, em busca de um legítimo equilíbrio entre as partes indagando, em cada caso, se o autor sofreria mais se nada fosse feito para conter os males do tempo, ou se sofreria mais o réu em virtude da medida que o autor postula.' (op. cit., páginas 381/382).

Assim, em um juízo de ***cognição sumária*** *(****superficial****), não verifico a existência de elementos de prova que convergem ao reconhecimento da veracidade dos fatos pertinentes e evidenciam a* ***probabilidade do direito material*** *(fumus boni iuris ou plausibilidade do direito substancial afirmado) e o* ***perigo de dano*** *(perigo na demora ou periculum in mora).*

Não restou demonstrado no presente caso o perigo de dano. A alegação inicial apontada como probabilidade do direito material, qual seja, a eventual prática de concorrência desleal, diz respeito ao mérito de causa, de modo que carece de ampla dilação probatória, o que inviabiliza, por ora, a concessão da medida pleiteada.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Tutela antecipada - ***Ação de reparação de dano e abstenção da prática de 'ilícitos concorrenciais'*** *- Decisão singular que nega o pedido de antecipação inaudita altera pars consignando a possibilidade de rever a decisão em caso de novos elementos - Inconformismo recursal fundado em 'exaustiva demonstração e comprovação da prática de concorrência desleal e desvio de clientela' - Descabimento -* ***A concessão liminar neste momento, dada a extensão e gravidade dos pedidos é prematura e exige cautela - Correta a r. decisão proferida no juízo a quo - Necessidade de dilação probatória*** *- Decisão mantida - Agravo improvido. (Processo AI 20699030620148260000 SP 2069903-06.2014.8.26.0000. Orgão Julgador 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Publicação 01/08/2014. Julgamento 25 de Julho de 2014. Relator Ricardo Negrão).*

Ademais disso, no presente caso, ao menos por ora, não restou demonstrado eventual tentativa de dilapidação patrimonial, nem a ausência de bens para garantia de eventual execução, ou de fato semelhante que justifique, neste momento processual, o arresto de bens.

Frise-se que, se eventuais prejuízos restarem comprovados, poderá ser solicitado pelo autor o ressarcimento por perdas e danos.

De se anotar, ainda, que acaso sobrevenham melhores elementos durante o transcorrer do processo que conduzam à direção oposta, tal

Acesso ao Sumário

decisão pode ser alterada.

Diante do exposto, ***INDEFIRO*** *a tutela de urgência. (...)*" (fls. 145/148).

Em sede de cognição sumária não estão presentes os elementos autorizadores da concessão da tutela recursal na forma e nos termos pretendidos pela agravante.

É que as os fatos imputados à agravada são unilaterais e, considerados os efeitos que a prestação jurisdicional gerará, não há como prescindir-se do contraditório.

O que justifica a concessão da tutela antecipada é a existência de probabilidade do direito invocado, decorrente das alegações feitas na petição inicial, do perigo da irreparabilidade do dano ou a dificuldade em sua reparação e da reversibilidade da medida pleiteada.

A prova documental que acompanha a petição inicial e os documentos carreados a este recurso, nesta fase inicial, não autorizam a medida pleiteada pela agravante.

No caso dos autos é imprescindível a formação do contraditório e a necessária instrução probatória.

Observa-se, ainda, que este recurso não é o palco em que a controvérsia será solucionada em definitivo, razão pela qual o que ora se decide é dotado de provisoriedade à vista da decisão final a ser proferida nos termos em que se desenvolver o litígio na origem.

Por tais razões, mantém-se a r. decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2167676-07.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante VIAÇÃO ITAPEMIRIM S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado TÉLIO SIMÃO DE ANDRADE.

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 12218)**

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

TINS.

São Paulo, 29 de setembro de 2021.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. Controvérsia acerca da possibilidade de inclusão de verbas relativas ao FGTS como crédito de natureza trabalhista em favor do credor. Verba de titularidade do trabalhador que ostenta natureza trabalhista. Possibilidade de inclusão do crédito no quadro geral de credores. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 72/73 que, nos autos da RECUPERAÇÃO JUDICIAL de **VIAÇÃO ITAPEMIRIM S/A E OUTROS**, ACOLHEU a HABILITAÇÃO DE CRÉDITO de **TÉLIO SIMÃO DE ANDRADE**, para determinar a inclusão do valor do crédito do habilitante/impugnante no importe de R$ 86.450,46, na classe trabalhista.

Irresignadas com a r. decisão, as recuperandas recorrem pleiteando a sua reforma.

As recorrentes sustentam, em apertada síntese, a necessidade de refazimento dos cálculos com exclusão da quantia relativa ao FGTS, visto que são de titularidade da Caixa Econômica Federal, não sendo o habilitante parte legítima para pleiteá-lo e recebê-lo.

Ponderam que, caso se entenda pela sujeição dos créditos devidos a título de FGTS aos efeitos recuperacionais, condenar-se-á as recuperandas ao pagamento de todas as verbas em duplicidade.

Por esses e pelos demais fundamentos presentes em suas razões recursais, pugnam pela concessão de efeito suspensivo/ativo ao recurso e, ao final, pelo seu total provimento para que seja determinada a exclusão das verbas devidas a título de FGTS.

O recurso é tempestivo. A parte recorrente comprovou o recolhimento do valor relativo ao preparo recursal, consoante evidencia os documentos de fls. 09/10.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido e foram dispensadas as informações do D. Magistrado de primeiro grau de jurisdição, porque clara a questão colocada em debate, bem como a reposta da parte agravada, diante da

Acesso ao Sumário

ausência de prejuízo.

É o relatório do necessário.

1. Cuida-se, na origem, de habilitação de crédito nos autos da recuperação judicial de **VIAÇÃO ITAPEMIRIM S/A E OUTRAS**, na qual foi determinada a inclusão do crédito do habilitante no montante de R$ 86.450,46, incluindo os valores atinentes ao FGTS.

As recuperandas, ora agravantes, não se conformam com a inclusão de referidas verbas, pois entendem que elas não poderiam ser incluídas na recuperação judicial, uma vez que não são de titularidade do trabalhador.

Pois bem.

2. Apesar da existência de alguma controvérsia sobre a natureza jurídica das verbas relativas ao FGTS, se tributária ou trabalhista, prevalece aquela que a trata como direito social do trabalhador. A própria Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso III, dispõe que: "*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: III - fundo de garantia do tempo de serviço.*"

Ao enfrentar a questão, o Pretório Excelso[1], ao analisar o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no FGTS, Tema 608, de repercussão geral, reconheceu que se tornaram desarrazoadas as teses que defendiam que o FGTS teria natureza híbrida (tributária, previdenciária, salário diferido, indenização e etc.).

Entendeu a Corte Suprema que o FGTS consiste em direito dos trabalhadores brasileiros, consubstanciado na criação de um pecúlio permanente, que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas:

> "*Após a Constituição de 1988, foi promulgada a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, que deu nova disciplina ao FGTS. No tocante ao prazo prescricional, o art. 23, § 5º, do novo diploma legal veicula a seguinte disposição: 'o processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária'. (...)*
>
> *Ocorre que o art. 7º, III, da nova Carta expressamente arrolou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, colocando termo, no meu entender, à celeuma doutrinária acerca de sua natureza jurídica. (...)*
>
> *Trata-se, em verdade, de direito dos trabalhadores brasileiros (não só dos empregados, portanto), consubstanciado na criação de um 'pecúlio permanente', que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas (cf. art. 20 da Lei 8.036/1995). Con-*

1 *STF ARE 709.212, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 13.11.2014.*

Acesso ao Sumário

soante salientado por José Afonso da Silva, não se trata mais, como em sua gênese, de uma alternativa à estabilidade (para essa finalidade, foi criado o seguro-desemprego), mas de um direito autônomo (SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191). (...)

Não há dúvida de que os valores devidos ao FGTS são 'créditos resultantes das relações de trabalho', na medida em que, conforme salientado anteriormente, o FGTS é um direito de índole social e trabalhista, que decorre diretamente da relação de trabalho (conceito, repita-se, mais amplo do que o da mera relação de emprego)".

Também o STJ em Súmula 353 já entendia que as disposições do Código Tributário Nacional não alcançavam o FGTS.[2]

Portanto, não há que se falar em exclusão da quantia atinente ao FGTS do crédito em favor do habilitante, uma vez que se trata de verba de natureza trabalhista de titularidade do ex-trabalhador, ora agravado.

Nos termos do artigo 6º, § 2º, da Lei n.º 11.101/2005, o credor trabalhista pode pleitear a inclusão de créditos derivados da relação de trabalho no juízo da recuperação judicial. Como as contribuições ao FGTS se equiparam às verbas de natureza trabalhista, admite-se a sua inclusão no quadro geral de credores no rol dos créditos privilegiados (classe I créditos trabalhistas).

A propósito:

Habilitação de crédito trabalhista em recuperação judicial. Decisão de procedência do incidente. Agravo de instrumento da recuperanda buscando a exclusão de valores relativos a FGTS. Pretensão recursal que não prospera. Verba de caráter trabalhista, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça e das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal. Inscrição, desta forma, na classe I da recuperação judicial. Conveniência existente, todavia, de comunicar-se a habilitação à Caixa Econômica Federal para evitar-se a cobrança em duplicidade das contribuições em apreço. Decisão agravada mantida. Agravo de instrumento desprovido, com determinação de expedição de ofício.[3]

3. Com efeito, "*a atuação do Estado, ou do órgão da Administração Pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular de direito à contribuição, mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, quando aciona o empre-*

Acesso ao Sumário

2 *STJ - Súmula 353 - As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições par ao FGTS.*

3 *(TJSP; Agravo de Instrumento 2001858-37.2020.8.26.0000; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Bragança Paulista - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/03/2020; Data de Registro: 26/03/2020)*

gador, valores a serem recolhidos ao Erário, como receita pública. Não há, aí, contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. Os depósitos de FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina de Direito do Trabalho".[4]

Assim sendo, a Caixa Econômica Federal, na qualidade de gestora, possui o direito autônomo de buscar a satisfação do crédito mediante o manejo de procedimento específico previsto na Lei n.º 6.830/80, independente de outro procedimento que busque garantir ao trabalhador os créditos a que tenha direito.

Ademais, não há que se falar em dupla cobrança, porquanto no caso de eventual coexistência de demandas visando a satisfação da mesma verba, cumpre ao interessado a mera comunicação e comprovação dos pagamentos já realizados, seja na esfera extrajudicial ou no âmbito de processo judicial.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2225025-65.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que são agravantes RICARDO SARAIVA FIORAVANTE e C3 INTERMEDIAÇÕES LTDA. - ME, é agravado CONDOMINIO EDÍFICIO ITAIPÚ.

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 45662)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI (Presidente sem voto), MARIO A. SILVEIRA e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 4 de outubro de 2021.

LUIZ EURICO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA DE ASSEMBLEIA CONDOMINIAL CUMULADA COM DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE MULTA CONDOMINIAL - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES NESTE MOMENTO PROCESSUAL - NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DO CONTRADITÓRIO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO

Acesso ao Sumário

4 *STF, RE n. 100.249-2, Rel. Min. Oscar Corrêa, Red. p/ acórdão Min. Néri da Silveira, j. 1.7.1988.*

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra a decisão reproduzida a fls. 132/133 dos autos principais que, em ação de anulação de assembleia geral extraordinária, cumulada com declaração de inexigibilidade de multa condominial, em prédio localizado no Guarujá/SP, indeferiu o pedido de tutela de urgência pleiteado pelos Agravantes, por ausência dos requisitos.

Buscam os Recorrentes a reforma do pronunciamento, alegando, em suma, estar demonstrada a presença dos requisitos para a concessão da tutela de urgência. Requerem a tutela para que sejam suspensos os efeitos da referida assembleia ou, alternativamente, em caso de indeferimento; a suspensão do item "7", que delimitou o número de pessoas para 08 nas unidades comuns e 10 nas unidades de cobertura, com suspensão da exigibilidade das multas condominiais aplicadas no valor total de R$ 2.937,16, bem como, sejam os representantes do condomínio impedidos de constranger os ocupantes das unidades de cobertura, sejam eles proprietários, parentes, amigos convidados ou locatários, sob pena de multa de R$ 5.000,00 aplicadas ao condomínio por descumprimento.

É o relatório.

As razões recursais não merecem prosperar.

Alegam os autores que são proprietários dos apartamentos (cobertura) localizados no condomínio réu, sendo o Sr. Ricardo proprietário da unidade 41 e a empresa coautora C3 Intermediações proprietária da unidade 42, os quais utilizam como residência de veraneio, e para obtenção de renda, através de locações por temporada. Ocorre que por 07 votos na Assembleia Geral Extraordinária realizada no dia 23/11/2019, houve uma limitação do número de pessoas por unidade, ficando as unidades comuns de 77,40 m² restrita ao máximo de 08 pessoas e as coberturas de 153,00 m² restritas ao máximo de 10 pessoas, tema que não foi informado na convocação desta. Sob a alegação de que houve violação das regras definidas na reunião de 23/11/2019 quanto à limitação ao número de pessoas, foram aplicadas 03 multas à unidade 41, sendo a primeira no valor de R$ 922,38 no dia 13/07/2021, a segunda no valor de R$ 1.007,39 no dia 26/07/2021 e a terceira no valor de R$ 1.007,39, totalizando R$ 2.937,16, sem constarem nas notificações a indicação de quantas pessoas havia nos apartamentos, demonstrando arbitrariedade. Requerem a tutela de urgência para que sejam suspensos os efeitos da referida assembleia ou, alternativamente, em caso de indeferimento; a suspensão do item "7", que delimitou o número de pessoas para 08 nas unidades comuns e 10 nas unidades de cobertura, com suspensão da exigibilidade das multas condominiais aplicadas no valor total de R$ 2.937,16, bem como, sejam os representantes do condomínio impedidos de constranger os ocupantes das unidades de cobertura, sejam eles proprietários, parentes, amigos convidados ou locatários, sob pena de multa de R$ 5.000,00 aplicadas ao con-

Acesso ao Sumário

domínio por descumprimento.

No caso dos autos, de fato, não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência, sendo prematuro decidir, neste momento, sobre situação dotada de certa obscuridade e nitidamente passível de controvérsia o que se presume pelo teor da decisão agravada que assim argumentou:

"*De início verifica-se que a assembleia ora impugnada se realizou em novembro de 2019, ou seja, praticamente dois anos atrás, desaparecendo o perigo de dano. Ademais, não existe impedimento de locação das unidades pertencentes aos ora autores, apenas limitações ao uso da propriedade em respeito ao interesse comum. No que tange à probabilidade do direito, não está demonstrada de plano. Não existe, na lei ou na convenção condominial, a exigência de quórum qualificado para a alteração do Regulamento Interno. A convenção condominial, no caso concreto, nada estabelece acerca de limitação de ocupantes para os casos de locação por curtos períodos. Tampouco o Regulamento Interno, já que ambos se limitam a estabelecer regras gerais de convivência.*"

Assim sendo, até aqui, resta apenas versão unilateral, não respaldada por elemento indicativo de concessão antecipatória, pois matéria enseja verificação mais aprofundada, possível após a instalação do contraditório.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2204315-24.2021.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante CLARO S/A, é agravado CJ PORTAL IMÓVEIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33485)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente) e CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

São Paulo, 30 de setembro de 2021.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: Telefonia - Indenização - Cumprimento de sentença - Não cabe agravo contra decisão que apenas se reporta a outra, já preclusa - Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ré em ação de "indenização por danos morais e materiais c/c pedido de tutela de urgência", em fase de cumprimento de sentença, a agravante rebela-se contra a r. decisão de fls. 147/148 do cumprimento de sentença, que consignou que a questão já havia sido apreciada às fls. 49/51 e manteve o valor da multa no patamar já fixado.

Pretende a agravante a reforma da decisão agravada, para que sejam afastadas as *astreintes* ou reduzido o seu valor.

Recurso preparado.

Não foi concedido efeito suspensivo ao agravo.

Houve resposta (fls. 189/194).

É o relatório.

Trata-se de agravo tirado de ação indenizatória, que foi julgada parcialmente procedente em 20.5.19, nos seguintes termos: "(...) Posto isto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos deduzidos em juízo para condenar a Requerida ao restabelecimento da linha telefônica nº. 11-3691-2060, no prazo de 15 (quinze) dias corridos, sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R$ 30.000,00 (trinta mil reais); e assim o faço com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. DEFIRO a antecipação de tutela almejada, haja vista que a verossimilhança das alegações, referentes à ilicitude da interrupção dos serviços atinentes à linha telefônica nº. 11-3691-2060, evidencia-se ao final da fase postulatória, enquanto o perigo da demora decorre do obstáculo à consecução da atividade empresarial sem o acesso ao serviço relacionado à linha indicada. Por outro lado, nenhum óbice de ordem técnica foi aventado, enquanto a medida ora deferida é reversível, pois com a sua cassação ou revogação, os serviços indicados podem ser cessados novamente. Sendo assim, deverá a Ré proceder ao restabelecimento da linha telefônica nº. 11-3691-2060, no prazo de 15 (quinze) dias corridos, sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Já que o Requerente sucumbiu em maior parte, deve arcar com 60% (sessenta por cento) das custas processuais, enquanto o Requerido com 40% (quarenta por cento). Atendidos os parâmetros previstos nos incisos do parágrafo 2º do artigo 85 do Novo Código de Processo Civil, fixo os honorários advocatícios em 10%, ambos sobre o valor atualizado da causa, devidos aos doutos patronos do Autor e do Réu, respectivamente, vedada a compensação e ressalvada a concessão do benefício da justiça gratuita." (*sic*, fls. 118/119 do processo).

V. acórdão de 24.6.20, desta Câmara, negou provimento ao recurso da autora (fls. 166/170 do processo). O trânsito em julgado ocorreu em 22.7.20 (fl. 172 do processo).

Em 20.7.20, a exequente deu início ao cumprimento de sentença, em relação à multa no valor de R$30.000,00, alegando que a executada não deu cum-

Acesso ao Sumário

primento à obrigação de fazer (fls.1/4 do cumprimento de sentença).

Intimada ao pagamento do débito, a executada apresentou "embargos à execução", alegando a impossibilidade de cumprimento da obrigação e pedindo o afastamento da multa de R$30.000,00, com a conversão da obrigação em perdas e danos em valor razoável (fls. 25/33 do cumprimento de sentença).

Em 22.10.20 foi determinado que a executada comprovasse sua alegação de impossibilidade de cumprimento da obrigação (fls. 37 do cumprimento de sentença).

Em 17.12.20, decorrido o prazo sem manifestação da executada e diante da não comprovação da impossibilidade de reativação da linha, foi rejeitada a impugnação da executada e mantida a multa fixada no patamar de R$30.000,00 (fls. 49/51 do cumprimento de sentença). Não houve interposição de recurso contra referida decisão.

Em 10.3.21, a executada pediu a redução da multa (fls. 61/62 do cumprimento de sentença), oportunidade em que o MM. Juiz de 1º grau se reportou a decisão de fls. 49/51 do cumprimento de sentença (fl. 103 do cumprimento de sentença).

O exequente pediu a penhora de ativos financeiros da executada (fls. 106 do cumprimento de sentença), o que foi deferido (fl. 117/121 do cumprimento de sentença), obtendo, em 29.5.21, a penhora de R$39.556,39 (fl. 125 do cumprimento de sentença).

A executada opôs novos "embargos à execução", alegando ser exorbitante o valor penhorado e pediu o afastamento da multa ou que fosse revista (fls. 129/137 do cumprimento de sentença).

Após manifestação do exequente (fls. 138/144 do cumprimento de sentença).

Sobreveio a decisão agravada (fls. 147/148 do cumprimento de sentença).

A agravante alega que a decisão de fls. 147/148 do cumprimento de sentença feriu seu interesse, ao manter a penhora, mas, na verdade, ela nada decidiu, apenas se reportou a decisão anterior, de fls. 49/51, que, efetivamente, rejeitara a impugnação anterior da executada, em relação ao valor da multa.

Acesso ao Sumário

Esta é a decisão agravada: "(...) Conforme decisão a pp. 49/51 a aplicação da multa diária de R$ 500,00, limitada ao patamar de R$ 30.000,00 se deu pelo descumprimento da obrigação de fazer, consistente em restabelecer o funcionamento de linha telefônica da exequente. Repisa a executada argumento já apreciado pela decisão a pp.49/51. Conforme já decidido, não há desproporcionalidade acentuada das astreintes que tiveram por única finalidade o cumprimento da determinação judicial. A executada não cumpriu com sua obrigação, e quando intimada para comprovar a alegada impossibilidade de cumprir ao determinado (p.131), simplesmente nada disse. Mantenho, portanto, o valor

da multa no patamar já fixado e determino a transferência do valor constrito à p. 125 (R$ 39.556,39) para conta judicial vinculada ao processo, e decorrido o prazo recursal da presente, o levantamento em favor do exequente." (fls. 147/148 do cumprimento de sentença).

Como se vê, a decisão agravada nada decidiu sobre as *astreintes*, apenas se reportou à decisão anterior que, por sua vez, rejeitara os "embargos à execução" opostos por ela em relação à multa, nos seguintes termos: "(...) Sem elucubrações, conforme apontado na decisão de fls. 37 e não esclarecido pela impugnante, ficou evidenciado que a suposta impossibilidade do cumprimento da obrigação foi meramente retórica, notadamente porque a petição que sobreveio à concessão da tutela de urgência, ao declarar que a linha já estava em nome de terceiro, não se atentou que o tal terceiro era *Getúlio Cordeiro* (fls. 131 dos autos principais), um dos sócios da empresa-autora (fls. 11 dos autos principais).Portanto, falaciosa a alegação de impossibilidade do cumprimento da obrigação de reativação da linha, sendo de rigor a aplicação da multa diária de R$ 500,00, limitada ao patamar de R$ 30.000,00. Decerto, como não houve o cumprimento, chegou-se ao teto de R$ 30.000,00. Afirmo que a multa cominada, fixada dentro de um parâmetro de razoabilidade, teve caráter coercitivo e não punitivo, não assistindo razão à impugnante quanto ao desvio de finalidade. Bastava ter cumprido a decisão e não ventilar erroneamente que a linha já estava em nome de terceiro. Em relação à pretensão de redução da multa, filio-me àqueles que entendem que eventual minoração do valor das astreintes somente se pode dar às 'vincendas', a não ser que se observe valor gritantemente exacerbado. Na hipótese dos autos, não vislumbro qualquer desproporcionalidade acentuada no valor das astreintes, que foram fixadas diariamente em R$ 500,00 (quinhentos reais), para fins de reativação da linha telefônica para trabalho, chegando-se ao patamar final de R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Outra interpretação levaria, a meu ver, a um estímulo ao não cumprimento das medidas liminares. Ante o exposto, rejeito a impugnação. Por se tratar de mero incidente, não há condenação à sucumbência (Súmula 519 do STJ). Altere-se a classe processual para cumprimento de sentença definitivo. Diga o exequente em termos de prosseguimento. (...)" (fls. 49/50 do cumprimento de sentença).

Sendo assim, como a agravante quer ver reformada a decisão que indeferiu sua pretensão de afastamento ou redução do valor da multa e como a decisão que, efetivamente, decidiu a respeito e feriu seu interesse, rejeitando sua impugnação, foi tornada disponível no DJE em 18.12.20 (fls. 53 do cumprimento de sentença), mas, na ocasião propícia, a agravante contra ela não se insurgiu, não pode fazê-lo agora, em virtude da preclusão.

Decisão que apenas se reporta a outra decisão não é agravável, pois nada decide, só confirma o que já havia sido decidido.

Em suma, tendo ocorrido preclusão da decisão que, em tese, feriu o interesse da agravante e não sendo agravável aquela que apenas se reportou ao que já havia sido decidido, não conheço do agravo.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1119729-72.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes L.V.M., C.S.L.V.F.G.B.L., são apelados L.Y., H.G. e X.L.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51030)**

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

São Paulo, 30 de agosto de 2021.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - Marca - Contrafação - Provas dos autos que comprovam a utilização indevida pelas rés da marca das autoras - Danos emergentes devidamente comprovados - Indenização devida - Recurso provido.

MARCA - Contrafação - Lucros cessantes - Indenização devida fixada com base no art. 210, LPI, a ser apurada em fase de liquidação de sentença - Recurso provido.

VOTO

1) Insurgem-se as apelantes contra r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação de obrigação de não fazer c.c. indenização por perdas e danos que moveram contra os apelados, alegando, em síntese, que: juntaram os recibos que comprovam os danos emergentes; fazem jus à indenização por lucros cessantes.

Efetuou-se o preparo.

Não houve resposta.

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o recurso.

Os autores-apelantes ajuizaram a presente ação visando impedir que os corréus comercializem produtos que ostentem suas marcas devidamente regis-

Acesso ao Sumário

tradas no órgão competente.

Foi deferida a tutela de urgência "para determinar a busca e apreensão dos produtos falsificados e imitados, bem como para que os requeridos se abstenham de comercializar qualquer produto de titularidade das autoras que importem em violação aos seus direitos marcários.

Após a expedição do mandado de busca e apreensão e a correta identificação dos titulares dos boxes que comercializavam os produtos, o polo passivo foi regularizado (fls. 270).

Devidamente citados, os réus- apelados deixaram transcorrer 'in albis' o prazo para apresentação de contestação.

O MM. Juiz 'a quo' julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar os réus na obrigação de não fazer, para que se abstenham de comercializar os produtos que carregam as marcas das autoras, bem como a indenizá-las no importe total de R$ 30.000,00 a título de danos morais, corrigido monetariamente a partir da publicação desta sentença (TJSP) e com juros moratórios de 1% a partir da citação." (fls. 365/368).

Irresignada, a autora interpôs o presente recurso postulando a parcial da reforma da r. sentença a fim de que sejam reconhecidos os danos emergentes e os lucros cessantes.

Assiste razão à autora-apelante!

A certidão emitida pelo Sr. Oficial de Justiça às fls. 141 comprovou que os apelados comercializavam os produtos contrafeitos com o uso indevido das marcas de titularidade exclusiva das autoras (fls. 140/141).

LELIO DENICOLI SCHMIDT supedaneado em doutrinas norte americana e francesa preleciona que a marca é o rosto, a assinatura e o cartão de visitas do empresário e,

"É evidente que o uso indevido gera dano moral, pois o *contrafator usurpa a faculdade que o titular da marca tem de definir como, quando e onde ela seria usada.*" **(MARCAS - Aquisição, Exercício e Extinção de Direitos - 2ªed. - LUMEM JURIS - Rio - págs.289/290)**

E, segundo **NEWTON SILVEIRA** a Lei de Propriedade Industrial compreende duas classes de direitos: as criações industriais e os sinais distintivos, acentua que estes "*...pertencem às empresas, ou de forma mais técnica, aos empresários individuais ou sociedades empresárias, sendo que neste caso, o fundamento da proteção aos sinais distintivos é diverso: tem por fim evitar a concorrência desleal praticada por meio de atos confusórios.*" **(PROPRIEDADE INTELECTUAL - S.Paulo - MANOLE - 2 011 - pág.86)**

A notoriedade da marca da autora agravante pode ser comprovada por revistas internacionais, pelas suas lojas existentes no país onde são expostos

Acesso ao Sumário

produtos que ostentam sua marca e seu 'trade dress', existindo bem antes da tentativa da usurpação.

É de se acentuar ainda que no litígio concreto a proteção se impõe quanto à função distintiva, compreendendo o seu signo de identificação e o caráter de diferenciação que ele produz no mercado. Apresentam-se assim, relevantíssimas quanto a caracterização do produto ou serviço prestados. Liga-se diretamente ao papel do aspecto marcário, ou seja, o "reconhecimento"! **(MAITÊ CECILIA FABRI MORO - "MARCAS TRIDIMENSIONAIS" - SARAIVA - S.Paulo - 2009 - págs.77 e segs.)**

E mais, quanto à função de indicação de origem trata-se, apesar de vozes em contrário, de elemento de suma importância nos dias atuais, ante a atuação de indústrias asiáticas na prática de contrafação de produtos americanos e europeus, principalmente.

Os danos emergentes pleiteados pela autora-apelante decorrem dos prejuízos efetivamente sofridos.

A autora juntou aos autos recibos das despesas relativas à diligência para o cumprimento do mandado de busca e apreensão, que totalizam R$ 3.339,10 (três mil, trezentos e trinta e nove reais e dez centavos) (fls. 351/360).

Os recibos juntados possuem a mesma data da realização da diligência e não foram impugnados pela parte contrária, assim, devem os réus serem condenados ao pagamento dos danos emergentes no valor de R$ 3.339,10 (três mil, trezentos e trinta e nove reais e dez centavos) devidamente corrigidos pela Tabela Prática do TJ/SP e com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir da data em que foi cumprido o mandado de busca e apreensão.

No tocante aos lucros cessantes também assiste razão à autora-apelante.

Encontra-se pacificado no C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA o entendimento de que "*as perdas e danos, nos casos de uso indevido de marca, decorrem do próprio ato ilícito praticado pela ré*" **(STJ - REsp n. 101.118-PR - 4ª Turma - j. 02-03-2000 - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)**.

E ainda, "*o prejuízo suportado prescinde de comprovação, pois se consubstancia na própria violação do direito, derivando da natureza da conduta perpetrada. A demonstração do dano se confunde com a demonstração da existência do fato contrafação*" **(STJ - REsp n. 1.674.370-SP - 3ª Turma - j. 03-08-2017 - Rel. Min. Nancy Andrighi)**.

Configurada, portanto, a prática do ato ilícito em razão da prática de contrafação, fazem jus as autoras à indenização por danos materiais relativos aos lucros cessantes, a ser apurada em fase de liquidação, nos termos do art. 210 da Lei n. 9.279/96, acrescido de correção monetária pelos índices da Tabela Prática do TJ/SP, contados da data em que o valor for estabelecido em liquidação, além de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017826-12.2020.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A, é apelado RODRIGO FERNANDES RIBEIRO.

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 40.959)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), JAIR DE SOUZA e COELHO MENDES.

São Paulo, 31 de agosto de 2021.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Negativa de cobertura para tratamento de quadro de cálculos renais - Alegada ausência de cumprimento do prazo de carência aplicável à doença preexistente - Incontroverso, contudo, que a situação era de emergência - Abusividade da negativa configurada - Aplicável o prazo de carência de apenas 24 (vinte e quatro) horas - Inadmissível a restrição do atendimento às 12 (doze) primeiras horas - Reconhecida a obrigação da ré de custear o tratamento do autor - Honorários advocatícios de sucumbência que não comportam redução - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 275/277, de relatório adotado, que julgou a ação procedente em relação à ré Amil Assistência Médica Internacional S/A para condená-la na obrigação de arcar com os custos da internação e do tratamento do autor.

Inconformada, apela a ré Amil sustentando, em resumo, que o autor ainda estava em cumprimento do período de carência para doença preexistente; que, em caso de emergência, a ANS impõe o dever de custeio de apenas 12 (doze)

Acesso ao Sumário

horas de atendimento em regime ambulatorial; que o contrato é expresso no tocante a essas restrições de cobertura; e que, subsidiariamente, os honorários advocatícios de sucumbência devem ser reduzidos (fls. 279/297).

Contrarrazões às fls. 303/306.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consta dos autos que o autor apresentou quadro de cálculos impactados em ureter proximal direito, razão pela qual precisou se submeter a desobstrução ureteral e colocação de cateter duplo J em caráter de urgência, sendo que a ré se negou a custear as respectivas despesas, sob o argumento de que ainda não havia sido cumprido o prazo de carência previsto em contrato para tratamento de doença preexistente.

Abusiva, contudo, a conduta da ré.

A própria ré reconhece que o autor se encontrava em situação de emergência. Nessa condição, certo é que não havia possibilidade de se aguardar o término do prazo de carência, cujo cumprimento somente pode ser exigido nos atendimentos eletivos.

Por esse motivo, torna-se aplicável o prazo de carência de apenas 24 (vinte e quatro) horas, por força de expressa disposição da Lei nº 9.656/98, em seus artigos 12, inciso V, "c" e 35-C, *caput*.

E não se pode admitir que a garantia de atendimento seja limitada às primeiras 12 (doze) horas, não podendo prevalecer o permissivo da Resolução Consu nº 13/98, já que a ANS deveria ter se limitado a regulamentar as regras expressamente estabelecidas na Lei nº 9.656/98, a qual não impõe qualquer restrição aos atendimentos de emergência.

Tal limitação não atende ao fim social da lei aplicável, uma vez que a duração do tratamento deve se pautar exclusivamente no real estado clínico e está condicionada à avaliação de profissionais especializados.

Neste sentido se encontra posicionado o Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

> "*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SITUAÇÃO DE CARÊNCIA E EMERGÊNCIA. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ação de obrigação de fazer. 2. Não se limita a cobertura de urgência e de emergência ao que foi despendido apenas nas primeiras doze horas de tratamento, tendo em vista o disposto na súmula 302 do STJ: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. Precedentes. 3. Agravo interno não provido*" (AgInt no AgInt no AREsp 1458340/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TUR-

MA, julgado em 28/10/2019, DJe 30/10/2019).

"*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA NA COLUNA. NEGATIVA DE COBERTURA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA. MITIGAÇÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA. PROTEÇÃO DA VIDA. RECUSA INDEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que prevê prazo de carência para utilização dos serviços prestados pelo plano de saúde não é considerada abusiva, desde que não obste a cobertura do segurado em casos de emergência ou urgência, como na hipótese dos autos. Precedentes. 2. Ademais, não há falar, como pretende a ora recorrente, que o prazo de internação fica limitado às 12 (doze) primeiras horas, conforme preceitua a Súmula 302/STJ: 'É* abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado*'. 3. Agravo interno não provido*". (AgInt no AREsp 1269169/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 18/09/2018).

De fato, no presente caso, 12 (doze) horas em regime ambulatorial não seriam suficientes para efetivo tratamento do autor, cujo quadro clínico demandava internação hospitalar e realização de desobstrução ureteral e colocação de cateter duplo J.

Não se nega a validade das cláusulas que estabelecem prazo de carência. Contudo, como já esclarecido, a exigência do respectivo cumprimento é cabível somente nos atendimentos eletivos, qual evidentemente não era o presente caso.

Apresenta-se ilícita, portanto, a negativa da ré, cumprindo reconhecer sua obrigação de fornecer cobertura integral a todas as despesas decorrentes do atendimento que se fez necessário.

Por fim, tendo em vista a sucumbência da ré, não há que afastar sua condenação ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, sendo que estes foram fixados em parâmetro adequado, não comportando redução, sob pena de se depreciar o nobre trabalho realizado.

Desta forma, a sentença merece ser mantida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil, cumpre majorar os honorários advocatícios de sucumbência devidos pela ré para 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007454-20.2019.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que apelam e são apelados H.E.I.EP.L., A.S.E.Á e S.E.M. de um lado e do outro G.S.K. e é apelada S.S.E.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram dos recursos, com determinação de redistribuição. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34293)**

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

São Paulo, 31 de agosto de 2021.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Competência - Ação declaratória de nulidade de atos jurídicos - Sentença de parcial procedência - Inconformismo de ambas as partes - Vício dos negócios jurídicos - Cessão e transferência de quotas sociais entre ascendente e descendente - Contrato de compra e venda de imóvel que, segundo o autor, foi feito com dinheiro da falecida - Alegação de afronta à legislação sucessória/hereditária - Competência de uma das Câmaras que compõem a Primeira Subseção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, nos termos do art. 5°, I.10 e I.13, da Resolução n. 623/2013, do C. Órgão Especial - Precedentes das CCRDE - Recursos não conhecidos, com determinação de redistribuição.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 - Trata-se de sentença que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de nulidade de atos jurídicos para "declarar a nulidade da 4ª Alteração do Contrato Social da empresa corré e eventuais alterações subsequentes, tornando as 60.000 quotas do capital social para a Sra. H. S. E., para compor o espólio desta e possibilitar a ulterior sobrepartilha perante o juízo sucessório competente". Confira-se fls. 781/792.

Inconformadas, recorrem ambas as partes.

As rés (fls. 821/842), a sustentarem, em resumo, que a transferência das

quotas sociais da empresa ré detidas pela falecida, Sra. H.S.E., para as filhas, ora corrés, deu-se por aquisição; que a vontade da Sra. H.S.E., ao transferir suas quotas sociais para as corrés, era a de adimplir o acordo verbal e moral entre elas entabulado, quando da conferência do bem na sociedade ré; que o juízo de primeiro grau poderia anular a transferência apenas em relação à parte indisponível das quotas transferidas, uma vez que a anulação total estaria violando o direito a livre disposição de vontade da falecida em relação a seus bens; que os arts. 549, 1.789, 1.846 e 1.857 do CC garantem a livre disposição dos bens em até 50% do patrimônio total; que a fixação dos honorários advocatícios não respeitaram os critérios estabelecidos no CPC; que devem ser observados os percentuais estabelecidos no artigo 85, §2º do CPC. Requer o provimento do recurso para que a ação seja julgada improcedente e, subsidiariamente, para que a nulidade da alteração contratual recaia apenas à parte indisponível das quotas pertencentes à falecida, corrigindo-se, também, a verba sucumbencial.

O autor (845/860), por sua vez, a arguir, preliminarmente, a nulidade da r. sentença em razão do cerceamento de defesa e a necessidade de conversão do julgamento em diligência. No mérito, a sustentar, em suma, que teve espoliado seus direitos à legítima hereditária, enquanto filho da pré-morta M.S.E.K., em razão da simulação ocorrida em relação à aquisição do imóvel objeto de matrícula n. (...) do 18º CRI da cidade de São Paulo; que a falecida, Sra. H.S.E., foi quem realmente pagou o preço da aquisição do referido imóvel; que as provas apresentadas pelas rés não demonstram a regular quitação do citado imóvel pela empresa; que, pelo compromisso de compra e venda originário, a falecida era a compradora originária, podendo ser facilmente demonstrada a origem do dinheiro através da análise de transferências bancárias. Requer o provimento do recurso para que a r. sentença seja anulada, com determinação de retorno dos autos para regular produção da prova ou para que o julgamento seja convertido em diligência. Subsidiariamente, requer o provimento do recurso para que a ação seja julgada totalmente procedente.

O preparo do recurso das rés foi recolhido (fls. 843/844), dispensado o do autor ante o deferimento da justiça gratuita (fls. 360), sendo os recursos contrarrazoados (fls. 924/936 e 938/943).

É o relatório do necessário.

2 - É caso de não conhecimento dos recursos, com redistribuição a uma das Câmaras que compõem a Primeira Subseção de Direito Privado, deste E. Tribunal.

Explica-se. Conforme disposto no art. 103, do Regimento Interno, deste E. Tribunal, firma-se a competência recursal pelos termos do pedido inicial.

Conquanto haja pedido de anulação de cessão/transferência de quotas sociais, *in casu*, não se está a discutir qualquer litígio societário na forma do artigo

Acesso ao Sumário

6º da Resolução nº 623/2013 da Corte; em verdade, o que está se discutir é a violação de legítima hereditária, uma vez que, segundo o autor, referida cessão foi realizada a título gratuito, em manifesta antecipação de legítima hereditária.

Outrossim, o pedido de anulação da transferência do domínio do imóvel objeto de matrícula n. (...) do 18º CRI da cidade de São Paulo, está fundamentado em simulação do negócio jurídico (art. 167 do CC), bem como em afronta à legislação sucessória/hereditária (arts. 549, 1.835, 1.845 e 1.846 do CC); neste sentido, verifica-se que o autor alega que "a transferência (dis)simulada do domínio, como se verificou, embora alegados os propósitos, causa prejuízo sucessório ao requerente, na medida em que esvazia o patrimônio da avó, afetando-lhe a legitima hereditária" e que "a nulidade comprovada documentalmente, in casu sub examine, decorre de infração explícita da lei - de ordem pública inclusive - porque toca violação do *jus sanguinis*" de modo que "pretende-se a declaração da nulidade dos dois atos jurídicos acima postos, com vistas à recomposição do quinhão hereditário do requerente".

E, com base na fundamentação apresentada, o autor requer a procedência da ação para "decretar a nulidade da Escritura Pública de Compra e Venda, lavrada pelo 14º Tabelionato de Notas da Capital, Livro nº (...), fls.11/14, datada de 16/10/2012, com o consequente cancelamento da transferência imobiliária do apartamento objeto da matrícula nº (...), 18º RGI desta Capital (...) a adjudicação do referido bem e registro desta em favor de H.S.E., **a fim de compor-lhe o ESPOLIO e possibilitar ulterior SOBREPARTILHA no Juízo competente**" e "decretar a nulidade da 4ª Alteração do Contrato Social da empresa (...) **a fim de compor-lhe o ESPOLIO e possibilitar ulterior SOBREPARTILHA no Juízo competente**" (destaque não original).

Em suma, o objeto da ação não versa sobre questão relativa a Direito de Empresa; trata-se, em verdade, sobre eventual simulação, quando da transferência do domínio do imóvel objeto de matrícula n. (...) do 18º CRI da cidade de São Paulo, bem como a violação de legítima hereditária decorrente da cessão e transferência das quotas sociais da falecida, estando ambos os pedidos amparados na afronta aos direitos sucessórios/hereditários.

Acesso ao Sumário

Assim, a competência para analisar a controvérsia não é desta Câmara Especializada de Direito Empresarial, mas sim de uma das Câmaras que compõem a Primeira Subseção de Direito Privado, nos termos da Resolução Normativa nº 623/2013 do Órgão Especial, deste Tribunal (art. 5º, I.10 e I.13).

Este, inclusive, é o entendimento das CCRDE, a saber:

> COMPETÊNCIA RECURSAL - Ação de anulação de atos jurídicos - Integralização de cotas sociais por meio de bens imóveis de sem anuência da cônjuge - Matéria sucessória, não inserida na competência da Câmara Reservada de Direito Empresarial - Inteligência do art. 5º, I.10, da Resolução n. 623/13 - Agravo não conhecido, determinando-se a redistribuição a uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado,

atribuição de efeito suspensivo para evitar prejuízo à recorrente. Dispositivo: não conhecem o recurso, determinando a redistribuição, com atribuição de efeito excepcional. (AI nº 2085099-06.2020.8.26.0000, Rel. Ricardo Negrão, 2ª CRDE, j. em 01.06.2020)

Competência recursal. Ação de nulidade de contrato de compra e venda entre ascendente e descendente. Vício do negócio jurídico. Competência da Primeira Subseção de Direito Privado do Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 5º, I. 10 e I. 13 da Resolução nº 623/2013. Recurso não conhecido, determinada a redistribuição. (AC nº 1133086-17.2018.8.26.0100, Rel. Araldo Telles; 2ª CRDE, j. em 01.02.2020)

Apelação. Ação de nulidade de negócios jurídicos. Sentença de reconhecimento da prescrição. Apelo das coautoras. Alegação de vício sobre transações familiares envolvendo quotas sociais. Hipótese que não se enquadra no art. 6º da Resolução TJSP nº. 623/2013, que estabelece a competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. A competência para processamento e julgamento do presente recurso é de uma das Câmaras da Subseção I da Seção de Direito Privado deste Tribunal (1ª a 10ª), nos termos do art. 5º, I.10, da Resolução nº. 623/2013. Precedentes jurisprudenciais. Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição a uma das E. Câmaras da Subseção I da Seção de Direito Privado (1ª a 10ª) deste E. TJSP. (AC 1007173-74.2015.8.26. 0344, Rel. Carlos Dias Motta, 1ª CRDE, j. em 06.11.2019)

Em conclusão, não se conhece dos recursos, com determinação de redistribuição a uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado.

3 - Ante o exposto, não se conhece dos recursos, com determinação de redistribuição. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1053724-92.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WSFL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA., é apelado EDUCAÇÃO PARA TODOS LTDA. - ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37139)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente) e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 31 de agosto de 2021.

Acesso ao Sumário

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. Prova de prejuízo financeiro de empresa do setor de educação com o advento da pandemia. Fato notório que alterou a base econômica da relação contratual, sendo que a própria Ré, em contestação, admitiu que ofereceu descontos à Autora, no valor cominado na r. sentença prolatada. Abatimento de valores que não decorre de resolução contratual, mas de revisão de suas cláusulas, devendo englobar todo o período em que a situação fática causou alteração das bases contratuais. Repartição dos ônus da sucumbência de forma recíproca que atende os ditames do art. 86, "caput", CPC. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de "tutela cautelar de caráter antecedente" (*e*-fls. 01/21) convertida em ação de revisão de contrato de locação não residencial (*e*-fls. 89/103) ajuizada por EDUCAÇÃO PARA TODOS LTDA.-ME contra WSFL-ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA. **julgada parcialmente procedente** pela r. sentença prolatada (*e*-fls. 202/204 e 211), cujo relatório adoto, revendo o contrato firmado entre as partes e fixando os aluguéis no período entre ABR. e DEZ.2020 para o patamar de 50% sobre o inicialmente pactuado entre as partes, arcando cada qual com as custas e despesas processuais a que deu causa e com o pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformada, a Ré interpôs recurso de apelação (*e*-fls. 214/226), aduzindo que não há prova nos autos de que a Autora sofreu prejuízos em razão da situação de pandemia, mesmo porque continuou desenvolvendo sua atividade empresarial em âmbito virtual, com grande número de alunos inscritos em seu curso, sendo que, alternativamente, a r. sentença que resolve o contrato entre as partes somente poderia retroagir até a data da citação (art. 478, Código Civil), devendo-se, no mais, redistribuir os ônus de sucumbência, eis que a Autora foi sucumbente na maior parte de sua pretensão inicial.

O recurso foi regularmente processado (*e*-fls. 253) e, intimada, a Autora apresentou contrarrazões (*e*-fls. 256/260).

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou

Acesso ao Sumário

parcialmente procedente a ação de revisão de contrato de locação não residencial ajuizada por Locatária contra Locadora, em razão da desproporção das obrigações contratuais após o advento da pandemia.

O presente recurso não merece provimento.

Observe-se que a pretensão inicial era a revisão do valor dos aluguéis devidos pela Autora, Locatária, à Ré, Locadora, em razão de "instrumento particular de contrato de locação de bens imóveis (fins não residenciais)" (*e*-fls. 29/40), firmado entre as partes em 01.ABR.2019, após o advento da atual pandemia de COVID-19.

Alega a Ré que não houve prova nos autos de que a Autora experimentou prejuízos em sua atividade econômica, inclusive porque, quando instada a comprovar tal situação, para fins de obtenção dos benefícios da Justiça Gratuita nos autos (*e*-fls.70), a Autora simplesmente preferiu recolher as custas iniciais (*e*-fls. 73).

Acontece que a pandemia provocou uma situação de calamidade pública (-estado de calamidade pública reconhecido pelo Dec.- Legislativo nº 6, de 20.MAR.2020). E em razão de medidas municipais e estaduais para conter o avanço rápido da moléstia, determinou-se a quarentena, isolamento social, fechamento dos estabelecimentos comerciais, com exceção das farmácias e estabelecimentos de distribuição de alimentos considerados estabelecimentos essenciais, como também se proibiu o comércio de rua e a promoção de eventos públicos ou de frequência pública. Tais medidas apresentaram impactos em todos os setores de atividades econômicas, influenciando diretamente a situação do país e das partes e exigindo a participação de toda sociedade nas medidas de solidariedade e repartição de prejuízos.

Ocorre que a pandemia é passageira assim como também é passageira a grave crise provocada em todos os segmentos da sociedade. Logo, é necessário um reajuste provisório das obrigações contratadas e, para tanto, a teoria que melhor se enquadra, inclusive na hipótese dos autos, é a da "*base objetiva do negócio jurídico*", tornando inútil qualquer discussão sobre caso fortuito ou de força maior e outras teorias.

"A '**base objetiva do negócio jurídico**' decorre de uma 'tensão' ou 'polaridade' entre os aspectos voluntaristas do contrato - aspecto subjetivo - e o seu meio econômico - aspecto institucional - o que relativiza, nas situações mais dramáticas e aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente.

Com relação à polaridade entre o contrato e o seu meio, ou entre o seu aspecto subjetivo e o institucional, não atua ela de modo automático, como sucede com a '*cláusula rebus sic stantibus*', pois supõe, sempre, um juízo de valor a respeito da importância das modificações do meio econômico em que o contrato se situa." (cf. Clóvis V. do Couto e Silva, artigo "A teoria da base do

Acesso ao Sumário

negócio jurídico no Direito Brasileiro", vol. 655, RT, págs. 7/11).

E, segundo o i. Paulo Lôbo - "A teoria da base objetiva do contrato é um passo além para a concretização da função social do contrato, pois independe da imprevisibilidade e visa a restaurar a relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação existente na data da conclusão do contrato, destruída em virtude da mudança de circunstâncias. Afetada a relação de equivalência, o fim do contrato não pode ser alcançado, a não ser impondo o ônus excessivo e prejudicial ao devedor."" (em Direito Civil, Contratos, vol. 3, e. 2019, Saraiva jur, pag., 205)

Focando na função social do contrato, o Código Civil no dispositivo 421 determina: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

A função social do contrato bem explicam Nery/Nery, "**15. Função social. Conteúdo.** O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF 3º, I) e da justiça social (CF, art.170 caput), da livre inciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV). Haverá desentendimento da função social quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato etc...A boa-fé objetiva, cláusula geral prevista no CC, art. 422, decorre da função social do contrato, de modo que tudo o que se disser sobre a boa-fé objetiva poderá ser considerado como integrante, também da cláusula geral da função social do contrato." (Código Civil, Comentado, 8ª ed., Revista dos Tribunais, pág. 540).

Voltando ao contrato firmado entre as partes, quando da formação havia uma equivalência econômica, mas com a pandemia e as medidas governamentais (-alterações externas-), ocorreu uma modificação no equilíbrio econômico das partes, que é a base estrutural do contrato, tornando impossível para a Autora cumprir sua obrigação de pagar nos moldes inicialmente acordados, em razão da onerosidade excessiva, que nada tem a ver com a teoria da imprevisão.

Acesso ao Sumário

E, tanto é assim que a própria Ré admitiu que, em primeiro lugar, a atividade econômica da Autora (atividades de ensino) passou a ser desenvolvida em âmbito virtual. Ora, se a atividade passou a ser exercida em âmbito virtual é porque a Autora sofreu restrições advindas da pandemia e, depois, significa que a própria locação de imóvel passou a ser um prejuízo, uma vez que seria até mesmo desnecessária para o desenvolvimento de atividades virtuais de ensino.

Em segundo lugar, a alegação da Ré é contraditório com os termos de sua contestação (*e*-fls. 113/129), já que ali afirmou textualmente que, reconhecendo a situação de pandemia, ofereceu descontos à Locatária. Confira-se (*e*-fls. 121):

"Ademais, foi exaustivamente proposto à Requerente, além o parcelamento dos valores em atraso dentro da vigência contratual, a redução

em quase 50% dos aluguéis vincendos até dezembro de 2020, sendo que tal proposta não foi aceita."

Ora, foge à boa-fé o fato de que a Ré reconheceu em âmbito administrativo que a Autora fazia jus ao recebimento de descontos em razão da pandemia e que venha agora, em Juízo, negar tal direito com base em falta de provas.

Em terceiro lugar, tem-se que não se confundem os ônus de prova quanto aos benefícios da Justiça Gratuita e de quebra da base objetiva do contrato em razão da pandemia. Aquele diz respeito à insuficiência de recursos, ainda que momentânea, para o pagamento das custas processuais e, descumprido, gera o dever de recolhimento dos valores devidos, como o fez a Autora na hipótese dos autos. O outro, como ressaltado, diz respeito a fato notório que alterou a proporção e o equilíbrio das relações contratuais inicialmente fixados entre as partes, qual seja, situação de pandemia que gerou restrições advindas do Poder Público.

Logo, não há reparos a serem feitos na r. sentença prolatada nesse sentido.

Além disso, observe-se que a pretensão da Autora não era de rescisão ou resolução contratual, mas de revisão. Logo, não tem incidência a regra do art. 478, do Código Civil, que versa sobre resolução contratual.

A revisão de cláusulas, como decorrência lógica e jurídica de sua natureza, deve abarcar todos os valores inicialmente previstos e que se tornaram desproporcionais em razão de conjuntura fática, ou seja, no caso, todo o período abarcado entre ABR. e DEZ.2020, que, ademais, não foi impugnado nas presentes razões recursais.

Por fim, observe-se que a repartição dos ônus da sucumbência de forma recíproca entre as partes bem equaciona a medida do provimento colimado na r. sentença prolatada, já que a Autora pretendia abatimento de 80% dos valores contratualmente previstos, mas obteve 50%. Logo, a repartição da sucumbência entre as partes observou estritamente a norma do art. 86, "caput", do Código de Processo Civil.

O presente recurso, então, não merece prosperar, devendo-se majorar o valor dos honorários advocatícios de sucumbência devidos pela Ré à Autora, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, para o razoável patamar de 12% sobre o valor atualizado da causa.

Diante do exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Ré, com a **MAJORAÇÃO** do valor dos honorários advocatícios de sucumbência devidos à Autora para 12% sobre o valor atualizado da causa.

Por fim, no caso de interposição de **embargos de declaração** contra a presente decisão colegiada, ficam as **partes intimadas**, desde logo, para que se manifestem no próprio recurso acerca de eventual **oposição** ao **julgamento virtual**, nos moldes do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com a redação alte-

Acesso ao Sumário

rada pela Resolução nº 772/2017, do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, **advertindo** que, no **silêncio**, o recurso será **automaticamente** incluído no **julgamento virtual**, ressalvando que no recurso de embargos de declaração não cabe sustentação oral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014186-70.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FLAVIO HENRIQUE DE OLIVEIRA MARTIN INFORMÁTICA - ME, são apelados PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS e ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.885)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente) e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 31 de agosto de 2021.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Prestação de serviço. Ação de indenização por danos materiais creditados à denuncia do contrato. Nulidade de sentença, em concreto, não verificada. Contrato por prazo certo que após renovação passou a vigorar por tempo indeterminado. Inocorrência de garantia de exclusividade. Quadro que autorizava a parte a denunciá-lo mediante prévio aviso ante o desinteresse em mantê-lo. Ação que se afigurava mesmo improcedente. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou improcedente ação de indenização por danos materiais creditados à rescisão contratual.

A autora pede a anulação da sentença ou a inversão daquele desfecho.

Para tanto a recorrente afirma que o julgamento antecipado a impediu de produzir prova de seu interesse, qual seja, oitiva de testemunhas, em especial para comprovar que prestava os serviços em caráter de exclusividade às apela-

das.

Ao lado disso a apelante assevera quer se mostrava nula a cláusula que previa o prazo de 30 dias de aviso prévio para a rescisão contratual, eis que tal prazo não atendia aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo que a relação jurídica entre as partes já contava com mais de 10 anos.

A isso a recorrente acrescenta que a rescisão abrupta do contrato a fez suportar inúmeros prejuízos, já que em razão das exigências comerciais das apeladas foram necessários investimentos de monta que não foram recuperados.

Por fim, a autora enfatiza que o uso de logotipo das empresas apeladas nos veículos automotores importou em veiculação de propaganda e, portanto, gerou vantagem econômica que, por isso, deve ser ressarcida à promovente.

Recurso regularmente processado e respondido, tendo sido apontada a prescrição parcial da pretensão autoral.

É o relatório.

I As apeladas têm razão ao afirmar que em relação à pretensão de reparação de enriquecimento sem causa e de reparação civil se aplicava o prazo trienal nos termos do artigo 206 § 3º incisos IV e V do Código Civil e que, por isso, os pedidos relativos a valores anteriores ao dia 12 de fevereiro de 2018 estavam prescritos.

O fato, contudo, é que ação não comportava mesmo prestígio, isto é, não merecia acolhimento quanto a qualquer das verbas postuladas pela autora, o que tornava despicienda a prévia proclamação daquela causa extintiva.

Daí ter o Juiz consignado que "*a prescrição deduzida pelas requeridas não caracteriza prejudicial de mérito, pois não se alcança todo o pedido deduzido pela requerente, mas somente uma das verbas reclamadas, ou seja, trata-se da arguição de prescrição parcial que somente terá valia na hipótese de acolhimento do pedido (...) Entretanto, o pedido improcede.*".

II A lei processual admite o julgamento antecipado quando não houver necessidade de produção de outras provas (artigo 355) e, ao lado disso, ela autoriza o Magistrado a dispensar provas inúteis ou impertinentes (artigo 370).

Pois em concreto era essa a situação.

Afinal, a autora não podia se servir de prova oral para o fim que aqui indica, isto é, demonstrar que prestava serviços às rés em caráter de exclusividade.

Com efeito, por sua própria natureza aquele fato havia de ser provado por documento, o que fazia incidir o artigo 443 do CPC, que anuncia ser inadmissível o uso de testemunha acerca de fatos que só por perícia ou documento deverem ser demonstrados.

De todo modo, não custa lembrar que a cláusula 2ª do contrato (fls. 225) expressamente anunciava que os serviços não eram prestados com exclusivida-

Acesso ao Sumário

de, de modo que se assim a autora procedeu foi por mera liberalidade sua.

Logo, a falta de abertura da instrução para aquele fim em nada maculou o julgamento.

III Como se via nos autos, as partes firmaram contrato de prestação de serviços de "*help desk em casa aos segurados e clientes das contratantes*", sendo que o aludido contrato se iniciou em 3 de março de 2010 e tinha prazo de 36 meses.

Ainda segundo a petição inicial, em 5 de julho de 2017 as partes renovaram o aludido contrato, quando ele então passou a vigorar por prazo indeterminado, tendo as rés em 6 de agosto de 2020 notificado a autora acerca de seu desinteresse em continuar com aquela avença.

Sob tal exposição a promovente requereu fossem as rés condenadas a indenizar os danos materiais decorrentes da abrupta e imotivada rescisão contratual.

O Juiz colheu a defesa, seguida da réplica e ao final reputou improcedente a ação, desfecho contra o qual se insurge a recorrente.

Pois bem.

Na cláusula 12.1 o referido contrato assim dispunha acerca do prazo de duração:

"*O presente Contrato vigorará por prazo indeterminado, com início a partir do Termo de Aceite, podendo ser denunciado por qualquer das partes, a qualquer momento e sem ônus, independentemente da interpelação judicial ou extrajudicial, mediante notificação prévia e expressa com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, período em que as partes deverão observar as condições contratuais*" (fls. 231).

Ora, se o contrato vigorava por prazo indeterminado e previa expressamente a possibilidade de rescisão a qualquer tempo, desde que observada a prévia notificação, então nada de irregular havia no aviso das contratantes, enviado em 6 de agosto de 2020, de que não tinham interesse em dar continuidade à contratação.

Afinal, cuidando-se de contrato com prazo já expirado e prorrogado por tempo indeterminado, qualquer das partes podia imotivadamente denunciá-lo, desde que mediante prévio aviso conforme previa o aludido instrumento.

Registre-se que aquela previsão se coadunava com a do direito positivo.

Realmente, o artigo 473 do Código Civil dispõe:

"*A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.*"

Já o artigo 590 do mesmo diploma assim anuncia acerca dos contratos de prestação de serviço:

"*Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato*".

Note-se que o prazo fixado no contrato para o aviso prévio não se mostrava objetivamente desarrazoado, isso de modo a justificar a intervenção na autonomia da vontade das partes.

A autora alegou, é verdade, ter realizado investimentos de considerável monta, razão pela qual a rescisão sem a reparação dessas despesas se mostrava injusta.

O fato objetivo, contudo, é que a apelante aceitou manter o contrato sem regime de exclusividade e agora prorrogado por tempo indeterminado, bem como a possibilidade de ser ele a qualquer momento denunciado mediante prévio aviso, ajuste que como se viu era autorizado pelo direito positivo e decorrera da livre expressão da vontade.

Ademais, a alegação da recorrente de que a resolução do contrato a impedia de obter o retorno dos investimentos que realizara era desmentida pelo próprio contrato, ponto que foi bem enfrentado pelo Juiz nessa passagem da sentença:

"*Também* não há se falar que a rescisão do contrato estabelecido entre as partes desconsiderou o tempo necessário para a requerente recuperar os investimentos realizados, por dois motivos: o ajuste contratual específico contido no instrumento e o confronto entre os investimentos comprovados pelo requerente e o tempo de vigência da relação.

Por primeiro, o termo de aceitação das condições da prestação do serviço, que exterioriza o pacto firmado pelas partes, traz em sua cláusula 12.2: 'as partes em comum acordo e para fins do disposto no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil Brasileiro, declaram que o prazo de seis (6) meses, a contar do presente Termo de Aceite, é suficiente para a recuperação de eventuais investimentos realizados por qualquer das partes em razão do contrato, bem como para encerramento das atividades decorrentes do citado instrumento'

Ora, como estabelece o artigo 408, caput, do Código Civil, 'as declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário'. Logo, contendo o instrumento a declaração acima transcrita, a declarante, no caso a requerente, está vinculada com o seu teor.

Em segundo lugar, percebe-se pela narrativa da petição inicial que os únicos investimentos realizados pela requerente, reclamados neste processo, foram os veículos adquiridos em 2.010 e 2.014, ou seja, na aquisição de bens essenciais para a viabilidade do serviço que se obrigou a prestar.

Tais veículos foram utilizados na atividade comercial da requerente por

Acesso ao Sumário

dez e três anos respectivamente, quando foram alienados porque não mais seriam necessários.

Com a devida vênia, o tempo de vigência do contrato foi mais do que suficiente para recuperar o investimento realizado na compra de ambos os veículos, máxime considerando que parte deste investimento é recuperada pela venda posterior dos veículos, substituídos por outros em comodato, entregue pelas rés.

Aliás, não há prova do dispêndio de valores mensais pela requerente como contraprestação pelo uso dos veículos das rés, a fim de caracterizar a locação sustentada na petição inicial, mas, pelo contrário, o 'termo de aditamento' acostado a fls. 238/244 retrata a entrega de dois automóveis à requerente, em comodato, como insumo à atividade por esta desenvolvida.

Frise-se ainda que a depreciação dos veículos é natural, decorrente do tempo e do seu uso justamente na atividade empresarial realizada pela requerente.

A contratação dos seguros não caracteriza investimento, mas proteção aos bens da sociedade, essenciais na sua atividade, e benefício ao seu funcionário.

Indevida também a reparação de danos das verbas trabalhistas, multas aplicadas à requerente por ter efetuado o pagamento dos direitos trabalhistas de seu ex-empregado além do prazo legal, por se tratar de encargo exclusivo do empregador, não podendo, assim, ser transferido para as requeridas.

A demissão do empregado pela requerente decorre de sua exclusiva opção empresarial ou do risco de sua atividade, ao não mais identificar a necessidade de mantê-lo, provavelmente pela diminuição do volume de serviços, após o término do contrato estabelecido com as requeridas.

Não há como responsabilizar as requeridas por tais sanções trabalhistas.

Ressalte-se ainda que, diante da legalidade da rescisão do contrato, o pedido de condenação das rés no pagamento de lucros cessantes também não merece acolhimento."

Por fim, cabe apontar que em relação à postulada paga pela propaganda gerada pela adesivagem dos veículos automotores a cláusula 7.1.1 do Termo de Aceite expressamente anunciava que "*a CONTRATADA reconhece que a utilização dos sinais distintivos das CONTRATANTES pela CONTRATADA, conforme descrito na Cláusula 7.1 acima, não ensejará o pagamento de quaisquer valores adicionais em favor da CONTRATADA, além daqueles valores expressamente acordados no Contrato para a prestação dos serviços*" (fls. 194).

Em suma, as rés agiram conforme permitia o contrato e respaldadas pelo direito positivo, sendo então evidente que naquele contexto era-lhes inexigível a paga das verbas reclamadas pela autora.

Acesso ao Sumário

Razão não há, portanto para se alterar o desfecho oferecido pela sentença, constatação em nada afetada pela genérica alusão a princípios de direito.

Nos termos do artigo 85 § 11 do CPC impõe agravar a condenação da recorrente em honorários advocatícios, que passa a 15% do valor indicado na sentença, observada a gratuidade processual.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1071877-86.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARCO ANTONIO FERNANDES e PROSERVYCE MANUTENÇÃO DE BLINDADOS LTDA., é apelado MOVELARTE INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA.

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 46349)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI (Presidente) e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de obrigação de fazer c.c. reparação de danos e procedente a reconvenção. Contrato de prestação de serviços. Fornecimento e instalação de móveis planejados. Laudo pericial que assegura a perfeita regularidade dos móveis instalados, com pequenas exceções constantes do comando da obrigação de fazer. Autores que, afora as meras alegações, não se desincumbiram de provar as falhas, na extensão pretendida. Danos materiais e danos morais não configurados. Honorários advocatícios majorados, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015 Sentença mantida. Apelação não provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 636/648) interposta por Marco Antonio Fernandes e Proservyce Manutenção de Blindados Ltda. contra a sentença (fls. 612/619, 629 e 634) proferida pela MMª. Juíza de Direito da 38ª Vara Cível do Foro Central, Comarca de São Paulo, que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de obrigação de fazer c.c. reparação de danos ajuizada por eles contra Movelarte Indústria de Móveis Ltda., e procedente o pedido reconvencional. Inconformados, tecem comentários a respeito do laudo pericial e sobre o projeto da arquiteta Regina, não executado. Colacionam quesito do laudo pericial. Asseveram sobre o depoimento das testemunhas. Afirmam que a sustação dos cheques apenas ocorreu em abril/2014 porque os móveis estavam em desacordo com o quanto pretendido. Insistem que, de acordo com a cláusula 8 do contrato, o acordo verbal não será considerado. Discorrem sobre a ocorrência de danos morais. Por fim, requerem seja alterada a condenação de obrigação de fazer em pecuniária, apenas se o embargado apresentar as devidas comprovações da real falta de matéria prima. Postulam o provimento do recurso.

Movelarte Indústria de Móveis Ltda. Apresentou contrarrazões às fls. 653/660. Suscita, preliminarmente, afronta ao princípio da dialeticidade e ausência de pedido específico. No mais, em síntese, postula o não provimento do recurso.

É a essência do relatório.

De início, não vinga a preliminar suscitada nas contrarrazões, para não cognição do apelo, sob o argumento de que ausente impugnação específica em referido recurso.

Isso porque, a parte insurgente voltou-se de forma pontual aos pontos em que saiu sucumbente e que se encontra inconformada.

Não se vislumbra, ademais, qualquer ofensa ao *princípio da dialeticidade* no recurso apresentado. Segundo Cássio Scarpinella Bueno, *este princípio atrela-se com a necessidade de o recorrente demonstrar as razões de seu inconformismo, relevando por que a decisão lhe traz algum gravame e por que a decisão deve ser anulada ou reformada* (Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processo se incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 4ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61).

Os pontos da sentença restaram devidamente abordados no recurso. Além disso, bem demonstrado o interesse dos autores em ser revista a sentença na parte que lhe foi desfavorável. Sendo assim, fica afastado o pleito para que seja negado seguimento ao apelo.

No mais, o recurso não merece provimento.

O objeto do instrumento contratual de fls. 33/35 era o fornecimento e ins-

Acesso ao Sumário

talação de móveis planejados ao autor, ora apelante, Marco Antonio Fernandes. Alega o autor que os serviços não foram devidamente concluídos, que há defeitos advindos da não fidelidade dos móveis instalados e vícios na fabricação. Em razão dos alegados vícios, os autores sustaram os últimos dois cheques, objeto de cobrança no pedido reconvencional.

Para elucidar a questão, o magistrado sentenciante deferiu a produção de prova pericial, notadamente para apurar *as irregularidades apontadas no documento de fls. 50/52 e respectivos valores em caso de constatação* (fls. 273).

Pois bem.

O perito, atendendo à determinação judicial de fls. 273, incumbiu-se de avaliar, entre outros fatores, se a ré havia cumprido rigorosamente as responsabilidades contratadas.

Vejamos então a conclusão do laudo: *a) Armário da cozinha não alcança no teto: (...) Se por outro lado, a decisão for pela aceitação do projeto da Empresa Segatto, nada resta a fazer, já que o armário executado atendeu ao previsto em tal projeto; b) Armários da cozinha e da despensa têm cores diferentes: Se a decisão for no sentido de que a execução deveria ter atendido ao projeto da Empresa Segatto, o único constante dos autos, este signatário conclui que não foram observadas irregularidades, já que a cor marfim era prevista em suas especificações; c) Gaveta tem divisórias pequenas que impossibilitam a separação dos itens de forma organizada: Dada a análise efetuada no item 5.3.3, conclui-se que realmente se trata de uma irregularidade, para cujo reparo foi estimado o valor de R$ 490,00 (quatrocentos e noventa reais); d) Tranca da gaveta não fecha: Dada a análise efetuada no item 5.3.3, conclui-se que realmente se trata de uma irregularidade, para cujo reparo foi estimado o valor de R$ 490,00 (quatrocentos e noventa reais)* (fls. 443/445).

Vê-se, portanto, que não ocorreram falhas expressivas na prestação de serviços, não justiçando, portanto, a sustação dos dois últimos cheques, no importe de R$ 11.000,00 cada. O protesto se deu de forma regular, não havendo que se falar em ocorrência de danos morais, mesmo considerando as alegadas falhas na prestação de serviço, que conforme conclusão do *expert*, não se mostraram expressivas.

Superada a questão relativa a entrega dos móveis e problemas apresentados, avança-se à análise dos pedidos indenizatórios postulados.

A prova testemunhal produzida nos autos deixou bem claro a ciência do autor acerca do projeto final, que não se confunde com o projeto de sua arquiteta, assim como o documento de fls. 150/153, que demonstra as alterações no projeto e informação de que o autor passaria na loja para assinatura. Não lhe socorre, portanto, o apego isolado à cláusula 8 do contrato, quanto a não consideração de acordos verbais.

Acesso ao Sumário

Conforme bem asseverou o Juízo de 1º grau: *Sendo assim, a insatisfação do autor com o serviço não justifica a alegação de que esse não havia autorizado a execução do projeto final e tampouco de que não possuía conhecimento sobre as modificações presentes no documento. Ademais, as informações trazidas aos autos indicam que o projeto original elaborado pela arquiteta do cliente era totalmente incompleto, tornando, assim, pouco crível que o autor acreditasse ser esse o modelo final a ser executado* (fls. 616). Irretocável!

Não se observou, ainda, atraso na entrega e montagem dos móveis, considerando o projeto final apresentado (fls. 150/153), a justificar o pedido indenizatório pelos valores de taxa condominial.

Ademais, as despesas condominiais se prestam para manutenção e despesas do condomínio, não havendo relação direta com os móveis planejados. Ainda, as despesas condominiais consistem em dívida *propter rem* que incide pela simples posse, independentemente de estar ou não ocupada a unidade condominial.

Por fim, em relação ao pedido para que seja alterada a condenação de obrigação de fazer em pecuniária, *apenas se o embargado apresentar as devidas comprovações da real falta de matéria prima*, remete-se o apelante ao decidido às fls. 629, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos. Os embargos de declaração foram rejeitados, de forma que mantida a condenação de obrigação de fazer para reparação dos vícios. A decisão de fls. 629, portanto, em razão da anuência do autor, apenas pontuou sobre a possibilidade de dedução do montante, *oportunamente*. A questão diz respeito ao cumprimento de sentença.

Destarte, o apelo não merece ser provido, devendo a sentença ser mantida conforme proferida, por encontrar-se correta.

Mantida a sentença, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil/2015, para 12% (doze por cento) tanto na ação principal (valor da causa) como na reconvenção (valor da condenação), nos termos dos parâmetros constantes da sentença.

Posto isto, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001672-03.2019.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante JÉSSICA PATRÍCIA DE SOUZA SILVA, é apelado SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A.

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 22.741)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente) e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

GILSON DELGADO MIRANDA, Relator

Ementa: SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. Invalidez parcial. Cerceamento de defesa não caracterizado. Laudo pericial claro e inequívoco afastou a tese de incapacidade parcial e permanente da segurada. Sentença de improcedência correta. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto para impugnar a r. sentença de fls. 209/212, cujo relatório adoto, proferida pelo juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Marília, Dr. Luís Cesar Bertoncini, que julgou improcedente a pretensão inicial.

Segundo a apelante, autora, a sentença deve ser anulada, preliminarmente, por cerceamento de defesa. No mais, sustenta que a prova técnica não avaliou as lesões na face, de modo que a nova perícia comprovará a real extensão dos danos decorrentes do acidente. Requer, em caso de reforma da sentença, a inversão da sucumbência.

Recurso tempestivo, isento de preparo (gratuidade da justiça - fls. 54/55) e respondido (fls. 223/227).

Esse é o relatório.

De início, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

Como é cediço, o destinatário da prova é o juiz e a finalidade dela é, exatamente, convencê-lo, vigendo no processo civil brasileiro, em termos de valoração da prova, o sistema da persuasão racional, expressamente adotado no artigo 371 do Código de Processo Civil.

Não é por outra razão que o artigo 480, "caput", do Código de Processo Civil dispõe que "**o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida**". Ora, se o juiz é o destinatário da prova, então, por certo, a realização ou não de uma segunda perícia depende, apenas e tão somente, do seu próprio

Acesso ao Sumário

convencimento quanto à verdade dos fatos.

Realmente, na formação do convencimento do juiz, "**a lei processual o autoriza, como diretor do processo, mas não lhe impõe determinar a realização de nova perícia**" (STJ, REsp n. 24.035-2/RJ, 4ª Turma, j. 06-06-1995, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Vale dizer, "**só ao juiz cabe avaliar a necessidade de nova perícia**" (RT 829/245, 887/230, JTJ 142/220, 197/90, 238/222, 'apud' Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca, "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", 47ª edição, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 497), sendo que as impugnações da apelante não convencem de sua necessidade.

De mais a mais, a questão técnica já foi suficientemente esclarecida pelo perito e a discordância da recorrente quanto ao resultado da perícia não implica "**error in procedendo**" capaz de invalidar a sentença proferida.

No caso em exame, diferentemente do que pretende canalizar a apelante, o laudo pericial foi conclusivo e muito esclarecedor (fls. 194/200). O perito atestou, de forma incisiva, que "**a periciada foi envolvida em acidente de trânsito ocorrido em 15/06/2018, apresentando Fratura de ossos da face, tendo realizado tratamento conservador. Evoluiu sem sequelas decorrentes da lesão**" [grifei] (fls. 197), concluindo, quando indagado se havia invalidez total ou parcial, que "**não há invalidez**" (fls. 198).

À vista dessas considerações, não havendo invalidez total ou parcial, a improcedência do pedido era mesmo medida de rigor. Sem prejuízo, preservado o critério de arbitramento adotado pelo juízo de primeiro grau, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro para **R$ 1.200,00** os honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em favor da parte apelada, observada a gratuidade concedida.

Posto isso, **nego** provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006468-81.2019.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NOEMI RODRIGUES DOS SANTOS CÂNDIDO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO PAN S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22616)**

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

São Paulo, 2 de setembro de 2021.

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Apelação. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. danos morais. Alegação da autora de que não firmou contrato de empréstimo o réu. Perícia grafotécnica que confirmou a falsidade da assinatura da autora no contrato impugnado. Inexigibilidade da dívida reconhecida. Pedido de devolução em dobro não acolhido. Inexistência de prova da má-fé por parte dos réus. Danos morais caracterizados. Sentença de parcial procedência parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença de fls. 184/186, objeto de embargos de declaração, acolhidos a fls. 201, cujo relatório adoto em complemento, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação declaratória de inexistência de débito c.c. danos morais, proposta por Noemi Rodrigues dos Santos Cândido contra Banco Pan S/A para declarar a inexistência do contrato de adesão de cartão de crédito consignado e a inexigibilidade da dívida decorrente do referido cartão, no valor de R$ 1.714,98, com a confirmação da tutela deferida a fls. 22/23. O banco/réu foi condenado a devolver os valores descontados para o pagamento do empréstimo, acrescido de correção monetária do desembolso e de juros a partir da citação, pela taxa básica de juros, denominada taxa Selic, do Comitê de Política Monetária (COPOM), a ser apurado em liquidação de sentença. Pelo princípio da causalidade, o réu foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00, anotada a gratuidade.

Inconformada, a autora apela requerendo a condenação do banco/réu ao pagamento de danos morais. Aduz que resta evidente que o réu perpetrou os descontos de forma totalmente indevida, com nítida má-fé, devendo a restituição dos valores descontados indevidamente ocorrer de forma dobrada, diante da conduta ilícita do réu, o que causou grande prejuízo à autora. Alega que vem lutando contra a contratação indevida desde 03/2019, eis que ingressou com ação anteriormente no Juizado Especial Cível (0001600-77.2019.8.26.0006), porém

Acesso ao Sumário

teve seu processo extinto sem resolução do mérito, necessitando ingressar com a presente ação na Justiça Comum, e somente teve seu direito reconhecido em 2021, ou seja, mais de dois anos sofrendo com os descontos indevidos da ré. Enfatiza que restou incontroverso o prejuízo sofrido, visto que os descontos abusivos interferem diretamente na subsistência da autora que necessita dos seus proventos para a sua sobrevivência. Requer o provimento do recurso para que o réu seja condenado na restituição em dobro dos valores indevidamente descontados bem como ao pagamento de danos morais em R$ 15.000,00 (fls. 197/200).

Recurso tempestivo, anotada a gratuidade concedida à autora (fls. 22).

O apelado apresentou contrarrazões, requerendo o desprovimento do recurso (fls. 206/210).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A autora alegada na inicial, em síntese, que ao verificar seu extrato bancário foi surpreendida com depósito de R$ 1.714,98 em sua conta e ao verificar a origem do valor, lhe foi informado que se tratava de empréstimo de cartão de crédito consignado o qual não foi solicitado pela requerente. Informa que nunca recebeu o cartão. Sustenta que mesmo após realizada a devolução do valor não solicitado, o réu realiza os descontos, além de manter em seu extrato do INSS uma reserva de margem consignável, não autorizada. Requer a antecipação de tutela para suspender imediatamente os descontos referentes ao empréstimo de cartão de crédito consignado, sejam as dívidas proveniente deste cartão declaradas indevidas/inexistentes, sejam restituídos em dobro todos os valores debitados indevidamente com os acréscimos legas, e caso não entenda pela devolução em dobro, requer a devolução na forma simples, com juros e correções monetárias e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00.

O réu, em resposta, alega que a autora celebrou o contrato por meio de correspondente bancário e entregou os documentos pessoais, bem como efetuou saque à vista do valor de R$ 1.714,98 (fls. 11), creditado em sua conta corrente. Esclarece que a autora a tinha ciência de que assinava contrato de saque via cartão de crédito consignado. Sustenta a inexistência do vício de consentimento, uma vez que houve a apresentação de toda a documentação necessária e o cumprimento de todos requisitos legais, não há que se falar em falha na prestação de serviços, nem indenização e ainda que houvesse condenação de pagamento de indenização, deveria ser observada a razoabilidade. Requer a improcedência da ação (fls. 43/83).

Acesso ao Sumário

A r. sentença, respeitado o entendimento do Juízo *a quo*, deve ser parcialmente reformada.

A alegação da autora de que não firmou com o réu o Contrato de Emprés-

timo nº 0000724075115 (fls. 68/71) deve ser aceita. Isso porque a perícia grafotécnica realizada a fls. 143/168 concluiu que a assinatura lançada no contrato é falsa, pois não partiu do punho escritor da autora (fls. 143):

"*AS ASSINATURAS ATRIBUÍDAS À NOEMI RODRIGUES DOS SANTOS CANDIDO, QUE FIGURAM NOS DOCUMENTOS DIGITALIZADOS ÀS FLS. 61/64, DESCRITOS NO CAPÍTULO PEÇAS DE EXAME, NÃO SE IDENTIFICAM GRAFICAMENTE COM AQUELAS CONSTANTES DO MATERIAL GRÁFICO OFERECIDO PELA RESPECTIVA PESSOA HOMÔNIMA, SENDO, PORTANTO, FALSAS*."

Incumbia ao réu, nessas circunstâncias, provar os fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil/15, o que não ocorreu.

Justificada, assim, a declaração de inexistência do contrato impugnado na inicial, de rigor a declaração de inexigibilidade dos valores cobrados pelo réu.

Inquestionável que o serviço oferecido pelo réu não funcionou corretamente, tendo em vista que foi realizada transação indevida em nome da autora (contrato de empréstimo), evidenciando que o banco/réu não tomou as cautelas necessárias para evitar a celebração do contrato por terceiros em nome da autora, causando-lhe transtornos que excederam a meros dissabores, razão pela qual os danos morais são devidos.

O entendimento pela responsabilidade objetiva da instituição financeira, em caso de fraudes e delitos praticados por terceiros, foi consubstanciado na Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça:

"*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*"

Em se tratando de responsabilidade objetiva, incumbia ao réu/apelante demonstrar que o evento ocorreu por culpa exclusiva do autor, o que não aconteceu. Neste sentido:

"*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUES SUCESSIVOS EM CONTA CORRENTE. NEGATIVA DE AUTORIA DO CORRENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.*

- É plenamente viável a inversão do ônus da prova (art. 333, II do CPC) na ocorrência de saques indevidos de contas-correntes, competindo ao banco (réu da ação de indenização) o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

- Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha.

Acesso ao Sumário

- Se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência. Recurso especial parcialmente conhecido, mas não provido." (REsp 727.843-SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. em 15/12/2005, DJ de 01/02/2006).

Destarte, justificado o cabimento da indenização pelo dano moral causado e o nexo etiológico entre aquele e a conduta do banco/réu, resta analisar o valor a ser fixado.

Inexiste norma legal específica para a fixação do valor da indenização, pautando-se a doutrina e jurisprudência pelo princípio da razoabilidade, levando-se em conta a gravidade do dano e o nível socioeconômico das partes.

A respeito dos critérios para a fixação do valor do dano moral, enfatizou o STJ:

"*A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e as peculiaridades de cada caso.*" (REsp 171.084/MA, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/1998, DJ 05/10/1998, p. 102).

Também deve ser observada a dupla função da indenização: compensar a vítima pelos danos suportados e punir o ofensor pelo ato realizado, conforme bem destacou a Ministra ELIANA CALMON:

"*O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.*" (REsp 604801 / RS, j. em 23/03/2004).

Diante das particularidades do caso, e considerando as diretrizes acima mencionadas, o valor da indenização deve ser fixado em R$ 5.000,00, quantia essa proporcional e razoável às circunstancias do caso concreto, que também não destoa do que comumente adotado por este E. Tribunal de Justiça ao julgar demandas similares, acrescido de correção monetária a partir da publicação do acórdão, nos termos da Súmula 362 do STJ, e e juros de 1% ao mês a partir da citação por se tratar de responsabilidade contratual.

O valor pleiteado em sede recursal de R$ 15.000,00 é excessivo e não atende aos princípios acima mencionados, ressaltando que não restaram com-

Acesso ao Sumário

provadas nos autos maiores repercussões extrapatrimoniais na vida da autora decorrentes da negativação impugnada.

O pedido da autora para que o réu lhe devolva os valores indevidamente descontados em dobro não merece acolhimento, porquanto inexistente nos autos a prova da má-fé por parte do banco/réu. Plenamente aplicável, ao caso, o disposto na Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal:

> "*Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil*" (O art. 1.531 do Código de 1916 corresponde ao art. 940 do atual Código).

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo nesse sentido:

> "*Somente a cobrança de valores indevidos por inequívoca má-fé enseja a repetição em dobro do indébito.*" (AgRg no REsp 1127566/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 23/03/2012).

Esta C. Câmara, na esteira do entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, entende que a penalidade prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor apenas tem lugar quando presente a má-fé do fornecedor de serviços, o que não se verifica no caso concreto.

Sobre o tema, já decidiu esta Colenda Câmara:

> "*Apelações. Prestação de serviços de telefonia. Ação declaratória c.c. pedido de indenização por danos morais. Cobrança indevida de serviços não contratados pela autora. Determinação para devolução em dobro afastada, mantendo-se a devolução simples, por ausência de prova da má-fé da ré. Danos morais configurados. Valor arbitrado a título de indenização mantido. Juros moratórios computados a partir da citação, por se tratar de relação contratual. Honorários advocatícios majorados. Recursos parcialmente providos.*" (Apelação 1007530-30.2017.8.26.0297; desta relatoria; 37ª Câmara de Direito Privado; j. 14/08/2018).

Assim, a devolução de eventual indébito a ser restituído deve ocorrer na forma simples, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, por se tratar de responsabilidade contratual, e correção monetária, desde o desembolso de cada quantia paga indevidamente. Salienta-se que fica autorizada, desde já, eventual compensação entre as partes, nos termos do art. 368 do CPC, se o caso.

Destarte, o recurso de apelação provido apenas para condenar o réu ao pagamento de danos morais no valor de R$ 5.000,00, nos termos acima fundamentado, mantendo-se, no mais, a sentença apelada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposi-

Acesso ao Sumário

ções legais discutidas pelas partes.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0004951-76.2012.8.26.0338, da Comarca de Mairiporã, em que é apelante ELIAS DA SILVA BUENO, é apelado IZAIR RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.184)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), MARINO NETO e MARCO FÁBIO MORSELLO.

São Paulo, 3 de setembro de 2021.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Sentença que julgou improcedente o pedido formulado pelo autor - Insurgência do requerente - Alegação de que restou demonstrada a invasão do imóvel pelo réu, bem como que ele e os antigos proprietários exerceram posse mansa e pacífica sobe o imóvel - Descabimento - A tutela possessória socorre aquele que possui a melhor posse - Hipótese em que o autor, embora sustente ser o proprietário do bem, não demonstrou ter exercido posse sobre o imóvel - Prova pericial que concluiu que o imóvel era ocupado pelo réu e sua família, não havendo a alegada invasão - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença, cujo relatório se adota, que, em "*ação de reintegração de posse com pedido de liminar*", ajuizada por ELIAS DA SILVA BUENO contra IZAIR RODRIGUES, julgou improcedente o pedido formulado pelo autor, condenando-o ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários sucumbenciais em favor da

advogada do réu, fixados em 15% do valor atribuído à causa (fls. 221/225).

Recorre o autor. Afirma que a r. sentença não se coaduna com as provas produzidas nos autos, como a cópia da escritura pública e da matrícula do imóvel, bem como a prova testemunhal produzida na audiência de justificação. Argumenta que o réu apresentou defesa por meio de advogado sem representação processual regular. Alega que o requerido juntou aos autos documentos sem assinatura. Defende que o comprovante de pagamento de IPTU sem a sentença de usucapião não gera direito à propriedade. Aduz ter demonstrado que o imóvel se encontrava totalmente desabitado. Salienta que o perito nomeado pelo juízo não examinou os autos devidamente, "*pois até mesmo as fotos juntadas pelo mesmo não são da mesma residência da época do litígio*" (fl. 235). Acrescenta que o réu não demonstrou a posse do imóvel. Menciona que os depoimentos colhidos dão conta que o autor e os antigos proprietários do imóvel sempre exerceram a posse mansa e pacífica do bem. Destaca que o réu, de forma criminosa, lançou suspeita sobre a autenticidade da escritura lavrada pelo Cartório de Registro de Imóveis. Defende que, embora o réu afirme que sua genitora adquiriu o imóvel em 1990, não demonstrou tal fato. Ressalta que alguns dos termos de cessão de direitos hereditários, por meio dos quais o réu afirma ter sido beneficiado com a doação do imóvel, sequer estão assinados.

Recurso recebido e contrariado (fls. 247/250).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de "*ação de reintegração de posse com pedido de liminar*", ajuizada por ELIAS DA SILVA BUENO contra IZAIR RODRIGUES.

O autor narrou, na petição inicial, que, por meio de compromisso de compra e venda celebrado em 24/01/2012 com ISMAEL RODRIGUES e MARINA ORTIZ RODRIGUES, tornou-se proprietário do imóvel registrado sob a matrícula nº 35.713 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Mairiporã (SP). Afirmou que, no mês de setembro de 2012, foi surpreendido com a invasão do imóvel pelo réu. Alegou que requerido se negou a desocupar o imóvel amigavelmente.

Nesse contexto, ajuizou a presente ação, a fim de ser reintegrado na posse do imóvel.

Em contestação, o réu afirmou que o autor jamais teve a posse do imóvel. Aduziu que é irmão de ISMAEL RODRIGUES, que figurou como vendedor do bem ao autor. Sustentou que a "*escritura de fls. 11 é ideologicamente falsa*", pois "*o vendedor Ismael, na qualidade de herdeiro, não tinha direito algum sobre o imóvel para vendê-lo*" (fl. 79). Destacou que o imóvel foi adquirido por sua genitora, AMÉLIA, da IMOBILIÁRIA GAULÊZ em agosto de 1990. Defendeu que sua genitora residiu no local até a data de sua morte. Acrescentou

Acesso ao Sumário

que, após a morte de sua mãe, passou a residir no imóvel, inclusive responsabilizando-se pelo pagamento de tributos a ele relativos. Ressaltou que seu irmão, ISMAEL RODRIGUES, ficou responsável por transferir o imóvel para o nome de sua genitora, mas jamais o fez e, aproveitando-se da morte desta, transferiu o bem para si, "*fraudando o direito de herança dos irmãos*" (fl. 80).

Após a produção de prova pericial, o D. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado pelo autor, nos seguintes termos (fls. 221/225):

"*O pedido é improcedente.*

Em ações possessórias, vence a demanda aquele que provar a melhor posse.

Nesse sentido:

'DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - Ação possessória - Reintegração de posse - Discussão sobre a propriedade do bem - Alegação das partes que são titulares do domínio - Falta de interesse de agir - Inadequação da via eleita. Como cediço, em sede de possessória, o juiz deve decidir a ação em favor daquele que provar a melhor posse e não se ater à discussão sobre a propriedade, que possui via própria. Posse e propriedade são institutos jurídicos diferentes, que não podem ser confundidos pelas partes na pretensão de seus direitos. Evidenciado nos autos, que as partes argüem ser possuidores de boa-fé porque titulares do domínio, não há como se prosseguir nesta ação, por falta de adequação da via eleita.' (grifei - TJDF - APC nº 20.000.110.553.064 - 3ª T.Cív. - Rel. Des. Vasquez Cruxên - DJU 06.03.2002).

No caso em apreço, o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar de estava na posse do imóvel e de que fora esbulhado, fato constitutivo do seu direito, o que acarreta a improcedência do pedido.

Com efeito, a testemunha José Leandro França, ouvido em audiência de justificação, afirmou que o imóvel objeto da lida era ocupado no passado pela esposa do requerido. Em junho ou julho de 2012, ela desocupou o imóvel, que voltou a ser ocupado pelo réu no final de setembro do mesmo ano. Afirmou ainda que ouviu comentários de que o terreno era de Ismael Rodrigues, irmão do demandado e que por volta de agosto de 2012 houve um incêndio no local e que na época a casa estava vazia (fl. 39).

Também foi ouvido Ismael Rodrigues que afirmou ter comprado o imóvel em 1989 de César Borges, sem no entanto promover registro, o que só foi feito em 2011. Por volta de abril de 2012, negociou a venda ao autor. Afirma, ainda, que seus irmãos, dentre eles o requerido, acreditam que o imóvel faz parte de herança (fl. 40).

Acesso ao Sumário

O instrumento particular de compromisso de compra e venda juntado a fls. 12/14 demonstra que o imóvel fora adquirido pelo autor em janeiro de 2012, cinco meses antes do ajuizamento da ação.

O perito judicial, em resposta a quesito formulado pelo juízo, afirma que não há comprovação de que Ismael Rodrigues tenha adquirido o imóvel sozinho, uma vez que há documentos que apontam a compra por Amélia Rodrigues Alves e o pagamento de impostos atrasados por seu genro. Responde, ainda, que 'os documentos juntados aos autos indicam que antes de deferido o pedido liminar, a posse era exercida pela família Rodrigues, sendo que Izair Rodrigues voltou a residir no local mesmo após o incêndio'. Ademais, narra ter entrevistado um vizinho do imóvel que afirmou que o requerido morou no imóvel com a esposa. Após a ocorrência de incêndio que danificou severamente a edificação, o réu procurou recuperar o imóvel (fls. 182/184 e 207).

Conforme se observa dos autos, há discussão acerca da anterior propriedade do imóvel por Ismael Rodrigues e consequentemente da validade da venda desta ao requerente.

Tais considerações, contudo, são irrelevantes para o deslinde do feito porque, como mencionado alhures, em ações possessórias sagra-se vencedor aquele que possui a melhor posse, e não o proprietário.

Para fins de reintegração na posse, incumbe ao autor demonstrar a sua posse anterior, o posterior esbulho praticado pelo réu e a data de sua ocorrência, nos precisos termos do artigo 561 do Código de Processo Civil.

Na hipótese vertente, o polo ativo não demonstrou por qualquer meio sua posse.

Assim, não se encontram presentes os requisitos que poderiam autorizar a reintegração de posse pretendida, nos termos do artigo 927 do CPC/73 (artigo 561 do NCPC):

'Art. 927. 'Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração'.

Ademais, nos termos do artigo 1.210, § 2º, do Código Civil, 'Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa'.

A alegação de propriedade não basta, portanto, para a procedência da ação possessória.

Consigno, mais uma vez, que nesse sentido posiciona-se o egrégio Tribunal bandeirante:

Acesso ao Sumário

'APELAÇÃO USUCAPIÃO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE ESBULHO Pretensão baseada em título de domínio, obtido em ação de usucapião - Reconhecido que as ações possessórias destinam-se à proteção da posse, enquanto exercício de fato sobre a coisa, não se discutindo propriedade, domínio ou qualquer outro direito sobre a coisa - Posterior imissão na posse não demonstrada - Título aquisitivo que serve para embasar ação reivindicatória, que tem natureza de ação petitória incompatível com a ação possessória, que pressupõe o efetivo exercício da posse. Ausentes os pressupostos do art. 927, do CPC - Ação improcedente - Apelo improvido" (Apelação nº 0002303-31.2009.8.26.0338, Rel. Des. Salles Vieira, j. em 27/11/2014).

Por todo o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos e, em consequência, EXTINGO O PROCESSO, com resolução do mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Em consequência, revogo a liminar concedida initio litis.

Por fim, condeno a parte autora ao pagamento das custas, despesas judiciais e honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido."

Contra esta sentença se insurge o autor, ora apelante.

A pretensão, contudo, não merece acolhida, devendo a r. ser mantida por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir.

O artigo 1.210 do Código Civil dispõe que: "*O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado*".

Acerca da tutela possessória, ensina FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO:

"*Percebe-se facilmente que a posse pode ser considerada sob dois ângulos distintos: a) em si mesma, independentemente do fundamento ou do título jurídico; e b) como uma das faculdades jurídicas que integram a propriedade, ou outras relações jurídicas.*

***A expressão ius possidendi significa, literalmente, direito à posse, ou direito de possuir. É a faculdade que tem uma pessoa, por ser já titular de uma situação jurídica, de exercer a posse sobre determinada coisa**. É a posse vista como o conteúdo de certos direitos. Pressupõe uma relação jurídica preexistente, que confere ao titular o direito à posse. (...) O titular do ius possidendi, ao invocar o seu título ou relação jurídica preexistente (real ou pessoal) para assegurar o direito à posse, instaura o chamado juízo petitório. Não se discute a posse em si mesma considerada, mas a razão, ou causa, pela qual se deve possuir.*

Acesso ao Sumário

O jus possessionis, inversamente, é o direito originado da situação jurídica da posse, independentemente da preexistência de uma relação jurídica que lhe dê causa. É indiferente a incidência, ou não, de um título para possuir. Aqui a posse não aparece subordinada a direitos, nem é emanada deles, formando parte de seu conteúdo. Alguns autores chegam a negar a expressão jus, preferindo factum possessionis, como melhor significado de posse sem título anterior. É o reflexo da autonomia do instituto da posse, que se mostra em toda sua pureza*. É o fato da posse per se, necessário e suficiente para ter ingresso na significação jurídica. (...) Recebem a proteção possessória, ainda que lhes falte um título que justifique a posse ou dê causa a ela. É o direito de posse. Seu único suporte é a sua própria existência e presença.*

A melhor forma de distinguir o juízo petitório do possessório é manter a estrita correlação entre o jus (factum) possessionis e o possessório e entre o jus possidendi e o petitório. Com isso, garante-se a distinção entre a posse a propriedade e, sobretudo, protege-se a posse per se como instituição jurídica autônoma.

A tutela possessória - só possessória - mínima e básica, na ordem jurisdicional, está constituída pelos interditos, ou, entre nós, ações possessórias em sentido estrito. Deve-se, nas ditas ações possessórias, defender a posse como tal, sem outras ajudas e sem outras complicações: só e simplesmente. Se por trás dela parece um direito que e a atribua, é indiferente. *Isso porque posso provar o direito, mas não obter a posse. Posso, em contrapartida, obter a posse e não provar o direito. Aqui é o ponto em que a posse aprece em sua plenitude e, diria, em sua solidão*" (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *In*: Peluso, Cezar. (org.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 12ª edição. Barueri, SP: Manole, 2013, pp. 1.119, grifo nosso).

Nesse cenário, impõe-se averiguar quem detém a melhor posse, e não o direito de possuir.

Na hipótese, contudo, o autor não logrou demonstrar que exercia a posse sobre o imóvel e que o réu praticou o esbulho alegado.

Com efeito, o autor sustenta ser o "*verdadeiro e único proprietário do imóvel*" (fl. 236) e instruiu a petição inicial com cópia da matrícula nº 35.713 do Cartório de Registro de Imóveis de Mairiporã (SP), segundo a qual o imóvel objeto da lide está registrado em nome de ISMAEL RODRIGUES e MARINA ORTIZ RODRIGUES, que teriam adquirido o bem em 26/11/1989, pelo preço de R$ 0,01 (um centavo de real) (fl. 11).

O requerente apresentou, ainda, "*Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra*" do referido imóvel, celebrado com ISMAEL RODRI-

Acesso ao Sumário

GUES e MARINA ORTIZ RODRIGUES em 24/01/2012 (fls. 12/14).

Não obstante, os demais elementos dos autos não indicam que o autor exerceu posse sobre o imóvel.

De fato, a testemunha JOSÉ LEANDRO FRANÇA, arrolada pelo próprio autor em audiência de justificação, afirmou que o imóvel "*no passado, era ocupado pela pessoa de nome Terezinha, que é esposa do Sr. Isair* [réu]". Mencionou que, em junho ou julho de 2012, a esposa do réu desocupou o imóvel, tendo o requerido tornado a ocupar o bem em setembro de 2012. Afirmou, ainda, que a mãe do réu, AMÉLIA, morou no terreno há muitos anos (fl. 39).

Por sua vez, a testemunha ISMAEL RODRIGUES, que teria vendido o imóvel ao autor, afirmou que adquiriu o bem em 1989 de CÉSAR BORGES, por intermédio da IMOBILIÁRIA GAULÊZ. Afirmou, também, que é irmão do réu e que tanto o requerido como os demais irmãos "*pensam que o imóvel é objeto de herança*" (fl. 40).

Além disso, o réu juntou aos autos recibo de pagamento de prestação relativa ao imóvel objeto da lide, emitido pela IMOBILIÁRIA GAULÊZ em 20/08/1990, em favor de AMÉLIA RODRIGUES, mãe do réu e da testemunha ISMAEL RODRIGUES (fls. 42/43).

Não bastasse isso, o requerido apresentou a certidão de óbito de sua genitora, da qual consta que foram deixados bens (fl. 41), assim como diversos documentos denominados "*Termo de cessão de direitos hereditários*", firmados por irmãos do réu, em que estes teriam cedido seus direitos para o requerido em 2010 (fls. 44/52).

Nesse passo, cumpre registrar que o fato de o documento de fl. 46 não estar assinado pela herdeira LEONILDE não é suficiente para afastar a conclusão amparada no conjunto dos demais documentos devidamente firmados por outros herdeiros.

Também há nos autos documentos que indicam ter o cônjuge de uma das irmãs do réu, ROSALINA RODRIGUES, assumido obrigação relativa ao pagamento de tributos atrasados relacionados ao imóvel (fls. 55/60), assim como cópias de contas de consumo de água e energia elétricas, datadas de 2011, em nome do réu.

Nesse cenário, o perito nomeado pelo juízo concluiu não haver comprovação de que ISMAEL RODRIGUES tenha adquirido sozinho o imóvel objeto da lide, não havendo nos autos "*comprovação que contrarie a ideia de que o imóvel é de toda a família*" (fls. 182/183).

Outrossim, o *expert* consignou ter entrevistado vizinho do imóvel, de nome ODAIR, "*que afirmou ter conhecido o Sr. Izair que morou no imóvel com a esposa*" e que, após incêndio no local, "*o Sr. Izair procurou recuperar o imóvel*" (fl. 184).

Nesse contexto, conclui-se que não restou demonstrada a invasão do imóvel pelo réu, tampouco a posse exercida pelo autor.

Portanto, não merece reparo a r. sentença recorrida.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Em razão da sucumbência, tendo em vista o disposto no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelo apelante, pelo trabalho adicional realizado em segundo grau, para 17% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000649-08.2021.8.26.0326, da Comarca de Lucélia, em que é apelante/apelado ELVIRA CARDOSO GUIMARÃES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso da autora e NEGARAM PROVIMENTO ao recurso da instituição financeira. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.975)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente sem voto), PENNA MACHADO e LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por danos materiais e morais. Idosa. Descumprimento do ônus probatório pelo banco. Art. 6º, VIII, do CDC. Ação julgada procedente apenas para reconhecer a inexistência de relação contratual. Interposição de apelo pelas partes. Fraude contratual inequívoca. Vulnerabilidade da consumidora, idosa, inconteste e que implica na condenação do banco por danos morais. Recurso, da autora, provido. Recurso, do banco, improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 124/127, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente ação para declarar nula a contratação de empréstimo bancário em razão do descumprimento do ônus probatório pela instituição financeira conforme as regras do CDC.

Por outro lado, o r. julgado afastou a pretensão de repetição do indébito porque entendeu que nenhum desconto foi efetuado sobre o benefício previdenciário da autora (fl. 126), bem como a pretensão de reparação por danos morais ao fundamento de que o demandante sofreu mero aborrecimento.

Apela a autora (fls. 129/137) a perseguir a condenação da instituição financeira ré por danos morais. Alega que a hipótese decorre de reconhecimento de fraude contratual sobre benefício previdenciário e, assim, deve a instituição financeira indenizar a autora pelo abalo moral havido.

O banco, a seu turno, também recorre (fls. 138/144). Pugna, inicialmente, pela concessão de efeito suspensivo e, no mérito, visa ao reconhecimento da legitimidade da relação contratual questionada, da inexistência de dano e da inadmissibilidade da responsabilidade objetiva no caso.

O recurso foi processado e respondido pelas partes (fls. 149/150 e 152/161).

É o relatório.

Inexiste óbice ao conhecimento dos recursos[1].

Inicialmente, anote-se que não há motivos para a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, não havendo qualquer indicação de risco grave ou de difícil reparação, anotado também o pronto julgamento da apelação.

A parte autora notou crédito desconhecido em sua conta, no valor de R$ 2.266,37, decorrente de contrato de financiamento que desconhece e, dessa forma, ajuizou em face da instituição requerida ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c pedido de reparação por danos materiais e morais, a qual foi julgada parcialmente procedente, nos moldes relatados.

Aplica-se no caso trazido a exame a Súmula 297 do C. STJ[2] e, assim, conforme já asseverado pela r. sentença, cabia à requerida o ônus de provar a existência da relação jurídica questionada pela autora, consistente em desconto no seu benefício previdenciário em razão de empréstimo consignado, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, notadamente em razão da vulnerabilidade da requerente, idosa, perante a instituição financeira.

Ao contestar o feito, o banco não apresentou um documento sequer para comprovar que houve legitima contratação.

Acesso ao Sumário

1 A gratuidade de justiça foi deferida à autora conforme se lê de fl. 21.

2 Súmula nº 297 do C. STJ: "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*"

Porém, a prova da origem contratual seria facilmente produzida pela instituição financeira, visto que a instituição tem (ou deveria ter) em seu poder as informações e documentação referentes aos contratos por ela firmados.

Desse modo, a instituição bancária não se desincumbiu de seu ônus probatório, nos termos do CDC e do artigo 373, II, do Código de Processo Civil, de modo que a relação contratual não restou comprovada.

Assim, deve ser reconhecida a falha na prestação do serviço oferecido pelo banco, pois era mesmo de ser declarada a inexistência do empréstimo consignado à luz da legislação consumerista (art. 14, do CDC).

Em outras palavras, se a adoção do método de contratação versado possibilita que terceiros consigam contratar em nome de outrem, deverá o réu suportar as consequências decorrentes de tal fato, nos termos do art. 14, do CDC:

> *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.*
>
> § 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> *I - o modo de seu fornecimento;*
>
> *II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III - a época em que foi fornecido.*

Registre-se que a hipótese não se trata de excludente de responsabilidade por fato de terceiro ou culpa da vítima, não tendo aplicação, pois, o disposto no art. 14, § 3º, I, do CDC.

Assim, o banco deve ser condenado por danos morais, na monta de R$ 5.000,00, à luz do disposto no art. 5º, incisos V e X, da CF e no art. 6º, inc. VI, do CDC, acrescida de juros desde o ilícito (6/4/2021 - fl. 13) e de correção monetária nos termos da Súmula nº 362, do STJ: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*".

Referido valor revela-se adequado levando-se em consideração os precedentes da Câmara, as condições sociais e econômicas das partes, o ilícito, a inexistência de enriquecimento sem causa da autora e o impacto gerado à instituição financeira para dissuadi-la de práticas tais quais a relatada nos autos.

Além disso, o caso é de violação de direito fundamental de consumidor -idoso, cuja aposentadoria foi gravada indevidamente, devendo ser considerada a vulnerabilidade emocional e técnica para o reconhecimento da ocorrência do dano moral *in re ipsa*.

A propósito a doutrina de Bruno Miragem, no sentido de que *cumpre lem-*

Acesso ao Sumário

brar em relação ao consumidor idoso, as recentes contratações de empréstimos financeiros com pagamento consignado em folha, permitidos pela autarquia responsável pelos benefícios e proventos de aposentadorias da Previdência Social. Trata-se, também nestes casos, de uma contratação em que deve se ter em conta a vulnerabilidade agravada do idoso, em especial frente à realidade social dos baixos valores pagos pela Previdência Social, que fazem do recurso ao empréstimo consignado em folha de pagamento, muitas vezes, uma necessidade do consumidor idoso para atendimento de despesas ordinárias pessoais ou ainda, em vista da taxa de juros favorecida, como recurso para o atendimento das necessidades de parentes ou amigos próximos. Aqui se reforçam os deveres de lealdade, informação e colaboração entre o consumidor idoso e a instituição financeira que realiza o empréstimo, em vista de suas condições de adimplir o contrato sem o comprometimento de necessidades vitais, assim como a se evitar o consumo irresponsável de crédito e o superendividamento. Nesses casos, portanto, a vulnerabilidade agravada do idoso será critério para interpretação das circunstâncias negociais, e do atendimento, pelo fornecedor, do dever de informar, considerando o direito básico do consumidor à informação eficiente e compreensível. A vulnerabilidade agravada do consumidor idoso, neste sentido, será critério para aplicação, na hipótese, de diversas disposições do CDC, como as estabelecidas no artigo 30, 35 (sobre oferta), 39, IV (sobre prática abusiva), 46 (sobre ineficácia das obrigações não informadas), e 51 (nulidade de cláusulas abusivas)[3].

Ante a sucumbência recursal da ré e a mínima sucumbência da autora, majoro a condenação da instituição financeira em honorários de advogado para 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 8º e § 11, do CPC e art. 86, parágrafo único, do mesmo diploma[4].

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do recurso da autora e pelo IMPROVIMENTO do recurso da instituição financeira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001261-41.2021.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes ETOLIA EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIOS LTDA. e ROSSI RESIDENCIAL S/A, é apelada ÉRIKA BETIATI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito

3 Curso de Direito do Consumidor - Ed. 2020 - Revista dos Tribunais - PARTE I. FUNDAMENTOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR - Página RB-1.40 (endereço eletrônico constante no texto original)

4 A fixação de indenização por danos morais em valor menor que o pedido não importa em sucumbência recíproca (Súmula 326 STJ).

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 41628)**

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

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - COMPRA E VENDA - BEM IMÓVEL - Ação de rescisão contratual c/c indenização por danos materiais, com pedido de antecipação de tutela em sede liminar - Sentença de procedência acertada - Afastada a tese preliminar de ilegitimidade passiva da corré Rossi Residencial, assim como as demais preliminares ventiladas - Insucesso do negócio jurídico que se deu por culpa exclusiva da parte requerida - Obtenção do recurso junto ao agente financeira inviabilizada por irregularidades alheias à vontade da compromissária compradora - Rés que não providenciaram a baixa na anotação junto à Central Nacional de Indisponibilidade de Bens, a fim de possibilitar que a autora obtivesse o financiamento bancário, o que inviabilizou a quitação do preço do imóvel negociado entre as partes - Impossibilidade de retenção de valores - Aplicação da Súmula 543 do C. STJ - Devolução dos valores que deve ser integral - Juros de mora fixados corretamente pelo MM. Juízo singular - Determinação quanto a restituição de valores cobrados indevidamente a título de condomínio e IPTU que não cabe reversão - Abusividade da cláusula contratual bem reconhecida, ao passo que tais despesas somente podem ser cobradas da promitente compradora a partir da entrega da posse do imóvel - Sentença de procedência mantida, inclusive por seus próprios e jurídicos fundamentos, porquanto deu correta solução à contenda - Recurso desprovido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de fls.

242/247, cujo relatório se adota, que julgou procedentes os pedidos formulados por ÉRIKA BETIATI em face de ETÓLIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA. e ROSSI RESIDENCIAL S/A, confirmando a tutela outrora concedida, para o fim de: (i) DECLARAR resolvido o compromisso de compra e venda firmado entre as partes, em decorrência do inadimplemento contratual das rés; (ii) CONDENAR as rés, solidariamente, a restituir integralmente os valores pagos pela autora a título de quitação do preço, sem nenhuma retenção ou aplicação de penalidade. Os valores deverão ser corrigidos monetariamente, desde cada desembolso, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação, e devolvidos em uma única prestação a teor do que determina a súmula "2" editada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo; (iii) DECLARAR inexigíveis em face da autora as cobranças de IPTU e Despesas Condominiais incidentes sobre o imóvel objeto da lide, vez que não houve a imissão na posse, sendo tais pagamentos de responsabilidade das rés, e caso tenha havido quitação de tais despesas pela autora, as quantias deverão ser-lhe restituídas pelas rés, corrigidas monetariamente desde cada desembolso e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação. Em razão da sucumbência, condenou as rés a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, e honorários advocatícios da parte adversa, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

2. Irresignadas, apelam as requeridas (fls. 249/263), pleiteando, preliminarmente, o reconhecimento da ilegitimidade passiva da ROSSI RESIDENCIAL S/A, empresa criada com o fim específico de realizar a implantação do empreendimento imobiliário denominado "Rossi Mais Parque da Lagoa", a qual não fez parte do contrato firmado pela autora. Igualmente, apontam ilegitimidade passiva de ambas no tocante às despesas condominiais, nos termos do artigo 1.345 do Código Civil e cláusula 10.2, letra "b", do contrato entabulado entre as partes e tendo em vista o previsto em contrato de compra e venda, que indica expressamente ser ônus do adquirente tais valores, ainda que anteriores à posse. O mesmo raciocínio valeria para despesas com IPTU a partir da instalação do condomínio.

Acesso ao Sumário

3. Superada a preliminar recursal, sustentam, em apertada síntese, que deve ser observada as cláusulas contratuais no que diz respeito a determinação de devolução das quantias adimplidas, ou seja, respeitado o percentual de retenção. Isso decorreria do fato de que o fator principal que motivou a rescisão contratual foi a não obtenção de financiamento, por culpa exclusiva da apelada, fato trazido repetidas vezes na contestação. No mais, defendem que a irrevogabilidade e a irretratabilidade buscam proteger ambas as partes, comprador e vendedor, pois, assim como o comprador, a vendedora não poderia desfazer o negócio mediante restituição das quantias pagas por livre espontânea vontade ou por interesse próprio, o que causaria indesejável insegurança jurídica. Con-

cluem que não há outra conclusão senão a de que a apelada definitivamente desistiu do negócio que voluntariamente celebrou e que pretende imputar a elas a responsabilidade pelo desfazimento do contrato, fato que reflete diretamente no estabelecimento dos juros moratórios, os quais deverão contar a partir do trânsito em julgado da decisão que o estabeleceu. Assim, no caso em tela, deverão restituir o percentual de 75% (setenta e cinco por cento) desse valor pago, valor sobre o qual incidirá juros moratórios e correção monetária a partir do trânsito em julgado da decisão, devendo, ainda, a apelada arcar com os honorários e demais custas e despesas processuais, sendo certo que foi ela quem deu causa a ação.

4. Contrarrazões apresentadas às fls. 270/287, em que suscitada preliminar apontando a ausência de preparo recursal, além de ser um recurso interposto contra Súmulas 01 e 02 do TJSP c/c Súmula 543 do STJ, razão pela qual deve ser imediatamente negado provimento ao recurso nos termos do artigo 932, inciso IV, alínea 'a' do Código de Processo Civil. E, no mérito a manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos.

FUNDAMENTOS.

5. Por primeiro cumpre reconhecer, a despeito do que apontou a apelada em sede de contrarrazões, que o presente recurso de apelação preenche devidamente os requisitos de admissibilidade, em consonância ao apontado pela z. serventia de primeira instância às fls. 289.

6. Assim, fica, de plano, rechaçada a preliminar de não conhecimento do recurso ventilada pela apelada.

7. Superada essa questão e passível o recurso de conhecimento passo a examinar o recurso de apelação de fls. 249/263.

8. Ainda em caráter vestibular, nego provimento a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelas rés em relação à ROSSI RESIDENCIAL S/A, pois, como bem assinalado pelo MM. Juízo monocrático, ambas as rés participaram da "*cadeia negocial que resultou na comercialização do empreendimento imobiliário em referência*", fato que permite ao compromissário comprador "*a possibilidade do ajuizamento da demanda contra todas ou aquelas escolhidas pelo consumidor, por força de sua responsabilidade solidária consagrada pelo artigo 7º, parágrafo único do CDC*".

9. Nesses moldes, afasta-se, também nesta sede, a preliminar de ilegitimidade passiva ventilada.

10. As demais preliminares suscitadas por ambas as partes - rés (ilegitimidade passiva no tocante às despesas condominiais e de IPTU após a criação do condomínio) e autora (interposição de recurso que ofende Súmulas 01 e 02 do TJSP c/c Súmula 543 do STJ) - se confundem com o mérito recursal e serão enfrentadas oportunamente, pelas razões a seguir expostas.

Acesso ao Sumário

11. Consoante se depreende da petição inicial, a requerente adquiriu apartamento com as requeridas, sendo que o prazo para entrega deveria ocorrer em 90 (noventa dias) dias da contratação, realizada aos 6.7.20 (fls. 24/50).

12. Ocorre que, além do descumprimento dos prazos estabelecidos no contrato, apontou a autora que não conseguiu obter o financiamento bancário para a quitação do contrato, em razão do estado de indisponibilidade de bens das vendedoras.

13. Feito esta breve contextualização do caso concreto e, após detido exame dos autos, tenho que o MM. Juízo *a quo* deu correta solução à contenda, sendo o caso de manutenção da r. sentença de procedência, em especial a constatação de que não colhe a tese defensiva de que a rescisão objeto do presente debate decorreria de vontade unilateral da autora.

14. Em verdade, as rés/apelantes procuram se esquivar de suas responsabilidades. Nada obstante, o que se depreendeu dos autos é que a demora havida na entrega do empreendimento, associada a anotação junto à Central Nacional de Indisponibilidade de Bens são fruto de culpa exclusiva das requeridas/apelantes, **sendo devida a restituição integral dos valores pagos**, não subsistindo o apelo nesse ponto em que pretendia a aplicação do percentual entabulado no contrato, como bem reconheceu o d. magistrado *a quo*:

> "[...]
>
> Restou incontroversa a inadimplência contratual das rés, que não providenciaram a baixa na anotação junto à Central Nacional de Indisponibilidade de Bens, a fim de possibilitar que a autora obtivesse o financiamento bancário, o que inviabilizou a quitação do preço do imóvel negociado entre as partes.
>
> É cediço que grande número de pessoas adquire imóveis dos empreendimentos imobiliários, e é prática majoritária pelos adquirentes pagarem o preço do imóvel com recursos financeiros obtidos através de financiamento bancário.
>
> E para tanto é imprescindível a apresentação da documentação pelo empreendimento, assim como a regularidade de sua administração e bens, sem o que, impossível se torna a obtenção do recurso junto ao agente financeiro. Isto porque tais documentos e a regularidade do empreendimento reveste o imóvel com as anotações que geram o efeito *erga omnes*, como é o caso da hipoteca e da garantia fiduciária.
>
> Inobstante as rés estejam em situação irregular em relação ao seu patrimônio, pretendem carrear a responsabilidade pelo desfazimento do negócio à autora.
>
> **Tal comportamento não pode ser admitido, pois infringe o princípio da boa-fé contratual, eis que não pode o contratante exigir o adimplemento do outro, antes mesmo de ter ele cumprido sua parte no ajuste**.

Acesso ao Sumário

O fato de que a autora iria quitar a maior parte do preço do contrato com o financiamento que seria buscado perante as instituições financeiras, e não com recursos próprios, era fato, obviamente, de conhecimento das rés. Existe até mesmo essa previsão no contrato.

Ora, se o consumidor diz que vai pagar quase a totalidade do valor com financiamento, e se ele informa corretamente todos os seus dados para tal, cabe à vendedora, organizar, orientar e viabilizar (inclusive encaminhando a documentação à instituição financeira) e estar em situação regular para sucesso do processo de financiamento, aguardar a liberação bancária para consumar o negócio. **Se não há a aprovação do crédito por fato não imputável ao consumidor, é claro que o negócio não se consuma por culpa do vendedor**.

Note-se que o comprador somente assina o contrato porque tem do vendedor a garantia de que o financiamento vai ser deferido. Mas, se o financiamento não se concretiza, há de se resolver o contrato, voltando-se as partes ao estado anterior, devolvendo-se todo o valor pago.

Situação diversa seria se o financiamento fosse negado diante de sonegação de informação importante por parte do consumidor, no caso a autora, como pendência financeira, insuficiência de renda mensal etc. Mas, se a questão diz respeito à insuficiência de dados e documentos ou irregularidade da situação econômica e do patrimônio do vendedor, parece obvio que à autora nenhuma responsabilidade se possa debitar.

As rés não apresentaram fato impeditivo, modificativo ou extintivo perante o pleito e as alegações formuladas pela autora, ônus a que estavam adstritas e do qual não se desincumbiram.

Nesta esteira, e configurada a violação e inexecução do contrato por parte das demandadas, de rigor o decreto de rescisão contratual por culpa das rés, retornando as partes ao estado anterior, com consequente devolução integral dos valores que foram pagos pela autora, a título de composição do preço, vedada a aplicação de qualquer retenção, eis que a autora não deu causa à rescisão contratual." (Grifos e destaques nossos).

15. Nesse sentido é clara a Súmula nº 543 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: "*Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador* - ***integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor****, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento*" (Grifos nossos).

16. De fato, o risco empresarial não pode ser transferido ao consumidor, de modo que a condenação das requeridas a restituir a autora **todo o valor pago pela aquisição do imóvel**, corrigido monetariamente pela aplicação da Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir de cada pagamento, incidindo juros de

Acesso ao Sumário

mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, era medida de rigor.

17. Assim, considerando a ratificação da conclusão obtida em primeira instância, fica igualmente rechaçada a pretensão de aplicação do juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença, sendo oportuno reforçar que a culpa pelo insucesso da avença foi das rés e não da autora.

18. Com efeito, devem as requeridas ser responsabilizadas pelos danos causados. Além disso, nos termos do enunciado de súmula editado por este Egrégio Tribunal: Súmula 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*".

19. O mesmo raciocínio vale para rechaçar a suposta impossibilidade de rescisão contratual por ter sido o instrumento firmado em caráter irrevogável e irretratável, lembrando que as apelantes ensejaram o ingresso da presente ação e consequentemente a rescisão contratual.

20. Incabível, do mesmo modo, a tentativa de repassar à compromissária compradora a responsabilidade pelo pagamento de despesas condominiais e IPTU.

21. A autora deveria responder pelas despesas condominiais e IPTU apenas a partir da efetiva entrega das chaves, configurada a abusividade contratual da cobrança de período anterior discutido nestes autos.

22. Como se vê, por qualquer ângulo que se examine a pendenga, de rigor, pois, a manutenção da r. sentença de procedência, por seus próprios fundamentos.

23. E, em razão do resultado, majoro a verba honorária devida pelas recorrentes para 15% (quinze por cento) do valor da condenação, com fulcro no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

24. Destarte, a fim de evitar futuros questionamentos desnecessários, dou por prequestionados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais e constitucionais eventualmente citados em sede recursal, **registrando-se que a oposição de embargos declaratórios com intuito manifestamente protelatório será apenada com multa, conforme prevê a legislação**.

25. Pelo meu voto, então, NEGO PROVIMENTO ao apelo, nos termos da fundamentação supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000738-42.2020.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que é apelante PLANO DE

SAÚDE ANA COSTA LTDA., são apelados JEANNE SILVA OLIVEIRA (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e H.A.O.P. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 49396)**

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

São Paulo, 9 de setembro de 2021.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Ação de obrigação de fazer c.c. dano moral - Autor portador da Síndrome de Noonan - Cobertura integral de tratamento multidisciplinar, pelo método ABA, conforme prescrição médica - Cabimento - Direito da parte autora, independentemente de não previsão destes no rol de procedimentos obrigatórios da ANS - Incidência da Súmula 102 deste Tribunal - Recusa de cobertura que não se sustém - Negativa que compromete o restabelecimento da saúde do beneficiário - Observância à boa-fé objetiva que caracteriza as relações contratuais - Dano moral - Ocorrência - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença, cujo relatório se adota, que, tornando definitiva a tutela antecipada deferida, julgou procedente a pretensão inicial para condenar a ré a custear o tratamento multidisciplinar do autor, pelo método ABA, de psicologia comportamental, fonoaudiologia, terapeuta ocupacional e psicopedagogia, mediante indicação de clínicas credenciadas no município de domicílio do Demandante (considerando integrar a abrangência geográfica), ou reembolso integral na ausência de prestadores referenciados, pela periodicidade recomendada pelos especialistas, até a alta a ser concedida pelo médico assistente, mais o pagamento de indenização a título de danos morais de R$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais), corrigidos monetariamente pela tabela prática do TJSP, a partir do arbitramento (Súmula 362 do C. STJ), com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Em razão da sucumbência, foi a ré condenada, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Acesso ao Sumário

Recorre a ré, sustentando, a legitimidade da negativa de cobertura ao tratamento indicado para o autor, que não encontra previsão no rol da ANS - que reputa taxativo, conforme REsp 1.733.013/PR -, regulado pela RN 428/2017, e nos termos do contrato. Alega que fonoaudiologia, psicologia, terapia ocupacional e psicoterapia, respeitados os limites quanto ao número de sessões, possuem cobertura contratual pelo método tradicional. Entende que não se encontra obrigada a dar cobertura para métodos não convencionais, como ABA. Alega inexistirem danos morais indenizáveis.

Contrarrazões às fls. 590/606, com parecer da d. Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Ao autor, diagnosticado como portador da Síndrome de Noonan, recomendou-se tratamento multidisciplinar (psicologia comportamental, fonoaudiologia, terapia ocupacional e psicopedagogia) pelo método ABA (cf. fl. 39), o que foi negado pela ré, ao argumento de que não tem obrigação legal de cobrir referido tratamento, não incluído no rol da ANS.

Mas, conforme entendimento até mesmo sumulado neste Tribunal, a negativa, em casos tais, contraria a boa-fé objetiva que deve qualificar as relações contratuais, mormente as de adesão, sendo manifestamente abusiva.

Nesse sentido, a Súmula nº 102 deste E. Tribunal de Justiça, "*Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.*".

Quanto à controvérsia sobre o rol da ANS, se taxativo ou exemplificativo, de fato, a Quarta Turma do C. STJ, no julgamento do REsp 1.733.013/PR, ocorrido em 10/12/2019, assinalou ser "*inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas*".

Mas tal conclusão não conduz ao reconhecimento da taxatividade do rol de procedimentos da ANS, legitimando toda e qualquer recusa de cobertura. E, referido julgamento não se reveste de efeito vinculante, de observância compulsória.

Ademais, trata o citado REsp de hipótese distinta do presente caso, pois, naquela, disponibilizou-se ao beneficiário tratamento previsto no rol da ANS, compatível e de reconhecida eficácia, sendo determinada a sua preferência em relação à prescrição médica, pois igualmente adequado às necessidades do paciente.

Há que se ter em mente, também, que esta questão não se encontra pacificada na Corte Superior, havendo inúmeros julgados em sentido contrário, da Terceira Turma, posteriores ao precedente citado. Confira-se, por exemplo, o

AgInt no REsp 1899443/SP, de 12/04/2021.

Ou seja, a Terceira Turma do STJ continua a entender que o rol de procedimentos da ANS é meramente exemplificativo, não estando, ainda, esse Tema, uniformizado como representativo de controvérsia pela 2ª Sessão daquela Corte.

Assim sendo, enquanto não houver a uniformização em torno da questão, o entendimento (não pacificado) da 4ª Turma não é obrigatório, estando em pleno vigor, portanto, a Súmula 102 deste e. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Portanto, prevendo o contrato cobertura para determinada doença, não cabe à seguradora/operadora de plano de saúde definir as técnicas terapêuticas que serão empregadas no tratamento da enfermidade, pena de imiscuir-se na prerrogativa que cabe somente ao médico responsável, detentor do conhecimento técnico-científico necessário para aquilatar a imprescindibilidade e conveniência de suas prescrições.

Em assim sendo, a inclusão da obrigação de custeio das terapias prescritas ao autor é de rigor e tem sido deferida por este Tribunal.

Confira-se casos assemelhados, entre outros:

CONTRATO - Prestação de serviços - Plano de saúde - Segurado, menor, diagnosticado com transtorno de espectro autista, TEA nível 2 (CID 10: F84) - Negativa de cobertura de tratamento médico prescrito pelo médico que assiste o infante, Terapia Fonoaudiológica ABA - 3 horas semanais, Psicoterapia Comportamental, ABA/ Denver 25 horas semanais, (III) Terapia Ocupacional especializada em integração sensorial, 3 horas semanais, Nutricionista especializada em seletividade alimentar 1 hora semanal; Fisioterapia Motora Bobath 1 hora semanal; Musicoterapia 1 hora semanal - Inadmissibilidade - Inclusão, na apólice, de terapia para a moléstia, devendo toda e qualquer medida tendente a minimizá-la ou eliminá-la ser coberta - Recurso do autor provido, improvido o apelo da demandada. (Apelação Cível nº 1010965-88.2019.8.26.0152, 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Álvaro Passos, j. em 03/08/2021)

PLANO DE SAÚDE - AUTOR, MENOR IMPÚBERE, PORTADOR DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (CID: 10 F 84)- RECUSA DE COBERTURA DE TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DA ANS - ABUSIVIDADE CONTRATUAL- PRESCRIÇÃO MÉDICA - RECUSA INJUSTIFICADA DOENÇA COBERTA PELO CONTRATO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 102 DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - RELATÓRIO MÉDICO RECOMENDANDO TRATAMENTO PREFERENCIAL PELOS MÉTODOS ABA OU DENVER - SENTENÇA MODIFICADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível nº

Acesso ao Sumário

1003525-35.2021.8.26.0002, 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Theodureto Camargo, j. em 28/07/2021)

Portanto, deve a ré responsabilizar-se pela cobertura do tratamento solicitado ao autor, incluídas todas as terapias que lhe foram recomendadas, sem qualquer limitação temporal ou de números de sessões. Isso porque, cuidando-se de tratamentos contínuos e de longa duração, tem-se que a restrição da cobertura comprometeria o restabelecimento da saúde do autor, esvaziando e prejudicando a sua eficácia, se revelando incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada.

Por esta razão, inclusive, se afigura descabido o pedido da ré, para que o custeio do tratamento fique condicionado ao número de sessões obrigatórias previstas em contrato.

Tal circunstância, a toda evidência, consubstancia a indevida intromissão na relação médico paciente, sabido que o tratamento multidisciplinar do espectro do transtorno autista se protrai no tempo, pelo que de condicionantes dessa ordem, que equivalem a manifesta tentativa de limitação de cobertura, não se pode cogitar.

Resolvida a questão relativa à cobertura do tratamento indicado, tem-se que os danos morais são cabíveis.

Dano moral indenizável é aquele capaz de causar grave perturbação na tranquilidade do indivíduo comum, do chamado "homem médio". A indenização a título de dano moral, portanto, não pode ser entendida como uma consequência automática do descumprimento de um contrato.

Os aborrecimentos e transtornos fazem parte do dia a dia de todas as pessoas, não é qualquer sensação de desagrado, molestamento ou contrariedade que merecerá indenização. Todavia, este não é o caso dos autos.

Como visto, em razão da injusta recusa da ré em fornecer e custear o tratamento prescrito, o beneficiário, em meio a delicado momento de sua vida, viu-se compelido a ingressar em Juízo.

Acesso ao Sumário

Nessa quadra, evidencia-se a enorme aflição a ele impingida, cuja redenção só foi alcançada mediante pronta intervenção do juízo, em sede de liminar. Assim não fosse, fruto de um embate inglório com a operadora ré, a toda evidência que seu calvário prorrogar-se-ia indefinidamente.

Por conseguinte, não obstante se entenda que o mero descumprimento contratual, em tese, não enseja dano imaterial, não há como negar, no caso em tela, que a imposição de entraves ao pronto atendimento e tratamento da moléstia cuja cobertura era de rigor, atentou contra a dignidade da pessoa do autor, um dos fundamentos da nossa Magna Carta (art. 1º, III, da CF), causando-lhe, portanto, manifesto dano moral.

Frise-se que a conduta da ré, além de expor a risco a saúde do autor,

submeteu-o a desnecessária discussão, causando angústia, indignação, aflição extrema e frustração, tendo em vista a necessidade do atendimento.

Observado o caráter pedagógico que deve revestir a punição à parte ré desidiosa e sem provocar enriquecimento indevido aos seus beneficiários, a indenização fixada a título de danos morais, pelo juízo de origem, em R$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais), não merece reparo, visto que tal montante se reputa suficiente para compensar a acentuada frustração e o inegável sofrimento decorrente dos transtornos verificados e em muito se aproxima do parâmetro usualmente adotado nesta 1ª Câmara de Direito Privado para hipóteses que tais.

Por fim, fica prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aqui enfrentada - observando o pacífico entendimento no sentido de que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais.

E, em razão do resultado desse julgamento, majora-se a verba honorária de sucumbência, nos termos do artigo 85, §11º, do CPC, para 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, com majoração da verba honorária de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000235-72.2020.8.26.0252, da Comarca de Ipauçu, em que são apelantes BRAZ LOPES DA SILVA e MIRIAM ELENA ANTONIO RUBIM, é apelada COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.025)**

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

São Paulo, 10 de maio de 2021.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse. 1. Existência no imóvel de vários animais (cães). Fato que não atribui aos animais a capa-

Acesso ao Sumário

cidade de ser parte em juízo, pois não são pessoas que se encontrem no exercício de seus direitos (CPC, art. 70). 2. Inocorrência de necessidade de intervenção do Ministério Público por não estarem vislumbradas as hipóteses legais do artigo 178 do CPC c.c 32 da Lei nº 9.608/1998. 3. Rescisão do contrato e reintegração de posse que se impõe, diante do rematado e longo (8 anos) inadimplemento por parte dos compromitentes compradores. Existência no próprio contrato de cláusula com previsão de rescisão contratual e retomada da posse em caso de inadimplemento. Validade. 4. Irrelevância da alegação do direito social à moradia, pois este se submete à contrapartida da parte mutuária. Direito que, ademais, tem significado e conteúdo de apenas assegurar ao cidadão ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar, mas não necessariamente de ter direito à casa própria. 5. Perda total dos valores que, no caso, não se traduz em abusividade ou enriquecimento sem causa. Contrato peculiar com subsídios de amortização garantidos por programa habitacional. Contratante que, em última análise, não chegou a pagar nem os "juros" do contrato durante o tempo em que residiu no imóvel da CDHU, portanto estando, em rigor, até mesmo a dever. Ação procedente. Recurso não provido, com majoração dos honorários.

VOTO

Trata-se de ação de rescisão contratual, cumulada com pedido de reintegração de posse, julgada procedente em parte pela r. sentença de fls. 245/249, de relatório adotado, que determinou a reintegração de posse da autora na posse do imóvel em disputa, com eventuais benfeitorias e sem direito a indenização dos réus nos termos contratuais, no prazo de 60 dias contados do trânsito em julgado, ficando a prestações pagas retidas pela retomante a título de indenização pela ocupação indevida no período da inadimplência. Custas, despesas processuais e honorários de advogado fixados em 10% foram impostos aos vencidos, observada a gratuidade de justiça.

Recorrem os corréus (fls. 254/263) aduzindo, em resumo, que: os animais não humanos têm capacidade de ser parte nos autos, devidamente assistidos pelos representantes processuais; os autos careceram da intervenção do Ministério Público em razão dos 30 animais residentes que irão perder a morada; houve

Acesso ao Sumário

cerceamento de defesa com o julgamento antecipado dos autos; os corréus estão sendo despojados de seu direito constitucional de moradia. Pugnam, pois, pelo provimento do recurso com o total amparo de suas pretensões.

Recurso processado e respondido pela autora (fls. 267/273), que se bateu pela manutenção da r. sentença, pois o inadimplemento dos corréus levou à rescisão do compromisso de compra e venda, decorrendo daí a reintegração da posse do imóvel. Ressaltou que existem outras famílias a espera da atribuição de moradia, que poderão ser atendidas mediante a retomada dos imóveis em que se deu a inadimplência pelo beneficiário. Aludiu a existência de canais de atendimento para facilitar a comunicação com o mutuário e que muito embora o contrato preveja a rescisão mediante o inadimplemento de 3 parcelas, estamos falando nestes autos em nada menos que 51 parcelas sem pagar. Ou seja, os réus estão morando há quase 5 anos sem nada pagar.

É o relatório.

1. Em primeiro lugar, é profundamente lamentável a linha adotada pela defesa, porquanto destoa do que se impõe, e se espera, no nobre exercício da Advocacia.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 133 que: *O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

O desempenho dessa elevada função exige seriedade e respeito, sem espaço para invenções ou gracinhas, tais como a que aqui se vê na petição de fls. 132/139, que serve para suposta "contestação" por parte de "**animais caninos**" (Tereza, Mel, Rabicó, Ciscão, Candinho I, Candinho II, Candinho III, Tolão, Fofinho...) ou nas próprias razões de apelação, onde incrivelmente se procura defender a "**capacidade processual de animais não humanos**" (fls. 258).

Ainda que, como diz a filósofa HANNAH ARENDT: "O que quer que toque a vida humana ou entre em duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição da existência humana", é preciso entender - como também diz ela - para evitar erros de interpretação, que "a condição humana não é o mesmo que a natureza humana" (*A Condição Humana*. 10ª ed. Trad. p/ Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 17).

O profissional do Direito, qualquer seja ele, tem o dever de observar e cumprir estritamente o ordenamento jurídico, pois como diz NORBERTO BOBBIO: "(...) uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico" (*Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Trad. P/Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 22).

O ordenamento jurídico brasileiro notoriamente ainda não contempla animais como sujeitos de direito, portanto sendo inconcebível a tentativa de inseri-los como "parte" em processo judicial.

Acesso ao Sumário

O direito brasileiro, em especial o Direito Privado, por enquanto contempla apenas a "**pessoa**". O Código Civil já fixa em seu art. 1º que: *Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*.

E assim porque a sociedade é constituída de **pessoas**. Portanto, como ensina SILVIO VENOSA: "Os animais e as coisas podem ser *objeto* de Direito, mas nunca serão *sujeitos* de Direito, atributo exclusivo da *pessoa*" (*Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1).

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY ainda esclarece que:

> "Identificar o significado do termo *pessoa* e definir-lhe o conceito é tarefa vital para a Ciência do Direito, porque o sistema jurídico convive com a concepção de que os direitos são da 'pessoa' e é da apreensão dessa ideia (pessoa) que deflui a de outro vocábulo, *sujeito*, que é elemento fundamental na estrutura de compreensão da Teoria Geral do Direito Privado e, por conseguinte, de uma série de outros importantes termos conceituais do sistema jurídico (*v.g.* direitos subjetivos, direitos fundamentais, direitos inatos, direitos do homem, direitos da pessoa, direitos personalíssimos, direito de personalidade, capacidade, personalidade etc.)"
>
> (*Introdução à Ciência do Direito Privado. São Paulo; RT, 2002, p. 127*)

No campo do Processo Civil, o respectivo Código é muito claro sobre a capacidade processual dispondo:

> "***Art. 70. Toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade de estar em juízo.***" (grifei)

Logo, como explica FREDIE DIDIER JR., só pode estar em juízo "aqueles que podem ser sujeitos de uma relação jurídica material":

> "(...) como as pessoas naturais e as jurídicas - como também o nascituro, o condomínio, o *nondum conceptus*, a sociedade de fato, sociedade não-personificada e sociedade irregular - as três figuras estão reunidas sob a rubrica sociedade em comum, art. 986 do CC-2002) - os entres formais (como o espólio, massa falida, herança jacente etc.), as comunidades indígenas ou grupos tribais e os órgãos públicos despersonalizados (Ministério Público, PROCON, Tribunal de Contas etc.). Não a têm o morto e os animais, p. ex. Trata-se de noção absoluta: não se cogita de alguém que tenha meia capacidade de ser parte; ou se tem ou não tem personalidade judiciária."
>
> (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6ª ed. Salvador, Ed. Podivm, 2006, p. 205).

A tentativa de justificar a suposta "capacidade processual dos animais" mediante invocação do Decreto nº 24.645, de 10.07.1934, não prospera.

Primeiro porque dito diploma legal consta **revogado** pelo Decreto 11, de 18.1.1991 e depois porque, em nenhum momento, aquele Decreto nº 24.645

Acesso ao Sumário

atribuiu efetiva capacidade processual para os animais, mas simplesmente dispôs que os animais seriam "assistidos" em juízo (o que é muito diferente) pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais.

No caso, porém, com todo respeito, não há evidências da necessidade de intervenção do Ministério Público, uma vez que também não deflagradas as hipóteses legais elencadas no artigo 178 do Código de Processo Civil, nem na lei extravagante ou mesmo na Constituição Federal.

Por fim, no caso presente, nem mesmo com a melhor das boas vontades é possível ver discussão de "direitos dos animais", visto que a ***ação é de rescisão de contrato c.c. reintegração posse de imóvel***, o que nem de longe se confunde com o direito de proteção aos animais. Os animais, aliás, nada compraram nem têm nenhuma posse a ser protegida.

Posto isso, passa-se propriamente ao exame do caso.

2. Não há que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Nenhuma prova pertinente e relevante foi dispensada. Os elementos dos autos eram suficientes para esclarecimento das questões postas, portanto autorizando a antecipação do julgamento, com dispensa de outras provas (art. 355, CPC).

Neste sentido, aliás, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"*Não há cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide que, de forma fundamentada, resolve a causa sem a produção da prova requerida pela parte em virtude da suficiência dos documentos dos autos.*"
(STJ - TERCEIRA TURMA - AgInt no AREsp 1250430/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, J. 12/04/2021, DJe 16/04/2021)

3. No mérito, o Direito foi bem aplicado ao caso dos autos e a r. sentença merece prevalecer.

A autora (CDHU) ingressou com a ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse, alegando que o mutuário Braz Lopes da Silva deixou de pagas inúmeras prestações relativas ao contrato de promessa de compra e venda de unidade habitacional, além de ter cedido o imóvel a terceiros, sem a sua anuência. A ação foi proposta em face do mutuário e de Mirian Rusi Couto, pessoa que recebeu a notificação extrajudicial como ocupante do imóvel e se identificou como esposa do mutuário.

Pela notificação de 22.02.2019 (fls. 57/58), os réus foram cientificados de que seu estado de inadimplência há mais de 96 meses (ou 8 anos), já não permitiria a manutenção do contrato, donde a configuração da rescisão e necessária entrega da posse do bem à companhia habitacional para que possa renegociá-lo a novos eventuais moradores.

Acesso ao Sumário

O próprio réu reconhece que, a despeito de celebrado o contrato em 1992, deixou de efetuar o pagamento desde 2008 (fls. 110), sendo que tampouco a corré Miriam Elena (fls. 124/129) ou os amigos caninos (fls. 132/139) pagaram as prestações.

Logo, legítimo o exercício da ação contra o mutuário/possuidores.

Nesse sentido há diversos precedentes nesta Corte, servindo de exemplos os seguintes:

> COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Rescisão e Reintegração de Posse - Legitimidade passiva da ocupante do imóvel uma vez deduzido pedido possessório - Por aplicação dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, é admissível a inclusão da possuidora no polo passivo da ação, como litisconsorte facultativo, na forma do art. 46 do CPC, diante da possibilidade de efeitos indiretos ou reflexos da sentença sobre sua esfera jurídica - Recurso desprovido.
>
> (Apelação Cível 0002810-75.2011.8.26.0417; Relator: Alcides Leopoldo; 1ª Câmara de Direito Privado; J.: 29/09/2015)
>
> Agravo de instrumento - resolução de compromisso de compra e venda de imóvel c.c reintegração na posse - pretendida citação dos atuais ocupantes, para integração do polo passivo da lide - admissibilidade - hipótese de litisconsórcio passivo facultativo - precedentes desta e. Corte - decisão reformada - agravo provido.
>
> (Agravo de Instrumento 2149781-09.2016.8.26.0000; Relator: A. C.Mathias Coltro; 5ª Câmara de Direito Privado; J.: 21/09/2016)
>
> RESCISÃO CONTRATUAL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Descumprimento de cláusula constante do Termo de Permissão Onerosa de Uso de Imóvel - Pretensão à inclusão de terceiro ocupante do imóvel no polo passivo da ação - Possibilidade - Aplicação do art. 46, IV do Código de Processo Civil - Licitude da retenção, pela autora, de 20% dos valores pagos pela corré, bem como da condenação ao pagamento de aluguel pelo tempo de moradia sem a devida contraprestação - Art. 53 do CDC que veda apenas a estipulação que implique perda total das parcelas pagas - Condenação à sucumbência que deverá atender ao disposto pelo Lei nº 1050/60 - Recursos providos em parte.
>
> (Apelação Cível 0060348-16.2008.8.26.0224; Relator: Luís Francisco Aguilar Cortez; 4ª Câmara Extraordinária de Direito Público; J.: 10/08/2015)

Depois, pela análise da tabela, verifica-se que desde a parcela nº 190, vencida em 29.02.2008 até a nº 299, vencida em 30.03.2017, o corréu Braz Lopes nada pagou à CDHU.

Sendo assim, incidiu o disposto no parágrafo 3º da cláusula 25, do contrato entre as partes: "*Operar-se-á a rescisão do Contrato de Promessa de Compra e Venda, com a consequente reversão da posse do imóvel à Promitente Vende-*

Acesso ao Sumário

dora, e demais cominações aplicáveis à espécie, nos casos previstos em Lei e ainda: (...) 3º) Se o(s) Promitente(s) Comprador(es) falar(em) ao pagamento de 03 (três) prestações mensais consecutivas" (fls. 36).

Em tais condições, pelo próprio valor das parcelas arroladas a fls. 59/61, que flutuaram entre R$ 144,48 e R$ 206,25, difícil crer que mesmo as parcelas pagas até 2008 tivessem servido ao propósito de amortização, já que, como é cediço, os planos da CDHU são até mesmo subsidiados pelo órgão diante das prestações que não podem subir mais que o critério de equivalência salarial. Afora isso, contando que os corréus residiram sem pagar por 8 anos, forçoso crer que não só não detêm direito de retenção, como possivelmente continuam com débito em aberto, conquanto não exigido aqui pela autora.

Enfim, nenhuma afronta há ao art. 6º da Constituição Federal no que tange aos direitos sociais do cidadão.

Se é certo que tal artigo enumera dentre os direitos sociais o da "*moradia*", é certo também que o faz ressalvando a "forma desta Constituição". Isso quer dizer que se há um pretenso direito à moradia, da mesma sorte, há um direito à propriedade do capital emprestado pela ré (no caso não respeitado), daí não podendo o contrato gerar os efeitos jurídicos almejados pelo promitente comprador, *data venia*. Referido dispositivo constitucional deve, pois, ser entendido com o devido tempero; a Constituição não garante a ninguém o direito de transferir-se na propriedade de outrem sem que para tanto o pretendente à moradia ofereça uma contrapartida, na forma da lei.

A propósito, conforme leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, o significado e o conteúdo do *direito à moradia* circunscrevem-se a "ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar", donde como diz o eminente Jurista: "O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria" (*Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186).

De tal sorte, não têm os réus, nem os "animais caninos" direito a permanecer de graça no que não lhes pertence.

Esta Corte, aliás, tem resolvido casos parelhos da mesma forma, conforme se confere dos julgados seguintes:

> "Apelação. Contrato imobiliário. CDHU. Resolução. Inadimplemento das prestações a cargo do adquirente e cessão desautorizada do imóvel à corré. Fatos incontroversos. Rescisão do contrato bem decretada, com reintegração de posse e perda dos valores pagos, sem indenização de benfeitorias. Longo período de inadimplemento e prolongada posse do bem, conjugados com pagamento de valor reduzido de prestação em razão do caráter social do empreendimento que autorizam perda dos valores pagos como compensação pela fruição do bem. Rejeição da invocação das normas da Lei 6.766/79 a respeito da regularidade

Acesso ao Sumário

do loteamento como motivo para justificar o prolongado inadimplemento. Usucapião e concessão de uso especial para fins de moradia que não se aplicam ao caso. Recurso improvido".

(TJSP; Apelação Cível 0210782-58.2009.8.26.0005; Relator (a): Enéas Costa Garcia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/03/2020; Data de Registro: 27/03/2020)

"EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - ACORDO CELEBRADO EM MUTIRÃO DE CONCILIAÇÃO QUE FOI DESCUMPRIDO - IMPUGNAÇÃO REJEITADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Irresignação da mutuária com relação à decisão que rejeitou a sua impugnação - Alegações de indeferimento da petição inicial; prescrição; excesso de execução; exceção de contrato não cumprido; nulidade das cláusulas contratuais abusivas do acordo; impossibilidade de perda das parcelas pagas; descumprimento do dever de mitigar a perda; direito à indenização ou retenção por benfeitorias - Não acolhimento - Decisão mantida. Recurso não provido".

(TJSP; Agravo de Instrumento 2251340-04.2019.8.26.0000; Relator (a): Marino Neto; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/03/2020; Data de Registro: 16/03/2020)

"Apelação. Ação ordinária. Contrato de financiamento com a CDHU. Inadimplemento das prestações. Sentença que julgou os pedidos procedentes para declarar a rescisão contratual e a reintegração de posse em favor da CDHU. Inconformismo dos réus. Não procedência. Não é devida a devolução dos valores pagos. Mesmo com a incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação jurídica em tela, o valor devido pelos réus à autora, a título de indenização pelo período em que moraram no imóvel sem quitar as parcelas do financiamento, é muito superior àquele que esta última deveria devolver aos réus. Com a compensação dos valores, os réus não fazem jus à devolução de nenhuma quantia, tampouco à retenção do imóvel. Rescisão contratual devida, diante do inadimplemento dos réus por longo período de tempo. Réus que, mesmo notificados acerca do débito, deixaram de buscar a renegociação do financiamento, continuando a morar no imóvel de maneira irregular. Ainda que as unidades habitacionais negociadas pela CDHU sejam voltadas às famílias de baixa renda, o programa não lhes confere o usufruto gracioso do imóvel. Recurso não provido".

(TJSP; Apelação Cível 0034277-13.2012.8.26.0005; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/02/2020; Data de Registro: 04/02/2020)

Acesso ao Sumário

4. Por último, o exercício regular do direito por parte da autora de buscar a rescisão do contrato e a reintegração na posse do imóvel alienado aos réus,

cujo preço eles não pagaram, não implica nenhuma prática de abuso ou maus-tratos contra os infelizes animais ora entregues aos requeridos e mantidos por eles em péssimas condições, como se pode ver pelas fotografias juntadas a fls. 142/182.

A manutenção de 40 cães (cf. elencado a fls. 132), ou mais, em ambiente precário como evidenciam as fotografias é que pode configurar, sim, o desamor pelos infelizes animais!

De resto, não cabe ao MM Juiz da causa, ou ainda à CDHU, abrigar os animais que se verão desalojados (fls. 260). A obrigação é estrita de seus próprios donos, que por ação ou omissão os colocaram em tal situação de vulnerabilidade. Afinal, como bem disse SAINT-EXUPÉRY (*O Pequeno Príncipe*), cada um se torna eternamente responsável por aquilo que cativa.

5. Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta nego provimento ao recurso, com majoração da verba honorária para 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa (R$ 20.442,92 - CPC, art. 85, § 11 - fls. 13), observada a gratuidade da justiça concedida aos vencidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1052124-70.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A, são apelados/apelantes J.V.A.P. (MENOR) e JAQUELINE DE ALMEIDA PAULINO (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso do Autor provido e recurso da Ré improvido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21/45934)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA (Presidente), MIGUEL BRANDI e LUIS MARIO GALBETTI.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Apelação - Plano de Saúde - Ação de Obrigação de Fazer cc Indenização por Danos Morais - Autor diagnosticado com anquilose dentária - Pleito de fornecimento de prótese customizada para correção de defeitos dela proveniente - Recusa da Operadora -

Acesso ao Sumário

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Rol orientador da ANS prevê apenas cobertura mínima obrigatória - Jurisprudência do C. STJ - Súmula n. 102 da Subseção de Direito Privado I deste Tribunal - Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura - Em se tratando de relação de consumo, inverte-se o ônus da prova - Operadora que não se desincumbiu de provar a existência de outros tratamentos ou de outras próteses que não a indicada - Laudo pericial nos autos que corrobora o narrado pelo Autor - Danos morais configurados - Quantum indenizatório fixado em dez mil reais, porque razoável e proporcional à hipótese - Recurso do Autor provido e recurso da Ré improvido.

VOTO

Recursos de Apelação e Adesivo interpostos contra sentença que julgou parcialmente procedente Ação de Obrigação de Fazer cc Indenização por Danos Morais, ajuizada pelo beneficiário (menor) contra a operadora de plano de saúde, *para condenar a ré ao custeio da prótese importada customizada 'TMJ Concepts', prescrita ao autor*.

Em síntese, a Ré apelou para que não fosse obrigada a custear a prótese (fls. 366/374); de forma adesiva, o Autor requereu o reconhecimento do dano moral (fls. 390/395).

Contrarrazões apresentadas.

Recebo os recursos em seus regulares efeitos.

É o Relatório.

Primeiramente, afasto a preliminar arguida na Apelação pela Ré, no sentido de que não poderia lhe ser imputada condenação, pois teria havido o cancelamento do contrato de plano de saúde do Autor, por inadimplemento.

Nas contrarrazões ao recurso de Apelação interposto pela Ré, argumenta o Autor que questão não seria um fato novo, segundo as próprias datas mencionadas pela Ré, entretanto ela somente teria levantado tal questão em recurso de apelação, o que não pode prevalecer. Também afirmou não ter recebido qualquer notificação nesse sentido, porque enviada a endereço diverso.

Com efeito, a questão demanda dilação probatória (descabida nessa fase de recurso) e que deverá ser intentada por meio de ação própria, se o caso. A argumentação da Ré somente nessa fase de recurso beira à má-fé e não tem o condão de impedir o prosseguimento e julgamento da controvérsia trazida nestes autos, de modo que fica afastada.

Acesso ao Sumário

O autor narrou ser beneficiário de plano de saúde comercializado pela Ré. Disse possuir má formação óssea, que lhe acarretou severas alterações da musculatura facial e da arcada dentária, dificuldades de sono, fala e alimentação, além de interferir negativamente em sua auto estima e relacionamentos. Necessita de prótese customizada importada para substituição de todo seu conjunto mandibular. O pedido foi negado pelo convênio, que entendeu que o procedimento não seria adequado para a idade do autor, tendo em vista ainda não ter alcançado o estirão de crescimento. Pediu a procedência do pedido para que a Requerida fornecesse a prótese importada customizada da empresa 'TMJ Concepts', sob pena de multa diária, além de reparação por danos morais.

No decorrer da instrução processual, foi determinada a produção de prova pericial médica. O laudo pericial foi juntado a fls. 547/595.

Sobre a perícia juntada aos autos, consignou a sentença:

Foi realizada perícia indireta. No laudo pericial, assertivo e minucioso - com o qual disse a ré concordar (fls.600), a despeito de não alterar a tese de defesa -, o Perito esclareceu ter ouvido a equipe médica responsável pelo caso, quando o autor acabou de completar dezesseis anos de idade (fls. 555).

A equipe informou que o autor teve uma nutrição deficiente, em razão de sua mastigação ser impossível (fls. 556), bem como que realizaria a cirurgia sem custos de honorários médicos, em razão da gravidade do caso clínico. Asseverou o Perito que a equipe entende que o crescimento da estatura difere do crescimento da face e que ela já estava formada. O autor já é considerado um adulto jovem (fls. 556).

Na resposta ao quesito relativo a limitações e riscos, foi dito pelo Perito que, considerando que a mandíbula não cresceu até a presente idade, não se espera que ainda cresça e foi reiterado que o crescimento da face difere do do corpo (fls. 561/562). consta do laudo que o autor pode já sofrer de alguma patologia de crescimento (fls. 566).

...

Quanto à prótese 'TMJ Concepts', o Perito questionou a equipe acerca daopção e do valor e foi respondido que seria a mais previsível e que teria uma sobrevida médiade 20 anos. A equipe afirmou que possui experiência com próteses personalizadas. Também relatou o Perito seguinte: "Pontuaram que não fariam intervenção no corpo da mandíbula, num primeiro momento. Ou seja, apenas os côndilos seriam substituídos pela prótese personalizada. Acrescentaram que as próteses de estoque existem em três tamanhos: P, M e G. O trabalho com estas próteses gera uma fase cirúrgica indesejável, com dificuldade cirúrgica frente a falta de flexibilidade da prótese. A prótese seria feita em titânio e pré-moldada. Por já terem experiência com a marca TMJ Concepts, por já terem trabalhado com outros casos clínicos, pelo êxito cirúrgico da fácil

Acesso ao Sumário

adaptação, entenderam que este seria o melhor tratamento a ser aplicado ao autor" (fls. 557).

Na resposta ao quesito 6.6, o Perito respondeu que, segundo a equipe que pretende tratar o caso, a prótese personalizada seria a melhor opção. E ainda, seria a técnica com a qual a equipe possui experiência, bem como que uma cirurgia com enxertos ósseos não seria viável, tampouco seria o melhor tratamento possível (fls. 565).

...

Asseverou que a equipe mostrou conhecimento pleno sobre a cirurgia que pretende fazer e que não se verifica qualquer suspeita de que houvesse quaisquer interesses sobre o direcionamento do fornecedor ou manobras de lucro sobre a venda do material (fls. 580).

Na defesa, a Requerida sustentou que o fornecimento da prótese não têm cobertura assegurada sem, indicar, todavia, profissionais da sua rede credenciada, que estariam aptos a realizar o procedimento indicado para o caso do Autor, tampouco quem poderia fornecer referido material (necessário *in casu*, como exposto).

Embora certo que o Plano de Saúde tem obrigação, nos termos do contrato, de suportar os custos do procedimento, por outro lado, não pode o beneficiário simplesmente escolher realizá-lo em hospital e/ou por profissional descredenciados, e buscar o ressarcimento.

A impossibilidade de haver tal ressarcimento, **porém**, somente se impõe quando a Operadora de plano de saúde dispuser de hospital autorizado a realizar o procedimento prescrito pelo médico e, na hipótese, só caberia, caso a Ré comprovasse a existência de outros tratamentos ou de outras próteses que não a indicada, ônus do qual a Ré não se desincumbiu.

A alegação de que o procedimento e/ou a prótese indicada não é coberto pelo plano de saúde não tem o condão de afastar referida incumbência.

O contrato em exame tem como objetivo básico a saúde do beneficiário e não há como se negar as indicações médicas para alcançar esse mister, ainda que sejam provenientes de avanços tecnológicos da medicina - inexistentes ou ainda não suficientemente desenvolvidos quando da celebração do contrato - apenas porque não previstos pela operadora.

Ademais, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento mais moderno e viável, mais benéfica ao paciente e fundamentadamente prescrita pelo médico.

Nesse sentido, inclusive, seguem julgados do C. STJ:

"*AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. AUTOGESTÃO. INAPLICABILIDADE DO*

Acesso ao Sumário

CDC. SÚMULA 608/STJ. NEGATIVA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NATUREZA ABUSIVA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Com relação à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso em voga, incide a Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: 'Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.' Não obstante tal posicionamento, ressalta-se que permanece a obrigação dos planos de saúde de autogestão de cumprirem as obrigações legais e contratuais. 2. ***O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que 'o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura, e que é abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, medicamento ou procedimento imprescindível, prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário'*** *(AgInt no AREsp 1.100.866/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe de 30/11/2017) 3. Agravo interno a que se nega provimento.*" (AgInt no REsp 1739747/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 30/10/2018) - destaquei

"*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA. NATUREZA ABUSIVA. DANO MORAL. CABIMENTO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, com base no substrato probatório dos autos, concluíram pela não ocorrência do alegado cerceamento de defesa, porquanto restou oportunizada ampla dilação probatória. Assim, a alteração do entendimento adotado esbarra no substrato probatório carreado aos autos, providência, todavia, inviável na via estreita do recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 2.* ***O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, havendo cobertura para a doença, consequentemente deverá haver cobertura para procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas no referido plano****. Precedentes. 3. Nas hipóteses em que há recusa injustificada de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento do segurado, causando abalo emocional no segurado, como ocorrido no presente caso, a orientação desta Corte é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento. Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento.*" (AgInt no AREsp 1307360/PR, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO),

Acesso ao Sumário

QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018) - destaquei

A Agência Nacional de Saúde estabelece o rol de procedimentos e eventos da saúde, em atendimento à Lei 9656/98, trazendo a cobertura mínima obrigatória a ser garantida pelos planos e incluindo os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico e tratamento das doenças que compõem a Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde.

Tem a ANS, dentre outras funções, a de regulamentar os procedimentos obrigatórios que devem ser cobertos pelos planos de saúde; todavia, seu poder de regulamentar não é ilimitado, mas complementar à lei dos planos de saúde. Deve publicar, portanto, o rol mínimo de coberturas, não tendo poder para restringir ou limitar a responsabilidade das operadoras, que advém da lei e dos contratos celebrados com os consumidores.

Como se sabe, a indicação do médico que acompanha o paciente deve prevalecer, independentemente de previsão do rol da ANS, que tem valor exemplificativo, nos termos da jurisprudência:

> "*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" (súmula 102 TJSP).*
>
> *"1. O STJ já decidiu que, embora a seguradora, com alguma liberdade, possa limitar a cobertura do plano de saúde, a definição do tratamento a ser prestado cabe ao profissional médico, de modo que, se a doença está acobertada pelo contrato, a operadora do plano de saúde não pode negar o procedimento terapêutico adequado. Precedentes*" (AgInt no AREsp 1185690/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 21.03.2019 pela 4ª T.).

Entendo, portanto, que a recusa foi ilegítima, ainda mais diante do apurado no laudo pericial juntado aos autos e sobre o que a Ré não logrou êxito em impugnar.

Acesso ao Sumário

Quanto aos danos morais requeridos, é jurisprudência dominante do C. Superior Tribunal de Justiça que a negativa ilegítima e abusiva de procedimento médico cirúrgico por parte da operadora de plano de saúde causa dano moral ao segurado, porque lhe lesiona direito da personalidade, relacionado à integridade psíquica, extrapolando o plano do chamado "mero dissabor".

> "*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO PARA O TRATAMENTO DE DOENÇA COBERTA. CONDUTA ABUSIVA. FATO INCONTROVERSO. DANOS MORAIS. DECISÃO MANTIDA. 1. Consoante a jurisprudência desta Corte, é abusiva a negativa de cobertura do plano de saúde ao procedimento necessário para assegurar o tratamento*

de doenças previstas pelo contrato. 2. ***A recusa indevida da operadora de plano de saúde a autorizar o tratamento do segurado é passível de condenação por dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição e angústia do segurado, comprometido em sua higidez físico-psicológica pela enfermidade****. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento*." (AgInt no REsp 1617864/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017) - destaquei

Assim, reputo adequada a condenação da Ré ao pagamento de danos morais que fixo em R$10.000,00 (dez mil reais), valor razoável e proporcional à hipótese, atingindo seu objetivo de coibir a reiteração de condutas como a que se verificou nos autos por parte da Ré e ainda repara o dano sofrido pelo Autor, sem enriquecê-lo indevidamente.

Majoro os honorários em favor da parte Autora para R$4.500,00, nos termos do artigo 85, §11, CPC.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso do Autor e nego provimento ao recurso da Ré**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000116-57.2020.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante ELIANO MÁRCIO DE SOUZA, é apelada VERA LUCIA NUNES DE OLIVEIRA COSTA.

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 51.117)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 9 de setembro de 2021.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE COMPRA E VENDA - EVICÇÃO - Reconhecimento da responsabilidade do vendedor independente da boa fé - Consequência natural do contrato - Inviável a aplicação do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor por ser evidente a ausência de ato do vende-

Acesso ao Sumário

dor no sentido de minorar o prejuízo - Dano Moral - Reconhecimento - Apelo improvido.

VOTO

A ação ajuizada por Vera Lúcia Nunes de Oliveira Costa, em desfavor de Eliano Márcio de Souza - ME, foi julgada procedente reconhecendo a responsabilidade da requerida pela evicção e condenando-a ao pagamento de R$ 21.742,16 e a instituição financeira, BV Financeira, à devolução de R$ 6.852,02. Finalmente, a primeira requerida foi condenada em R$ 7.000,00, devido a admissão de dano moral.

A requerida, BV Financeira, efetuou transação com a autora, sendo homologado o acordo e extinta a ação a seu respeito.

Desgostosa com o decidido apela Eliano Márcio de Souza - ME argumentando que agiu de boa fé, pois somente foi anunciado o furto de veículo, após a venda e que não havia como constatar embaraço na alienação. Lembra que sequer foi possibilitada a regularização do vício, tal como determina o artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, entende que não houve dano moral.

Devidamente processado o recurso, foi apresentada contrarrazão em que se pugna pela manutenção da sentença.

Este é o relatório.

Inexiste dúvida de que a autora adquiriu veículo da ré tendo a instituição financeira participado do contrato.

Entretanto, após algum tempo, ficou provado que o veículo fora furtado e houve a devolução. Notificada a ré do ocorrido, não houve solução.

A primeira questão a ser analisada é a responsabilidade da requerida devido à evicção, pois ela argumenta inexistir qualquer empecilho para a venda, tendo, assim, agido de boa fé.

A evicção, como nos ensina, Serpa Lopes: "*constitui uma obrigação resultante de um elemento natural de tais contratos o que importa dizer que o seu afastamento só se dá, em havendo cláusula contratual expressa determinando -o*"[1]

Lembro também o ensinamento do Prof. Washington de Barros Monteiro sobre o tema, "*o alienante é obrigado não só a entregar ao adquirente a coisa alienada, como também a garantir o uso e gozo*"[2]

Estes enunciados estabelecem ser a evicção elemento natural do contrato de compra e venda, pelo qual o vendedor garante ao comprador a higidez do negócio do qual ele somente fica desobrigado se há cláusula expressa, o que não

1 Curso de Direito Civil.
2 Curso de Direito Civil.

Acesso ao Sumário

ocorre neste caso.

A boa fé, em casos de evicção, não obsta a admissão da obrigação do vendedor garantir a posse do comprador.

Esta Câmara já se manifestou neste sentido:

Saliente-se que mesmo que a apelante tenha agido de boa fé, tal fato não obsta a pretensão do autor, pois segundo as normas aplicáveis à espécie, cabe ao evicto exercer o direito à restituição integral do preço ou das quantias que pagou ao alienante, que é quem responde pelos riscos da evicção, nos termos dos artigos 447 e 449, do Código Civil[3].

Deveras, a garantia é ínsita da compra e venda, não podendo o vendedor eximir-se de sua responsabilidade. Portanto, acertada a sua admissão.

No que tange, à viabilidade da requerida minimizar o prejuízo da autora, fica rejeitado, pois fica evidente que ela não teve a intenção de reduzir o dano experimentado.

Por derradeiro, é mantido o dano moral, visto que não se cuida de mero descumprimento contratual. A autora sofre dissabor que extrapola a naturais contrariedades da vida. O valor imposto, por sua vez, é adequado e fica mantido.

Por tudo o que foi exposto, rejeito o recurso.

As custas e despesas processuais correm por conta da apelante. Honorário de Advogado estabelecido em 11%, que será calculado na forma da sentença.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017154-60.2019.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante SEBASTIÃO LAVOLI RAMOS, são apelados MARIA DO CARMO RAMOS INÁCIO (ESPÓLIO) e LUCIANA RAMOS INÁCIO.

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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32443)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente sem voto), MARY GRÜN e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 9 de setembro de 2021.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

3 Apelação Cível nº 1008265-15.2015.8.26.0077.

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA - AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA - Sentença de procedência, constatada a revelia do demandado - Irresignação do réu - NULIDADE DE CITAÇÃO - Inocorrência - Comparecimento espontâneo da parte que supre a falta de citação - Parte que demonstra ciência inequívoca acerca do conteúdo da demanda, carreando aos autos procuração com cláusula de poderes gerais para o foro - Ademais, depósito judicial de valores exigidos pela locadora, a despeito da ausência de contestação - Revelia consumada - Inteligência do art. 239, do CPC - Precedentes do C. STJ - SUSPENSÃO DA ORDEM DE DESPEJO - Não cabimento - Inadimplemento do réu que é anterior à pandemia, não tendo sido por ela provocada - Crise econômica que afeta a coletividade - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM GRAU RECURSAL - Norma cogente que impõe a majoração da verba honorária em grau recursal no caso de insucesso da apelação - Inteligência do art. 85, §11, do CPC - Sentença mantida - RECURSO IMPROVIDO, com observação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **SEBASTIÃO LAVOLI RAMOS** contra a respeitável sentença de fls. 55/56 que, nos autos da ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança que lhe move **ESPÓLIO DE MARIA DO CARMO RAMOS INÁCIO**, julgou procedentes os pedidos para **(i)** rescindir o contrato de locação celebrado entre as partes, com a consequente decretação do despejo; **(ii)** condenar o réu ao pagamento dos alugueis e encargos de locação especificados nos cálculos de fls. 15/16, acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês a partir do cálculo apresentado (17.04.2019), abatendo-se os depósitos de fls. 46/47 e, ainda, os alugueis e encargos que se vencerem até a efetiva desocupação, acrescido de multa moratória de 10%, correção monetária e juros de 1% ao mês a partir de cada vencimento. Em razão da sucumbência, ficou o réu responsável pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor

Acesso ao Sumário

da condenação.

Irresignado, **apela o réu** (fls. 68/73), aduzindo, em síntese, a nulidade da sentença por ausência de citação válida. Afirma que a despeito de ter sido juntada procuração nos autos, o ato não pode ser considerado como comparecimento espontâneo do réu, já que inocorrente a citação pessoal da parte, bem como ausente a outorga de poderes específicos quanto à possibilidade de o patrono receber citação em nome do cliente, o que afasta sua revelia. No mais, defende a suspensão da ordem de despejo enquanto perdurarem os efeitos decorrentes da pandemia do COVID-19.

Pugna pela anulação da r. sentença ou, subsidiariamente, a manutenção dos honorários de sucumbência, bem como a suspensão da ordem de despejo.

Houve contrariedade ao apelo (fls. 78/85), em defesa do desate da controvérsia traduzido na sentença recorrida.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório, passo ao voto.

I - O recurso não comporta provimento.

É inegável que a citação válida constitui pressuposto intrínseco de existência do processo de conhecimento, como, aliás, preconiza o artigo 239 do Código de Processo Civil, ou seja, sem ela o processo sequer existe, desprovido de qualquer efeito. Como corolário, inútil e inoperante qualquer sentença de mérito que venha a ser proferida posteriormente. E, mesmo que proferida, "*não transita em julgado*", podendo ser desconsiderada, "*em qualquer tempo*" em ação com esse objetivo ou em embargos à execução, se o caso[1].

Por outro lado, o parágrafo 1º do artigo 239 do Código de Processo Civil estabelece que o comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação, mormente se verificado ato que configure ciência inequívoca acerca da existência da ação.

Na hipótese dos autos, a despeito da certidão negativa lavrada pelo Oficial de Justiça (fls. 29), verifica-se que a citação da parte está consumada, ante o comparecimento espontâneo nos autos.

Com efeito, a jurisprudência do **C. Superior Tribunal de Justiça** firmou-se no sentido de que o comparecimento espontâneo da parte requerida supre a citação se verificado ato que configure ciência inequívoca acerca da demanda, caracterizando-se tal comparecimento espontâneo quando da juntada de instrumento de mandato com poderes para receber citação ou, ainda, com cláusula de poderes gerais de foro. Nesse sentido:

> "***AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO AOS AUTOS. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE.***

1 RSTJ 25/439.

Acesso ao Sumário

ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a citação pode ser suprida pelo comparecimento espontâneo da parte requerida, se verificado ato que configure ciência inequívoca acerca da demanda. Além disso, tem-se por caracterizado o comparecimento espontâneo quando da juntada de instrumento de mandato com poderes para receber citação ou, ainda, com cláusula de poderes gerais de foro.

2. Na hipótese, a Corte local afirmou que houve comparecimento espontâneo do réu, diante da juntada de procuração nos autos, mas não expôs maiores informações sobre os poderes conferidos no aludido instrumento de mandato.

3. Desse modo, nota-se que não há, no aresto objurgado, elementos suficientes para que esta Corte chegue à conclusão de que o ato de juntada da procuração aos autos não seria suficiente para configuração da ciência inequívoca relacionada à existência da ação, sendo certo que o acolhimento da tese proposta em Recurso Especial demandaria reincursão no contexto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Agravo Interno não provido."[2] (grifei).

"***AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DO AUTOR.***

1. Consoante a jurisprudência deste Tribunal Superior, a citação pode ser suprida pelo comparecimento espontâneo do requerido, o qual estará configurado caso verificado ato que configure ciência inequívoca acerca da demanda. 1.1 Entende-se por caracterizado o comparecimento espontâneo ante a juntada de instrumento de mandato com poderes para receber citação ou, ainda, com cláusula de poderes gerais de foro, na hipótese em que não haja prejuízo ao réu. Precedentes. 1.2. No caso em tela, foi juntada procuração por causídico sem poderes para receber citação e, ainda, não foi apresentado defesa, de modo que não é possível considerar configurado o comparecimento espontâneo, impondo-se a nulidade da sentença.

2. Agravo interno desprovido."[3].

Analisando os autos verifica-se que o réu, ao protocolar a petição de fls. 33/34, requereu, além da juntada da procuração (fls. 35), a concessão das benesses da justiça gratuita, carreando declaração de hipossuficiência (fls. 36).

Ato contínuo, foi determinada, ao réu, a apresentação de documentos

Acesso ao Sumário

2 AgInt no AREsp nº 1649819/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, j. 14/09/2020.
3 AgInt nos EDcl no AREsp nº 919.785/SP, Rel. Min. MARCO BUZZI, 4ª Turma, j. 06/11/2018.

comprobatórios de sua insuficiência de recursos financeiros (fls. 37), providência prontamente atendida pela parte, que não apenas forneceu documentos relativos à sua renda (fls. 40/42), como também efetuou o depósito judicial dos tributos (IPTU) inadimplidos durante a vigência do contrato de locação e que ensejou a propositura da presente ação de despejo, além dos honorários advocatícios devidos para o caso de purgação da mora (fls. 43/47), demonstrando plena ciência do objeto da demanda.

Outrossim, pese toda sua atuação no curso da demanda, o réu optou por não apresentar contestação, deixando transcorrer *in albis* o prazo legal correspondente, operando-se, assim, sua revelia.

Assim, corretas as conclusões exaradas em primeiro grau, sendo mesmo o caso do julgamento de procedência dos pedidos autorais e, por conseguinte, a manutenção integral da r. sentença combatida.

II - Quanto ao pedido de suspensão da ordem de despejo, melhor sorte não cabe ao apelante.

Nada obstante a gravidade e consequências econômicas decorrentes das restrições impostas pela pandemia do COVID-19, é certo que a ação de despejo foi ajuizada em momento anterior (maio de 2019), referindo-se, por seu turno, a alugueis em atraso desde novembro de 2018, não sendo o inadimplemento por ela provocado.

No mais, as medidas preventivas em relação à COVID-19 não podem ser utilizadas pelos devedores como forma de se esquivar de suas obrigações legais, mesmo porque a crise econômica afeta a todos, bem como não constitui o quadro de crise, por si só, hipótese autorizadora de suspensão do processo.

III - Finalmente, no que diz respeito ao pedido de manutenção dos honorários sucumbenciais, sem razão o apelante.

O art. 85, §11, em inovação ao ordenamento anterior, estabeleceu hipótese de fixação (majoração) da verba honorária em grau recursal, em razão do trabalho adicional realizado em decorrência da interposição de apelação, tratando-se de norma cogente, cuja aplicação não pode ser dispensada pelo julgador.

Nesse passo, rejeitada a pretensão recursal, inicialmente fixados em 10% sobre o valor da condenação, **majoro os honorários advocatícios para 15% sobre a mesma base de cálculo.**

Ressalvado, por oportuno, que a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 1.026, §2º, do CPC/2015, porquanto deve a insurgência se realizar pelo meio recursal adequado.

IV - Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso, com observação.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007652-18.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SAKHER AL SHARA, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PAÇO DO GRÃO PARÁ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49839)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente), MORAIS PUCCI e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 10 de setembro de 2021.

MELO BUENO, Relator

Ementa: CONDOMÍNIO EDILÍCIO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Vazamentos que geraram infiltrações no apartamento do autor - Perícia que concluiu se tratar de vazamento oriundo de instalação hidráulica exclusiva da unidade autônoma - Prova pericial idônea e objetiva - Indenizações indevidas - Ação improcedente - Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Apelação contra a r. sentença de fls. 302/304 que julgou improcedente ação de indenização por danos materiais e morais fundada em condomínio edilício. O apelante, em preliminar, suscita cerceamento de defesa. No mérito sustenta, em suma, que a prova pericial é imprestável, eis que sem a planta da hidráulica correta não é possível confirmar as alegações constantes do laudo, sendo que o perito não teve qualquer tipo de contato com a estrutura hidráulica do prédio (fls. 306/315).

O recurso foi processado e respondido (fls. 321/325), tendo o apelante complementado as custas recursais, conforme determinado às fls. 331.

É o relatório.

A alegação de cerceamento de defesa devido ao julgamento da lide sem a realização de prova testemunhal e nova prova pericial não prospera, uma vez que o conhecimento dos pedidos e a efetiva solução de mérito da ação foram devidamente promovidos pelo digno Magistrado de primeiro grau, ressaltando-se que a pericial realizada, além de sua idoneidade, foi hábil e suficiente para

Acesso ao Sumário

dirimir todas as questões da lide.

No mérito, o recurso também não merece melhor sorte.

O apelante, proprietário do apartamento nº 101, localizado no 10º andar do condomínio apelado, assevera que, em setembro de 2015, observou sinais de infiltração no seu imóvel, ocasionados por rachaduras no cano instalado verticalmente na construção, tratando-se de instalação hidráulica de uso comum, utilizada para alimentar todos os andares.

Alega que contatou o Síndico para resolver tal problema, mas este afirmou que não seria um problema do condomínio, mas sim exclusivo seu, condômino, razão pela qual, por sua própria conta, efetuou dois reparos, sendo que apenas no segundo reparo descobriu que o problema do vazamento advinha da tubulação de água vertical do prédio.

Diante disso, propôs a presente ação, a fim de que fosse ressarcido pelos gastos que teve para consertar esse vazamento, bem como fosse indenizado por danos morais, eis que vem passando por situações constrangedoras, especialmente associadas ao morador que reside imediatamente abaixo da sua unidade autônoma, devido a vazamentos que ocorrem no apartamento desse vizinho.

Nos termos da r. sentença recorrida, a demanda foi julgada improcedente, condenando o ora apelante ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa (R$24.250,00).

Com efeito, de acordo com o conjunto probatório, especialmente a prova pericial (laudo - fls. 140/206), restou comprovado que, de fato, o vazamento em questão é oriundo de instalação hidráulica exclusiva da unidade autônoma do apelante; tanto que, o perito assim destacou: "**A partir da análise da tubulação que estava danificada e ocasionou o vazamento a partir da unidade 101, a perícia concluiu que se trata de um sub-ramal das instalações prediais hidráulicas que atende o bidê da unidade Autor. Por se tratar de um sub-ramal, que se conecta ao aparelho de utilização (bidê), nota-se que referida instalação pertence exclusivamente ao Autor (Sr. Sakher Al Sara) e não é de responsabilidade do Condomínio Edifício Paço do Grão Pará, ora Requerido**" (fls. 195); e, apresentou conclusão: "**Pelas vistorias realizadas no local, pelos dados fornecidos pelas partes e demais elementos que compõem esta Ação, o signatário pôde concluir que: 1. Ocorreram vazamentos no local em razão de instalação danificada que se conecta ao bidê da suíte, de uso exclusivo da unidade 101, de propriedade do Autor (Sakher Al Sara)**" (fls. 201).

Aliás, da prestação de esclarecimentos complementares aos questionamentos feitos pelo apelante (fls. 268/277), cumpre transcrever as respostas relevantes ao desfecho da lide:

"*a) O Sr. Perito afirmou que o profissional que executou o serviço no apartamento do Autor afirmou que o vazamento era do cano ligado ao bidê do*

Acesso ao Sumário

Autor. Como o Sr. Perito contatou o profissional? Por que o cano não mostra a ligação ao bidê, conforme mencionado?

RESPOSTA DO PERITO: *O Sr. Ademário Ferreira da Costa, responsável pela execução dos reparos, esteve presente na 2ª vistoria realizada em 16 de janeiro de 2019. Quanto às fotografias que embasaram o laudo pericial, elas não mostram a ligação com o bidê, pois o trecho em que se deu a avaria foi na região intermediária da tubulação e não no trecho de ligação com o bidê. Para visualização do bidê, seria necessária a quebra de maior trecho da alvenaria, o que era totalmente desnecessário*"; (fls. 270)

"*b) O Sr. Perito afirmou que o cano era um ramal e não um cano de uso comum, apesar de o cano ser vertical. O Sr. Perito poderia esclarecer como concluiu que o cano vertical é um ramal que liga ao bidê do Autor?*

RESPOSTA DO PERITO: *A análise acerca da tubulação danificada se deu através das fotografias fornecidas ao perito, projetos e testemunho do Sr. Ademário Ferreira da Costa. É importante deixar consignado que as tubulações verticais não são necessariamente de uso comum. Existem sub-ramais verticais de uso exclusivo das unidades privativas*". (fls. 271)

Diante do acima exposto, forçoso reconhecer que o experto demonstrou a efetiva origem dos vazamentos que causaram as infiltrações no próprio apartamento do apelante, sendo certo que o mesmo respondeu, de maneira objetiva e conclusiva, a todos os questionamentos feitos pelas partes.

Nesse passo, e considerando-se que o perito, ao realizar a segunda vistoria local, teve o auxílio do próprio profissional que realizou os reparos dentro do apartamento do apelante (Sr. Ademário), restam irrelevantes os questionamentos suscitados pelo apelante, tais como: "**Sem a planta da hidráulica correta não é possível confirmar as alegações constantes no laudo pericial**" (fls. 310), e; "**Ou seja, o Sr. Perito, com o devido respeito, não abriu a parede para verificar o cano vertical danificado e, ao que tudo indica, não examinou a planta hidráulica corretamente, pois não acostou no laudo foto correta da rede hidráulica da parte do imóvel onde houve o vazamento**" (fls. 311).

Portanto, em se tratando de vazamento de instalação hidráulica exclusiva da unidade autônoma do apelante, a improcedência dos pedidos indenizatórios é medida de rigor.

Deste modo, a r. sentença deve ser mantida, por seus próprios fundamentos. E, nos termos do art. 85, §11, do CPC, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais, em favor do patrono do apelado, para o equivalente a 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado dado à causa (R$24.250,00).

Ante o exposto, **rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, com observação.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021376-84.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante F.D.F.L. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado C.E.C.M.P.S.S.N.S.P.E.S.P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, nos termos do art. 942 do CPC, por maioria de votos, anularam a sentença 'ex officio', vencido o 3º Desembargador que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40764)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), HELIO FARIA, CARLOS ALBERTO LOPES e ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 13 de setembro de 2021.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Embargos de terceiro - Julgamento antecipado da lide - Nulidade - Reconhecimento - Cerceamento de defesa (CPC, arts. 357 e 373) - Princípio da persuasão racional (CPC, arts. 371 e 355) - Natureza das alegações que demandam a oportunização de especificação de provas às partes litigantes - Evidenciada a necessidade de produção de provas, o julgamento antecipado da lide acarreta, além do cerceamento de defesa, violação aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal - Cerceamento de defesa configurado - Ausência de fundamentação - Ofensa ao artigo 93, IX da CF. Sentença anulada "ex officio".

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls.70/72 julgou improcedentes os embargos de terceiro, para condenar o embargante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de 10% do valor atualizado da causa, observado o art. 98, §3º do CPC.

Apela o embargante (fls.75/79) pretendendo a reversão do julgado sob o fundamento de que é pessoa simples, sem conhecimento jurídico e que adquiriu o veículo de boa-fé diretamente do proprietário, pegando o preço ajustado, pre-

tendendo inscrevê-lo em aplicativos como "Uber" e "99taxi" para atuar como motorista devido à escassez de oportunidades de emprego, mas não conseguiu se inscrever com tal veículo uma vez que consta a restrição oriunda destes autos. Aponta que o veículo foi arrematado em leilão oriundo dos autos principais em desfavor de M.V.L., que é o verdadeiro devedor, de modo que o embargante não pode responder com seu patrimônio por dívida/execução que não deu causa, não se admitindo que perca a posse de seu bem. Postula a procedência dos embargos, com o reconhecimento do embargante como terceiro de boa-fé, determinando o levantamento da constrição sobre o veículo adquirido através de contrato de compra e venda em época anterior à existência da aludida dívida, revertendo-se ainda o ônus da sucumbência, ficando prequestionados todos os dispositivos legais mencionados em suas razões recursais.

Recurso em ordem, recebido e com resposta (fls.82/101).

É o relatório.

Trata-se de embargos de terceiro nos autos da ação de execução nº (...), contra bloqueio Renajud ocorrido sobre o veículo VW/CROSSFOX, Placa (...), Ano/Modelo 2006, em nome do interessado M.V.L.

A hipótese é de reconhecimento de nulidade do julgamento pelo cerceamento de defesa, face às peculiaridades do caso, notadamente em virtude do julgamento antecipado da lide, sem sequer a intimação das partes para especificação de provas, o que seria de rigor diante da dúvida existente quanto à efetiva alienação do veículo e a data de sua realização

Isso até porque, embora seja incumbência do juiz da causa analisar o cabimento da produção de provas, deferindo ou não a sua produção, consoante princípio da persuasão racional (CPC, arts. 371 e 355), deve possibilitar aos litigantes a produção de provas, quando o exija a natureza das alegações postas em confronto pelos envolvidos, sob pena de cerceamento de defesa (CPC, arts. 357 e 373), de modo que, no caso, prematuro o julgamento antecipado da lide, quando ainda possível o esclarecimento das questões relativas à comprovação das alegações quanto à aquisição do veículo de boa-fé e anteriormente à existência da dívida, bem como suas consequências.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, e ao que consta dos autos, há dúvida razoável sobre a efetiva posse e/ou propriedade do embargante quanto ao veículo objeto da constrição aqui discutida.

Não obstante as constatações acima, o MM Juiz singular, julgou antecipadamente a lide, sem dar oportunidade para a produção de provas às partes, notadamente estabelecendo como ponto controvertido a efetiva alienação e sua data, limitando-se a julgar de plano improcedentes os embargos de terceiro.

Relevante registrar ser admissível o oferecimento de embargos de terceiro pelo adquirente de veículo, fundados em alegação de posse e/ou propriedade de

veículo, ainda que não realizada a transferência de titularidade junto ao Detran.

Nesse sentido, a orientação do julgado extraídos do site do Eg. STJ: "*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO. TRADIÇÃO. FRAUDE. INOCORRÊNCIA. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRADIÇÃO QUE NÃO ALTERA O JULGADO. NÃO PROVIMENTO. 1. 'O fato de não ter sido realizada a transferência de propriedade do automóvel autuado junto ao DETRAN não obsta que a prova da alienação se faça por outros meios' (REsp 599620/RS, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 17.05.2004). 2. Concluído pelas instâncias ordinárias que o executado não era mais proprietário do veículo sobre o qual recaiu a penhora e que sua alienação não importou em fraude, o reexame da questão encontra o óbice de que trata o enunciado n. 7, da Súmula. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.*" (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 658606/MG, rel. Maria Isabel Gallotti, j. 14/08/2012, DJe 28/08/2012).

Nos embargos de terceiro lastreados em alegação de aquisição de bens ou direitos alcançados indevidamente por constrição judicial, o embargante tem o ônus da prova da legitimidade de sua posse ou propriedade alegadas, nos termos do art. 373, I, do CPC, daí a pertinência da oportunização de produção de provas a respeito.

Nesse sentido, a orientação dos julgados extraídos dos sites: (a) do Eg. STJ: "*RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. PENHORA. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. 1 - Ao terceiro adquirente de boa-fé é facultado o uso dos embargos de terceiro para defesa da posse. Não havendo registro da constrição judicial, o ônus da prova de que o terceiro tinha conhecimento da demanda ou do gravame transfere-se para o credor. A boa-fé neste caso (ausência do registro) presume-se e merece ser prestigiada. 2 - Recurso especial conhecido e provido*" (4ª T, REsp 493914/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 08.04.2008, DJe 05.05.2008, RSSTJ vol. 33 p. 403 e RSSTJ vol. 367 p. 403).

Também, a corroborar a pertinência da prova requerida, necessário consignar que, tratando-se de bem móvel, a transferência do domínio se consuma pela tradição, nos termos do artigo 1.267 do Código Civil, sendo irrelevante a falta de alteração da titularidade em órgão de proteção ao trânsito ou de reconhecimento de firma no documento de transferência, o que implica somente sanção administrativa estabelecida no artigo 123 do CTB. Nesse sentido: "*EMBARGOS DE TERCEIRO - VEÍCULO - FRAUDE À EXECUÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - EMBARGANTE - AQUISIÇÃO PRETÉRITA À PENHORA - COMPROVAÇÃO - NÃO ALTERAÇÃO DA TITULARIDADE NO ÓRGÃO DE TRÂNSITO - IRRELEVÂNCIA - DESCUMPRIMENTO DO ART. 123 DO CÓDIGO BRASILEIRO - CONDUTA - SUJEIÇÃO À SANÇÃO ADMINIS-*

Acesso ao Sumário

TRATIVA (ART. 233) - NÃO REPERCUSSÃO NO RECONHECIMENTO DA TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO - ART. 1.267 DO CÓDIGO CIVIL - EMBARGANTE - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ - SÚMULA 375 DO STJ - PENHORA - DESCONSTITUIÇÃO - PEDIDO - PROCEDÊNCIA - SENTENÇA - MANUTENÇÃO. APELO DA EMBARGADA NÃO PROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1004793-60.2018.8.26.0704; Relator (a): Tavares de Almeida; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XV - Butantã - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2020; Data de Registro: 27/02/2020).

Dessa forma, se existe a possibilidade de produção de prova documental ou oral que, eventualmente, seja capaz de influenciar no mérito da ação, de rigor que seja dada a oportunidade para que as partes possam fazê-lo.

Nesse sentido, leciona Fredie Didier Jr: "*Não se permite que o juiz, no julgamento antecipado do mérito da causa, conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Caso convoque os autos para julgamento antecipado, supõe-se que o magistrado reputa provados os fatos alegados. Entende, enfim, que não há necessidade de prova. Essa decisão impede comportamento contraditório do juiz (venire contra factum proprium); há preclusão lógica para o magistrado que, então, não pode proferir decisão com aquele conteúdo. A sentença de improcedência por falta de prova, em julgamento antecipado do mérito da causa, além de violar o dever de lealdade processual, a boa-fé objetiva (art. 5º, CPC) e o princípio da cooperação (art. 6º, CPC), poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova*".

O cerceamento de defesa restou caracterizado porque a sentença, proferida em julgamento antecipado, foi de improcedência dos embargos, sem considerar a necessidade de se verificar a existência ou não da efetiva posse e/ou propriedade do veículo pelo embargante.

Neste sentido já se decidiu: "*Sentença. Nulidade. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa. Protesto oportuno por produção de provas desconsiderado no julgado. Pontos controvertidos não suficientemente aclarados. Vício reconhecido. Preliminar acolhida, com determinação.*" (AC nº. 570.545.5/8-00, rel. Des. Evaristo dos Santos).

Na mesma direção, posicionamento do C. STJ: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. NÃO PRODUÇÃO DE PROVA REQUERIDA. EMBARGOS JULGADOS IMPROCEDENTES POR AUSÊNCIA DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Evidenciada a necessidade de produção de provas, o julgamento antecipado da lide acarreta, além do cerceamento de defesa, violação aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, como ocorreu na hipó-

Acesso ao Sumário

tese dos autos. 2. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1281518/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2018)

Ainda: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA ACOLHIDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do art. 535 do CPC/1973. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, todas as matérias foram devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. 2. Evidenciada a necessidade da produção de provas requeridas pela autora, a tempo oportuno, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, com infração aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A violação a tais princípios constitui matéria de ordem pública e pode ser conhecida de ofício pelo órgão julgador. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 936.285/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2018)

Assim, tendo em vista a natureza da presente ação e as versões dos fatos conflitantes apresentadas pelas partes, tem-se que a solução do presente caso demanda instrução probatória a fim de comprovar a existência ou não de posse e/ou propriedade do embargante quanto ao veículo penhorado.

Desta forma, além de restar violado o direito de defesa da requerida pela desconsideração dos documentos referidos, também restou comprometida a regular fundamentação da r. sentença recorrida, em ofensa ao art. 93, IX da CF, na medida em que a conclusão alcançada passou ao largo da apreciação das referidas provas.

Portanto, melhor se permitir para as partes a prova de suas alegações, sobre o crivo do contraditório, o que afasta o julgamento direto por este colegiado (art. 1.013, §3º, do CPC, até a permitir a superação da questão referida, pelo que anula-se o processo em razão do cerceamento de defesa caracterizado, retomando o feito o seu curso, determinada a instrução regular da demanda com possibilidade de produção pelas partes das provas relativas à questão de fato objeto da lide.

Daí porque se impõe a anulação da r. sentença recorrida.

Sentença anulada “ex officio”.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 118407)

Inobstante o entendimento da douta maioria, de quem ouso divergir, meu

Acesso ao Sumário

voto é o seguinte:

Nos autos da ação de execução de título executivo extrajudicial, ajuizada por C.E.C.M. contra M.V.L., foi determinada a penhora do veículo descrito às fls. 02, motivo pelo qual F.D.F.L. opôs os presentes embargos de terceiro.

O MM. Juiz houve por bem julgar improcedente os referidos embargos, razão pela qual insurge-se o embargante.

O voto do Relator anulou a r. sentença recorrida, por entender que o cerceamento da defesa restou caracterizado, ante a ausência de produção das provas documental e testemunhal, requerida pelo autor.

Respeitado o posicionamento diverso, entendo que os fundamentos apresentados não ensejam a anulação do r. *decisum* .

Quanto à prova documental, é certo que os documentos indispensáveis à propositura da ação devem ser apresentados com a petição inicial, nos moldes do artigo 434 do Código de Processo Civil, sendo de todo descabida a juntada em momento posterior.

Com relação à prova testemunhal, o MM. Juiz agiu com inteiro acerto ao indeferir a sua realização, pois a despeito de a matéria ser de fato e de direito, a produção de outras provas era de todo desnecessária.

Além disso, ao MM. Juiz é facultada a formação do seu livre convencimento, em conformidade com as provas constantes dos autos.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte posicionamento:

"**Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia**".

Portanto, o cerceamento da defesa não restou caracterizado, de modo que inexiste qualquer violação à preceito de ordem pública, apto a ensejar a anulação da r. sentença de fls. 70/72.

No tocante ao mérito propriamente dito, o recurso comporta provimento.

Nos termos do artigo 674 do Estatuto Adjetivo Civil:

"**Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro**".

Acerca do tema, preleciona o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves:

"**Os embargos de terceiro são ação de conhecimento de rito especial sumário, de que dispõe o terceiro ou a parte a ele equiparada, sempre que sofra uma constrição de um bem do qual tenha a posse (como senhor ou**

Acesso ao Sumário

possuidor) em razão de decisão judicial proferida num processo do qual não participe. O objetivo da ação de embargos de terceiro é desconstituir a constrição judicial com a consequente liberação do bem".[1] (grifamos)

Como se sabe, a jurisprudência admite a oposição de embargos de terceiro fundado em contrato de compra e venda, conforme se depreende do seguinte julgado:

"**EMBARGOS DE TERCEIRO. TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO. PENHORA NÃO AVERBADA.** É cabível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse com base em contrato de compra e venda de veículo, ainda que não registrado no DETRAN. Comprovada a tradição em data anterior à constituição da penhora sobre o bem móvel, não há falar em fraude à execução, devendo ser desconstituída a constrição **a fim de preservar-se não só a posse justa e de boa-fé do terceiro adquirente, mas também a propriedade**".[2] (grifamos)

No caso dos autos, o documento de fls. 08/10 demonstra que o recorrente e o Sr. M., devedor na execução, celebraram contrato de compra e venda do veículo descrito às fls. 02, estando devidamente assinado.

Respeitado o posicionamento do Juízo *a quo*, entendo que a celebração do referido instrumento prova que houve a transferência da propriedade do bem para o embargante, sendo legítima a sua pretensão.

Com efeito, é certo que o apelante pagou todas as parcelas ajustadas (fls. 11/24), fato que comprova o adimplemento integral da avença.

Ad argumentandum tantum, a transmissão da propriedade dos bens móveis se opera com a tradição, tal como no caso do automóvel em discussão, sendo que o registro no DETRAN constitui ato posterior à transmissão do domínio, de natureza meramente administrativa.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"**RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE QUE SE OPERA PELA TRADIÇÃO, POUCO IMPORTANDO O FATO DE NÃO CONSTAR REGISTRO DO BEM EM NOME DO DEMANDANTE. LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA. A propriedade dos bens móveis se transfere mediante simples tradição, e com os veículos não é diferente. O registro no Detran constitui ato posterior à transmissão do domínio, relacionado ao controle administrativo, dele não**

Acesso ao Sumário

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único, 10ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2018. p. 987.

2 TRF 4ª região. Apelação nº 2008.72.00.003135-0/SC. 1ª Turma. Des. Rel: Vilson Darós. J. 11.02.2009.

decorrendo a possibilidade de afirmação da titularidade".[3] (grifamos)

Ressalte-se que a aquisição do bem ocorreu aos 26 de abril do ano de 2017, ou seja, 2 (dois) anos antes da constrição judicial, realizada aos 29 de maio do ano de 2019.

Portanto, diante da ausência de provas aptas a elidir a presunção de que o embargante adquiriu o bem de boa-fé, o levantamento da constrição é medida de rigor.

PELO EXPOSTO, o voto dá provimento ao recurso, para **JULGAR PROCEDENTE** os **EMBARGOS DE TERCEIROS** ajuizados por **F.D.F.L.** contra **C.E.C.M.**, para os fins de determinar o levantamento da penhora do veículo descrito às fls. 02.

A embargada arcará com as custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

CARLOS ALBERTO LOPES, 3º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028215-92.2019.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante ANDERSON BRAZ NOGUEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada TOKIO MARINE SEGURADORA S/A.

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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.544)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI e MARY GRÜN.

São Paulo, 14 de setembro de 2021.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Seguro de vida e acidentes pessoais. Lesões sofridas pelo segurado em acidente com motocicleta. Ação de obrigação de fazer, cumulada com reparação por danos morais. Improcedência. Pagamento parcial da indenização pela ré após o ajuizamento da ação. Autor que insiste no pagamento da integralidade do

Acesso ao Sumário

3 TJSP. Apelação nº 0012605-96.2013.8.26.0268. 31ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel: Antônio Rigolin. J. 09/05/2017.

capital segurado. Laudo pericial que afastou, de forma segura, a assertiva de perda da capacidade autonômica ou laboral, anotando, ainda, que o segurado, encontra-se ativo na empresa estipulante. Complemento da indenização indevido. Sentença mantida. Gratuidade indeferida, cabendo recolhimento de custas e despesas processuais após o trânsito em julgado do acórdão. Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

Em razão da não comprovação da perda da capacidade autonômica ou laboral na proporção reclamada pelo segurado, a justificar a complementação da indenização, não há como vingar a pretensão deduzida inicialmente. A seguradora reconheceu incapacidade parcial decorrente do acidente sofrido pelo autor, com pagamento de indenização equivalente à perda de 50% da capacidade laboral e que sequer foi confirmada pela prova pericial produzida em Juízo. Bem por isso, a única solução possível é a improcedência da ação.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 402/403 que julgou improcedente a pretensão inicial (art. 487, inc. I, do CPC), arcando o autor com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Relata o apelante que sofreu acidente de motocicleta, do qual resultou lesões de natureza grave, com redução funcional de seus membros superiores na proporção de 50%. Aduz que a ré pagou indenização após o ajuizamento da ação, todavia, a quitação foi em valor inferior ao devido, pelo que persegue a diferença. Alega que apresentou inúmeros exames que comprovaram seu atual estado de saúde, confirmando a redução funcional dos membros afetados. Sustenta que a perícia judicial realizada em processo acidentário concluiu pela incapacidade e sugeriu auxílio-acidente de 50%. Diz que, em se tratando da mesma patologia, causa estranheza a conclusão alcançada pela perícia realizada na presente ação, com conclusão em sentido oposto. Acrescenta que a realização de tarefas mediante emprego de maior esforço configura incapacidade laboral. Anota que o laudo é contraditório, pois confirma o nexo causal entre as moléstias relatadas e o acidente, todavia, afastou a hipótese de invalidez. Discorre sobre o cálculo da indenização devida. Cita precedentes sobre a matéria. Busca,

Acesso ao Sumário

por fim, o provimento do recurso.

Recurso tempestivo, processado sem preparo e com contrarrazões, os autos restaram encaminhados a este C. Tribunal.

É o resumo do essencial.

De início, rejeita-se pedido de assistência judiciária formulado pelo apelante. Nada obstante a alegação de que se encontra em precária situação financeira, exerce função de soldador na empresa Toyota do Brasil Ltda., sem considerar que, conforme observado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2068437-64.2020.8.26.0000 e que manteve o indeferimento do benefício inicialmente pleiteado (fls. 239/241), o autor apresentou declaração de bens, da qual consta rendimentos no valor de R$ 106.917,00 no exercício de 2019, não tendo exibido qualquer elemento apontando alteração de sua situação financeira. Considerando tal fato, aliado à ausência de qualquer outro subsídio apto a demonstrar a alegada hipossuficiência, não há como favorecer o recorrente com o benefício pleiteado. Daí porque o pedido de gratuidade é indeferido, devendo o interessado providenciar o recolhimento das custas e despesas processuais, inclusive preparo recursal, no prazo de dez dias, a contar da publicação do acórdão, sob pena de inscrição na dívida ativa.

No mais, infere-se da inicial que o autor é beneficiário de seguro de vida e acidentes pessoais, contratado por sua empregadora (Toyota do Brasil Ltda.), e que, em 16.06.2013, foi vítima de acidente de motocicleta no trajeto de saída de seu trabalho, experimentando lesão corporal grave (fratura na clavícula) e que resultou em invalidez permanente total. Após o ajuizamento da ação, o segurado recebeu indenização no valor de R$ 16.542,34, restando reconhecida a perda funcional na proporção de 50%. Contudo, insiste o pagamento integral da indenização, perfazendo R$ 59.565,21, além de reparação por danos morais.

Compulsando os documentos colacionados aos autos, conclui-se que, de fato, a apólice contratada prevê cobertura para invalidez permanente por acidente, invalidez total e permanente por doença e morte (fls. 27/28).

Contudo, não se trata de hipótese de concessão de aposentadoria decorrente de sequela de acidente de trabalho, mas de contrato de seguro que estabelece situações definidas como sinistros indenizáveis, podendo ser mais ampla ou restrita, conforme os termos da contratação. Na espécie, os sinistros cobertos estão perfeitamente definidos no contrato.

Consta do laudo pericial que "*Após tratamento e consolidação das lesões, o requerente não apresenta perda, redução ou a impotência funcional definitiva, total ou parcial, de um membro ou órgão por lesão física, causada pelo acidente pessoal. O requerente não comprovou, durante esta avaliação pericial, a presença de sequelas, não sendo evidenciada a existência de invalidez permanente ou parcial*" (fl. 325). Ainda, ao prestar esclarecimentos, a *expert*

Acesso ao Sumário

acrescentou que "*... no momento do exame pericial, não comprova perda da capacidade funcional do membro superior, o tônus e a força estão preservados, assim como não há restrições na amplitude dos movimentos articulares dos ombros*", anotando, ademais, que houve redução apenas temporária da capacidade do membro atingido (fl. 371). Não bastasse, conta do histórico médico pericial que o autor se encontra "*ativo na empresa Toyota*" (fl. 314).

Não é demais observar que o laudo produzido em ação previdenciária, juntado às fls. 431/440, não se mostra suficiente a desabonar o resultado da prova técnica produzida nos autos, haja vista a diversidade entre os critérios exigidos para a concessão de benefício previdenciário, de natureza eminentemente social, e aqueles necessários ao pagamento de indenização securitária, regidos por normas de direito privado e delineados expressamente na apólice.

Assim, não existe qualquer subsídio probatório colhido sob o crivo do contraditório que prestigie assertiva de incapacidade permanente autonômica ou laboral, ou seja, não há enquadramento da situação como sendo de sinistro coberto pelo contrato de seguro na proporção perseguida, nada mais sendo devido ao segurado.

Na esteira do decidido pela então C. 8ª Câmara do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil, no julgamento da Apelação 625.741, relator o Des. Walter Zeni, "*o contrato de seguro não admite interpretação extensiva ou analógica, devendo prevalecer as cláusulas da apólice em que foram consignados os riscos assumidos e, uma vez particularizados ou limitados, não responderá por outro o segurador, nos termos dos artigos 1.434 e 1.460, ambos do Código Civil*". Este é o entendimento majoritário nesta Corte (cf. Apelações 481.011, 479.071, 506.987, 479.848, relatores os Des. Clóvis Castelo, Souza Moreira, Eros Piceli e Ruy Coppola).

Ainda que admitida aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a disposição negocial deve ser aplicada de maneira mais favorável ao consumidor quando há dúvida relevante e que, no caso, consoante salientado, inexiste.

Nestes termos, a sentença emprestou correta solução à lide, merecendo mantida. Cabe majoração da verba honorária, por força do art. 85, § 11, do CPC), restando acomodada em 12% sobre a mesma base de cálculo.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001482-88.2016.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante JOSÉ CARLOS

MONTEIRO, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 166.133)**

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

São Paulo, 14 de setembro de 2021.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - LEGITIMIDADE ATIVA - Exequente poupador não associado ao IDEC, autor da ação civil pública - Extinção da execução sem julgamento do mérito, com fundamento no RE nº 612,043/PR - Inadmissibilidade - Precedente do STF que cuida de ação proposta por determinada associação em defesa de seus associados, diferente do caso dos autos em que a questão é relativa a interesse individual homogêneo.

APELAÇÃO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - LEGITIMIDADE ATIVA - Necessidade de filiação ao IDEC - Descabimento - Possibilidade de ajuizamento de ação executiva individual por todos os poupadores - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Suspensão determinada no REsp 1.438.263 - Perda de eficácia, ante a desafetação de tal recurso do rito dos recursos repetitivos.

APELAÇÃO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - PRESCRIÇÃO - Inocorrência - É quinquenal o prazo prescricional para o ingresso com pedido de cumprimento de sentença pelo poupador, a contar do trânsito em julgado da ação coletiva - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo. Recurso provido, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que, reconhecendo a ocorrência de ilegitimidade ativa e prescrição, julgou extinto o processo, nos termos do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil.

Insurge-se o requerente, pugnando pela reforma do r. *decisum*. Em suas razões recursais, argumenta, especialmente, intempestividade da impugnação; inaplicabilidade do quanto decidido no RE 612.043-PR, porquanto, o presente caso, envolve direito individual homogêneo e não coletivo; a sentença possui eficácia *erga omnes*, favorecendo todos os poupadores do extinto Banco Nossa Caixa S/A que possuíam contas de caderneta de poupança no período de janeiro e fevereiro de 1989; não haver limitação de extensão, na sentença exequenda, apenas aos associados ao instituto autor, pois visou proteger a coletividade; pelo que requer a anulação da sentença com o prosseguimento da ação; e prazo prescricional para a hipótese dos autos é de cinco anos, a contar do trânsito em julgado da sentença da Ação Civil Pública, esta que foi ajuizada na 6ª Vara da Fazenda Pública e não no Distrito Federal.

É O RELATÓRIO.

Tem razão o recorrente.

Respeitado entendimento externado pelo MM. Juiz *a quo*, inaplicável ao presente caso o quanto decidido no RE 612.043/PR, tendo como relator o Min. Marco Aurélio, porquanto este não possui qualquer abrangência sobre o quanto se aborda nestes autos, pelo simples fato de que no Recurso Extraordinário indicado cuida-se de ação coletiva, esta interposta por determinada associação em favor do grupo formado por seus associados, logo lá debate-se direito coletivo e não individual homogêneo, como o versado na Ação Civil Pública promovida pelo IDEC, ação esta última que envolve deste modo peculiaridade que impede tenha a solução ditada no Recurso Extraordinário já mencionado eficácia sobre as questões abordadas nos recursos e outras decisões proferidas no âmbito da Ação Civil Pública em questão, tudo a demonstrar o descabimento da repercussão pretendida.

Fato é que se tem por desnecessária a comprovação de filiação do poupador ao IDEC para propor a execução individual da sentença proferida na referida Ação Civil Pública, diante do que restou definido em definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça no **Recurso Repetitivo nº 1.438.263-SP**, caindo por terra toda a argumentação do recorrente em sentido contrário, de acordo com a tese firmada em decisão proferida aos 28 de abril de 2021, nos seguintes termos:

> ***Em Ação Civil Pública proposta por associação, na condição de substituta processual de consumidores, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à associação promovente.***

Acesso ao Sumário

Conferir, ainda, a propósito, orientação do Superior Tribunal de Justiça que ficou elucidada em aludido REsp nº 1.438.263-SP:

"*DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (CPC, ART. 927). AÇÃO CIVIL PÚBLICA.CADERNETAS DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AÇÃO PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC) EM FACE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SUCEDIDA POR OUTRA. DISTINÇÃO ENTRE AS RAZÕES DE DECIDIR (DISTINGUISHING) DO CASO EM EXAME E AQUELAS CONSIDERADAS NAS HIPÓTESES JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 573.232/SC E RE 612.043/PR). TESE CONSOLIDADA NO RECURSO ESPECIAL. NO CASO CONCRETO, RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.*

1. Na hipótese, conforme a fundamentação exposta, não são aplicáveis as conclusões adotadas pelo colendo Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos dos: a) RE 573.232/SC, de que 'as balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial'; e b) RE 612.043/PR, de que os 'beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial'.

2. As teses sufragadas pela eg. Suprema Corte referem-se à legitimidade ativa de associado para executar sentença prolatada em ação coletiva ordinária proposta por associação autorizada por legitimação ordinária (ação coletiva representativa), agindo a associação por representação prevista no art. 5º, XXI, da Constituição Federal, e não à legitimidade ativa de consumidor para executar sentença prolatada em ação coletiva substitutiva proposta por associação, autorizada por legitimação constitucional extraordinária (p. ex., CF, art. 5º, LXX) ou por legitimação legal extraordinária, com arrimo, especialmente, nos arts. 81, 82 e 91 do Código de Defesa do Consumidor (ação civil pública substitutiva ou ação coletiva de consumo).

3. Conforme a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, os efeitos da sentença de procedência de ação civil pública substitutiva, proposta por associação com a finalidade de defesa de interesses e direitos individuais homogêneos de consumidores (ação coletiva de consumo), beneficiarão os consumidores prejudicados e seus sucessores, legitimando-os à liquidação e à execução, independentemente de serem filiados à associação promovente.

Acesso ao Sumário

4. ***Para os fins do art. 927 do CPC, é adotada a seguinte Tese: 'Em Ação Civil Pública proposta por associação, na condição de substituta processual de consumidores, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à associação promovente.'***

5. Caso concreto: negado provimento ao recurso especial." (REsp 1438263/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/04/2021, DJe 24/05/2021)

Por ser deste modo, incabível a extinção da execução sem julgamento do mérito com base na ilegitimidade ativa.

Igualmente, em que pese respeitado entendimento do MM. Juiz *a quo*, não ocorreu prescrição.

Como já está pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendimento, em sede de Recurso Repetitivo nº 1.273.643/PR, no sentido de ser quinquenal o prazo da execução individual da sentença da ação civil pública, prazo este a ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença proferida na ação coletiva, como se destaca a seguir:

"*DIREITO PROCESSUAL CIVIL.* AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO TRANSITADA EM JULGADO. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DE EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE CONSOLIDADA.

1.- Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, foi fixada a seguinte tese: 'No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública'.

2.- No caso concreto, a sentença exequenda transitou em julgado em 3.9.2002 (e-STJ fls. 28) e o pedido de cumprimento de sentença foi protocolado em 30.12.2009 (e-STJ fls. 43/45), quando já transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, estando, portanto, prescrita a pretensão executória.

3.- Recurso Especial provido: a) consolidando-se a tese supra, no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça; b) no caso concreto, julgando- se prescrita a execução em cumprimento de sentença." (REsp nº 1273643/PR, 2ª Seção, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27/02/2013).

No caso dos autos, o trânsito em julgado da ação coletiva foi certificado aos 09 de março de 2011, assim, considerando que a ação foi proposta aos 29 de

janeiro de 2016, não está, portanto, operada a prescrição.

Nesses termos, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, determinando o prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024199-23.2020.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante JOHNSON KAHUNG SIEH, é apelado LIBERTY SEGUROS 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.019)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: SEGURO RESIDENCIAL. Furto de bens móveis (baixelas e aparelhos eletrônicos). Risco não compreendido na contratação. Inteligência do artigo 757, do Código Civil. Abordagem reparatória. Juízo de improcedência. Apelo do autor. Desprovimento.

VOTO

RELATÓRIO

Apólice, em modalidade de seguro residencial (furto de bens móveis), cobertura perquirida por segurado, cumulando pedido reparatório (disciplina por dano moral), juízo de improcedência (fls. 266/272), apelo do autor, batendo-se pela inversão de resultado.

Resposta recursal, a fls. 304/315.

FUNDAMENTAÇÃO

Subtração de bens móveis, na circunstância de furto qualificado (fls. 36/39), não se trata de risco compreendido em apólice de seguro e, assim, à consideração de ressalva contratual expressa.

No tocante a baixelas, pratarias, antiguidades, cumprindo observar limites da cláusula 05, item "*g*" (fl. 126)

Acesso ao Sumário

5. BENS NÃO COMPREENDIDOS NO SEGURO

Os bens a seguir não se encontram amparados pelas coberturas do presente Contrato de Seguro, exceto se constarem de forma expressa como cobertos em algumas das Cláusulas Particulares das Coberturas Adicionais relacionadas na Cláusula 3 - RISCOS COBERTOS, desde que contratada a cobertura e pago o respectivo prêmio adicional:

g) jóias, relógios de uso pessoal, canetas, tapetes persas e similares, pedras e metais preciosos, pérolas, objetos de arte ou de valor estimativo, coleções, antiguidades ou raridades;

No âmbito de equipamentos eletrônicos, aplicável o disposto na cláusula 2.17.5 item "*i*" (fl. 150):

2.17.5. Exclusões

Fica entendido que, além das exclusões constantes das Condições Gerais, esta cobertura não indenizará:

*****

i) falta de comprovante de aquisição e/ou a inexistência de vestígios e/ou provas materiais que possam comprovar a existência dos bens, quando exigida a sua apresentação de acordo com os critérios de apuração de prejuízos.

Portanto, respeitosamente, em limites de disciplina específica, não há como irradiar responsabilidade à seguradora, para além de riscos predeterminados (artigo 757, do Código Civil).

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000458-11.2015.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante VILLE FRANCE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DO VILLE DE FRANCE.

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 13.334)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente), ADEMIR MODESTO DE SOUZA e ANA MARIA BALDY.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 15 de setembro de 2021.
COSTA NETTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE DANO MORAL - INEXECUÇÃO DE OBRAS - DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL PELA LOTEADORA - PARCIAL PROCEDÊNCIA. Recurso ofertado em face de sentença que, julgando parcialmente procedente a ação, determinou que a loteadora/ré execute as obras faltantes atinentes ás áreas de lazer, além dos reparos necessários, conforme laudo pericial, no prazo de 12 meses, com início das obras em 60 dias, sob pena de multa cominatória diária, cujo teto é o valor das obras/serviços - Insurgência recursal que se desacolhe - Preliminar de cerceamento de defesa afastada, porquanto alegada prova oral, que sequer identifica para qual fim, mostra-se inútil, bastando para a solução da lide a análise técnica realizada - Demonstração técnica, pelo expert, da inexecução parcial do contrato pela loteadora, conforme comparativo entre material publicitário, plantas e verificação in loco, cujas razões genéricas da apelante não são aptas a refutar a condenação acolhida em sentença - Prazo de 60 dias para início das obras, além de 12 meses para a execução, que não se mostrou inadequado, até porque são projetos idealizados, aprovados e executados pela apelante, com ciência das especificidades do empreendimento - Multa cominatória, a princípio, adequada, sem prejuízo da possibilidade de reanálise, ressaltando a possibilidade de ocorrência de fatos novos durante o cumprimento, na forma do artigo 537, §1º, do CPC - Sucumbência mínima da associação. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação em face de sentença, às fls. 648/658, que julgou parcialmente procedente ação proposta pela associação de moradores, para o fim de condenar a loteadora/ré a efetuar a execução dos serviços para a conclusão de obras, reparos e instalação de equipamentos, tal como identificado em laudo

Acesso ao Sumário

pericial, cujo início dos serviços deverá ocorrer em 60 dias, com finalização em 12 meses, sob pena de incidência de multa cominatória de R$ 20.000,00 para cada dia de descumprimento, a incidir até o limite do valor das obras/reparos; acessoriamente, condenou a ré ao pagamento das despesas processuais, a incluir verba honorária advocatícia sucumbencial em R$ 5.000,00.

Nesta sede, pelas razões de fls. 660/684, recorre a loteadora/ré, primeiro, pugnando pela concessão dos benefícios da gratuidade processual, asseverando a possibilidade de beneficiar pessoa jurídica, quando desprovida de rendimentos, como é o seu caso, conforme prova que colaciona; em segundo, pede a decretação de nulidade da sentença, por afronta à ampla defesa, pois, pretendia ouvir testemunhas para comprovar como os fatos ocorreram, quanto às obras do loteamento; no mérito, assevera que executou 97% das obras, tendo sido entregues, mas a autora rejeitou indevidamente as mesmas, ressaltando, ainda, que a falta da diferença ocorreu por problemas com a instituição financeira que destinou valores para a execução do empreendimento; outrossim, defende que restou comprovada a falta de manutenção das áreas pela autora, até porque ela estava usando o bem, sendo a causa dos problemas narrados no laudo, e acolhido em sentença; prossegue impugnando os prazos concedidos na sentença, para a execução das obras faltantes, além da doação de área, dizendo insuficientes, pelo que pugna seja determinada a elaboração de um cronograma, prevendo todas as particularidades para a execução dos serviços; por último, também ataca a fixação da multa cominatória, entendendo ser possível fixá-la apenas após a elaboração desse cronograma, e, ainda, pede seja condenada a autora a pagar honorários advocatícios de sucumbência ao patrono da apelante, observando-se a parcela julgada improcedente.

Recurso tempestivo e sem o recolhimento do preparo.

Às fls. 745/753, contrarrazões ofertadas, pelo desprovimento recursal.

Por decisão às fls. 782/783, inicialmente foi indeferida a gratuidade processual, sobrevindo embargos declaratórios, com documentos, os quais foram acolhidos, em parte, para diferir o pagamento da taxa judiciária deste recurso.

A apelante/ré interpôs recurso de agravo interno, insistindo na obtenção da ampla gratuidade processual, o qual será julgado conjuntamente com o presente.

É o relatório.

Conhece-se do recurso, que fica desprovido.

Preliminarmente, rejeita-se a preliminar de cerceamento ao direito de defesa, porque a prova testemunhal é de toda desnecessária, quando a hipótese de julgamento carece de minuciosa análise pericial, sobre o bem e documentos técnicos apresentados para o empreendimento, tudo como foi feito, a incidir o

Acesso ao Sumário

óbice do artigo 370[1] do CPC.

No mérito, o reclamo não tem razão.

Com efeito, é certo que a apelante promoveu empreendimento de loteamento fechado, em razão da obtenção de autorização de fechamento de ruas pelo Poder Público, com ampla divulgação de tais características, a abarcar áreas de lazer, além de clube, e segurança de alto padrão como pontos diferenciais de seu produto.

Ocorre que a petição inicial alegou não ter sido entregues diversas obras prometidas, ou executou outras de qualidade inferior, assim como deixou de instalar equipamentos de segurança, ocasionando não só a inutilização de tais áreas, como também a ocorrência de infiltrações e depreciação de construções. A demonstrar o alegado, colacionou aos autos laudo particular, com orçamento, assim como materiais publicitários, que representariam promessas não cumpridas.

Nesse contexto, e visando identificar o alegado descumprimento, foi realizada prova pericial, cujos pareceres técnicos fundamentou a sentença de procedência quanto ao pedido cominatória. Sobre os fundamentos e conclusão, vale reproduzir:

> *"(...) A fim de se determinar o estágio atual do empreendimento, bem como estabelecer se as obras estão sendo executadas conforme material publicitário, foi determinada a realização de prova pericial.*
>
> *Segundo constatou o perito quando confrontou o material publicitário e a visita realizada in loco:*
>
> *- sistema de segurança interna; portaria; áreas as de lazer (clubes); pistas de Cooper, não condizem com as promessas do material publicitário apresentado nos autos, conforme as fotos apresentadas no corpo do laudo.*
>
> *- A pista de Cooper, citada no Material Publicitário e Contrato de Compra e Venda trata-se apenas de uma faixa de terreno reservado para tal atividade, entretanto não existe qualquer demarcação, terraplanagem ou pavimentação e em vários trechos encontra-se tomada por vegetação rasteira, planos íngremes e totalmente impróprios para a atividade a que se destina.*
>
> *- As portarias encontram-se em boas condições de uso, com instalação de sistema de segurança (câmeras e monitores, etc.), conforme demostrado nas fotos. Segundo informações dos assistentes das partes, os sistemas de segurança existentes foram instalados pela* ***Associação dos Moradores do Ville de France.***

1 "*Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

Acesso ao Sumário

No Clube House encontramos alguns serviços interrompidos e inacabados:

forro de gesso, pintura e revestimento de paredes, acabamento de instalações elétricas (falta de interruptores, tomadas, luminárias, etc.) e hidráulicas (a falta de acabamentos de registros, chuveiros e uma cuba de lavatório). A edificação encontra-se com vários pontos de infiltrações na cobertura e danificação nos forros de gesso.

- Nas áreas externas, constatou-se serviços inacabados de instalações elétricas e hidráulicas nas caixas de inspeção e de passagem.

- As áreas externas de acesso dos pedestres ao Clube encontram-se sem os devidos acabamentos de arremate e finalização.

- Verificou-se que as dependências do clube e áreas de lazer ainda não foram utilizadas, pois encontram-se abandonadas, com vários serviços não concluídos e em processo de degradação. A pista de Cooper não está delimitada e nem pavimentada, e sem as mínimas condições de utilização.

Constatou o perito, ainda, que, o condomínio não recebeu a aprovação final da prefeitura referente às edificações. E, ainda, que: De acordo com o material obtido junto à Prefeitura Municipal de Itatiba, não foi possível identificar na documentação apresentada do projeto urbanístico do empreendimento, cujo processo é nº 05893/2004, a licença ou o alvará para a construção da edificação onde se encontra o Clube e suas dependências.

Da mesma forma, não foi localizado os documentos necessários para a liberação e utilização da edificação e das benfeitorias existentes, tais como o clube e as piscinas. Concluindo que as edificações existentes, Club House e piscinas, não atendem na sua totalidade a legislação vigente tanto em relação à construção quanto à documentação.

No que tange à observância do material publicitário pelo réu, explicitou o perito que:

Conforme os folders de venda constantes nos autos (fls. 178) constata-se claramente a existência de outra edificação no CLUB-HOUSE (destacado nas imagens e texto acima), onde a primeira abrigaria um clube de lazer para esportes e festas e outra destinada a atividades que exigem ambientes tranquilos. Tal edificação não foi encontrada em nossa perícia, portanto o compromisso de entrega, segundo os folders divulgados pela Requerida, não foi cumprido.

Já quanto ao estado das obras: Quanto às obras do loteamento (infraestrutura, vias de tráfego, pavimentações, portarias, ponte, muros, etc; estão concluídas), porém quanto às áreas de lazer (clubes, quadras esportivas) sistema de segurança interna; pistas de Cooper, não estão

Acesso ao Sumário

concluídas de acordo com o prometido material publicitário fornecido pela Requerida.

No quesito segurança observou que: As guaritas das portarias estão concluídas e detectamos a tubulação para passagem de fiação para câmeras de segurança, que nos passeios encontram-se nas caixas de passagens. Quanto aos dutos percorrendo todo o loteamento, foram identificados apenas alguns dutos de passagem sob as vias de circulação de veículos, não contendo a fiação ou a ligação com câmeras nas ruas internas, portanto em relação ao monitoramento prometido no interior do condomínio, nenhuma câmera foi encontrada e nem as interligações entre as portarias P1 e P2 para o monitoramento de veículos.

Em esclarecimento às manifestações das partes, arrematou o perito que (fls. 567/567):

- Conforme notas fiscais agora apresentadas, comprova-se que o os materiais de controle de identificação das portarias (abaixo reproduzidas), foram sim fornecidos e instalados pela Requerida, entretanto estão sendo questionados os materiais de informática (computadores e munitores) e câmeras de vigilância das portarias, que que foram adquiridas e instaladas pelo condomínio. Assim como a interligação e comunicação digital entre as duas portarias e câmeras de monitoramento na extensão e divisas do condomínio.

- Segundo pudemos constatar em nossa segunda vistoria e pelas fotos da entrega agora apresentadas, nota-se que as infiltrações dos tetos estão progredindo pela falta de manutenção por parte do condomínio, entretanto as infiltração encontradas nas redes de água e esgoto são patologias construtivas e de responsabilidade da Requerida.

- Segundo pudemos constatar em nossa segunda vistoria e pelas fotos da entrega agora apresentadas, nota-se que as infiltrações dos tetos estão progredindo pela falta de manutenção por parte do condomínio, entretanto as infiltração encontradas nas redes de água e esgoto são patologias construtivas e de responsabilidade da Requerida.

- Conforme os folders de venda constantes nos autos (fls. 178) constata-se claramente a existência de outra edificação no CLUB-HOUSE (destacado nas imagens e texto acima) primeira abrigaria um clube de lazer para esportes e festas e outra destinada a atividades que exigem ambientes tranquilos. Tal edificação não foi encontrada em nossa perícia, portanto o compromisso de entrega, segundo os folders divulgados pela Requerida, não foi cumprido.

Portanto, realizada a prova pericial visando confrontar o material publicitário com aquilo que efetivamente foi entregue pela ré, constou-se

Acesso ao Sumário

inúmeras pendências.

De fato, o material publicitário que constituiu o chamariz para a aquisição dos lotes de terreno no empreendimento denominado Ville de France previa área de lazer completa enumerando a existência de piscina adulto e infantil, quadra gramada, solarium, churrasqueira, pista de cooper, bosque preservado, lanhouse, garage Band. E mais. Club House com fitness, SPA com sauna, espaço gourmet, home theater e salao de festas, conforme se depreende de fl. 583, inclusive com imagens daquilo que seria construído no local. (...)" - fls. 652/655.

Como se vê, o *expert* identificou o descumprimento parcial do contrato pela loteadora/apelante, inclusive, pela falta de edificação de construção anexo ao clube, como também demonstrou que os diversos vícios construtivos, com infiltrações e quedas de revestimento, são frutos de má execução de serviços pela loteadora, e não são originados pela falta de manutenção, como se alega nesta sede.

Se assim é, de rigor à loteadora a execução das obras faltantes, tal como prometeu, ressaltando que a propagando do empreendimento também a vincula, não sendo os adquirentes obrigados a aceitar coisa diversa, como já bem se decidiu:

VÍCIOS CONSTRUTIVOS - **Ré-apelante que busca refutar sua responsabilidade por parte dos vícios elencados pelo Perito Judicial, sem sucesso, contudo** - Falhas e defeitos que, diferentemente do alegado pela ré, não derivam de falta de manutenção adequada por parte do condomínio - **Vícios que em sua maior parcela já constava de laudo pericial particular, contratado pela ré e elaborado apenas meses após a expedição do habite-se, apresentado com a contestação - Projeto do cinema e 'home theater' que foi injustificada e unilateralmente alterado, divergindo do projeto aprovado pela Municipalidade - Necessidade de adequação da piscina coberta, adequando-o ao que foi anunciado em fase pré-contratual - Propaganda que ilustrou item de lazer construído segundo elevado padrão arquitetônico e de beleza, composto por elementos distinguíveis e relevantes de estética, como iluminação e revestimento, que não podem ser suprimidos ou substituídos por outros de padrão qualitativo visivelmente inferior, sob pena de permitir-se a utilização de quaisquer imagens como mero chamariz** - Recurso da ré desprovido. Apelo do condomínio autor que, da mesma forma, não comporta acolhimento (...) - RECURSOS DESPROVIDOS. (*Apelação nº 0102469-04.2012.8.26.0100, julgada pela 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP em 08/10/2019, Relatora Desembargadora Angela Lopes;* ***destacamos***).

Anote-se que, como restou esclarecido pelo *expert*, as áreas entregues com vícios foram vistoriadas, com constatação de vícios construtivos que, a in-

Acesso ao Sumário

cluir infiltrações, causaram a depredação da construção, sendo esse o fato a impedir seu uso, daí que não mais foram objeto de manutenção pelos moradores, sendo fato que não retira a responsabilidade da loteadora, que deveria entregar as obras em perfeito estado de uso, segundo projeto e material publicitário, o que não se fez.

Permanece a sentença lançada, quanto à obrigação de fazer, a fim de que sejam executadas as obras, além da instalação de equipamentos faltantes, como identificado no laudo pericial, não se falando em exiguidade do prazo, tanto para o início das obras como para sua conclusão, - *de 60 dias e 12 meses, respectivamente* -, pois, as alegações recursais são genéricas, não havendo qualquer narrativa de empecilho para cumprir as obrigações nesse interregno, até porque é projeto idealizado, aprovado e que deveria ser executado integralmente pela apelante, sabedora de todas as peculiaridades do mesmo, com todo o lastro de informações para executar o que não foi entregue no seu tempo e modo.

Quanto aos valores da multa cominatória, ressalte-se que, se o caso, adiante poderá a apelante, justificadamente, requerer sua reanálise, seja para minorar ou para excluir, especialmente, se houver a demonstração de fato novo, que seja originado durante as diligências para o cumprimento da obrigação, a demonstrar a impossibilidade de cumprimento como previsto no título, ao encontro do disposto no artigo 537, § 1º[2], do CPC, inexistindo o óbice da coisa julgada.

Por último, também não tem razão o apelante quanto à necessidade de condenação da autora ao pagamento da verba honorária advocatícia sucumbencial, a seu favor, já que a parcela atinente ao pedido de condenação ao pagamento de danos morais, que fora rejeitado pela sentença, corresponde a valores mínimos, aliás, sequer indicados na petição inicial, que deixou a fixação ao alvitre do juízo, a incidir a regra do artigo 86, § único[3], do CPC.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**, e, em consequência, majora-se a verba honorária advocatícia sucumbencial, em prol do patrono da parte autora, para R$ 10.000,00.

Acesso ao Sumário

2 "*Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. (...)*".

3 "*Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas. Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários*".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033204-91.2019.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MARIA APARECIDA FIGUEIREDO BRANDÃO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40452)**

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

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Competência - Apelação - Prevenção - Cumprimento de individual de sentença, para cobrança de valores devidos pelo Banco do Brasil, com base no que foi definido nos autos da ação civil pública proposta pelo IDEC (nº 1998.01.1.016798-9), que tramitou na 12ª Vara Cível de Brasília-DF - Julgamento do Conflito de Competência nº 0352095-85.2010.8.26.0000, proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, no qual se firmou entendimento de que os recursos interpostos em execuções individuais de sentença condenatória proferida em ação civil pública geram prevenção do órgão fracionado que conheceu do primeiro - Prevenção da 18ª Câmara de Direito Privado, em razão do julgamento do agravo de instrumento nº 0499798-20.2010.8.26.0000 - Recurso não conhecido, com determinação de remessa à Câmara competente.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 138/141, que, nos autos da ação de liquidação individual de sentença proferida em ação civil pública movida por MARIA APARECIDA FIGUEIREDO BRANDÃO contra BANCO DO BRASIL S/A, julgou extinta o processo, com resolução do mérito, com fundamento no art. 487, II, do CPC.

Sustenta que houve interrupção da prescrição, ante o ajuizamento em

26/09/2014 pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios da Ação Cautelar de Protesto nº 2014.01.1.148561-3 perante a 12ª Vara Cível de Brasília em face do Banco do Brasil, aplicando-se o disposto no art. 202, I e II, do Código Civil c/c art. 219, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil. Discorre sobre a legitimidade do Ministério Público para adotar medidas judiciais necessárias à proteção dos lesados pela prática ilegal do apelado, aduzindo que qualquer poupador, inclusive sucessores, sendo cliente bancário e, em janeiro de 1989, possuindo conta de poupança com aniversário entre os dias 1º e 15 em qualquer agência da parte apelada, tem legitimidade ativa *ad causam* e título para ingressar com a ação. Busca a reforma do decisum e prequestionamento.

Após contrariedade, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso não comporta conhecimento por esta 17ª Câmara de Justiça.

Verifica-se que a demanda versa sobre cumprimento individual de sentença, para cobrança diferenças dos expurgos inflacionários devidos pelo Banco do Brasil, com base no que foi definido nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo IDEC, processo nº 1998.01.1.016798-9, que tramitou na 12ª Vara Cível de Brasília-DF.

Ocorre que, do julgamento do Conflito de Competência nº 0352095-85.2010.8.26.0000, proferido pelo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, firmou-se o entendimento de que os recursos interpostos em execuções individuais de sentença condenatória proferida em ação civil pública geram prevenção do órgão fracionado que conheceu do primeiro.

Portanto, a 18ª Câmara de Direito Privado, está preventa para o julgamento do presente apelo em decorrência do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0499798-20.2010.8.26.0000, distribuído em 04/11/2010.

Em casos análogos já decidiu esta E. Corte:

"Expurgos inflacionários - Execução de sentença proferida em Ação Civil Pública promovida pelo IDEC - Competência recursal - Prevenção - Título executivo judicial proferido nos autos da Ação Civil Pública 1998.01.1.016798-9, da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília - Conflito de Competência nº 0352095-85.2010.8.26.0000 (990.10.3520095-5), julgado em 02/02/2011, pelo C. Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, firmou entendimento de que os recursos interpostos em execuções individuais de sentença condenatória proferida em ação civil pública geram prevenção do órgão fracionado que conheceu do primeiro. Portanto, a 18ª Câmara de Direito Privado, está preventa para o julgamento do presente apelo em decorrência do julgamento do agravo de instrumento nº 0499798-20.2010.8.26.0000, distribuído em 4.11.2010. Recurso não conhecido." (TJSP; Apelação Cível 0003847-82.2014.8.26.0369; Relator (a): Neto Barbosa Ferreira; Órgão Julgador: 29ª

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Privado; Foro de Monte Aprazível - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/05/2017; Data de Registro: 10/05/2017)

"APELAÇÃO - Poupança. Expurgos inflacionários. Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9 (IDEC x Banco do Brasil). Competência. Prevenção da 18ª Câmara de Direito Privado, nos termos do art. 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Conexão com outros feitos anteriormente julgados. Recurso não conhecido, com remessa para redistribuição." (TJSP; Apelação Cível 0007299-42.2014.8.26.0356; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mirandópolis - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 29/04/2021; Data de Registro: 29/04/2021)

"COMPETÊNCIA RECURSAL - CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO IDEC - INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM FACE DO BANCO DO BRASIL S/A - JULGAMENTO DO PRIMEIRO RECURSO POR DESEMBARGADOR COM ASSENTO NA 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO - PREVENÇÃO CONFIGURADA - INCIDÊNCIA DO ART. 105 DO REGIMENTO INTERNO - ENTENDENDIMENTO FIRMADO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - RECURSO NÃO CONHECIDO - REMESSA DETERMINADA." (TJSP; Apelação Cível 1080781-22.2019.8.26.0100; Relator (a): Matheus Fontes; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/06/2020; Data de Registro: 01/06/2020)

"COMPETÊNCIA RECURSAL - Decisão proferida nos autos da ação civil pública nº 1998.01.1.016798-9, à qual a presente ação de exibição de documentos, visando à execução individual da sentença coletiva, é conexa, já foi objeto do agravo de instrumento 0499798-20.2010.8.26.0000, distribuído anteriormente ao Excelentíssimo Desembargador Carlos Alberto Lopes, que integrava a Eg. 18ª Câmara de Direito Privado - Julgamento anterior - Prevenção - Recurso não conhecido, determinada a remessa dos autos." TJSP; Apelação Cível 1001954-58.2018.8.26.0576; Relator (a): Rebello Pinho; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/08/2019; Data de Registro: 15/08/2019)

De rigor, portanto, reconhecer a prevenção da Colenda 18ª Câmara da Seção de Direito Privado para os recursos tirados da Ação Civil Pública 1998.01.1.016798-9 da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF, assim como para os demais feitos conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, conforme art. 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal.

Valendo destacar que no momento da distribuição da presente apela-

Acesso ao Sumário

ção, a Secretaria observou a prevenção pelo referido Agravo de Instrumento nº 0499798-20.2010.8.26.0000 (fls. 206), vindo os autos, portanto, a este Relator por um equívoco.

Sendo assim, não se conhece deste recurso e determina-se a remessa dos autos para a Colenda 18ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001845-68.2020.8.26.0319, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é apelante ECO-VITA INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA., é apelado JOSÉ BERNARDES NUNES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.468)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente) e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 3 de setembro de 2021.

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Vícios construtivos - Pedido indenizatório - Pretensão condenatória que não se sujeita à prazos decadencial e prescricional do CDC, mas ao prazo decenal do art. 205, caput, do Código Civil - Laudo pericial bem fundamentado que confirmou as alegações da parte autora - Extensão do dano material apurado pelo perito consoante Tabela Sintética Pini - Dano moral bem fixado em R$ 8.000,00 - Sentença mantida - Recursos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de conhecimento condenatória c.c. indenização por danos materiais e moral, alegando o autor que é mutuário da casa descrita na inicial, adquirida através do Programa "Minha Casa, Minha Vida" e, desde o momento que ocupou o imóvel residencial, foram identificadas diversas falhas na construção, assim como identificou a baixa qualidade dos materiais utiliza-

dos, experimentando sucessivos aborrecimentos com inundações em todos os cômodos do imóvel nos períodos de chuva, o que ocorre pelo fato de a casa ter sido construída abaixo do nível da rua, impedindo o correto escoamento da água, razão pela qual requer seja a requerida condenada a pagar indenização por danos materiais em valor a ser apurado pelo perito e dano moral no importe de R$ 50.000,00.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação para condenar a parte ré a pagar à parte autora a quantia de R$ 7.450,00, a título de danos materiais, com correção monetária pelos índices da tabela do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo desde a data do laudo pericial (18/01/2021 - fl. 137) e juros legais de 1% ao mês desde a citação, e R$ 8.000,00, a título de danos morais, com correção monetária pelos índices da tabela prática do TJSP desde a data do arbitramento da indenização (Súmula 362 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), acrescido de juros legais de 1% ao mês desde a data da citação, ficando a ré condenada, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

A requerida apelou afirmando que os vícios que acometem o imóvel não acarretam riscos à saúde e segurança do consumidor, não se aplicando, portanto, o prazo quinquenal do art. 27 do CDC, mas sim o prazo nonagesimal do art. 26, II, do CDC, o qual é contado da posse do autor no imóvel, uma vez que os vícios apurados pelo perito são todos aparentes e, no mais, aduz que o laudo pericial não foi capaz de comprovar o nexo causal entre a conduta da apelante e o dano experimentado, sendo assente que qualquer construção pode apresentar algum tipo de fissura, até mesmo em decorrência da depreciação pelo fator temporal, não se tratando necessariamente de um vício construtivo, ademais, sustenta que a própria autora, ao receber o imóvel, declarou estar recebendo o mesmo em boas condições (fls. 183) e que o laudo pericial não apresenta fontes ou fundamentações, não podendo ser utilizado como parâmetro para julgamento e, por fim, aduz que os vícios apurados são de pequeníssima proporção, tratando-se de pintura e cura de trincas e fissuras, o que não possui o condão de causar dano moral à parte autora (fls. 167/193).

A autora recorreu adesivamente afirmando que os transtornos gerados pelas infindáveis inundações pelas águas pluviais dentro da casa, o que ocorre até os dias atuais em períodos de chuvas, supera em muito o mero aborrecimento, trazendo à recorrente danos psicológicos irreparáveis, razão pela qual pugna pela majoração da indenização por dano moral para, pelo menos, R$ 20.000,00 (fls. 203/207).

Foram apresentadas contrarrazões por ambas as partes (fls. 199 e 227/233).

É o Relatório.

Cuida-se de ação visando a indenização por danos materiais e moral cau-

Acesso ao Sumário

sados por vícios construtivos.

É relação de consumo o negócio jurídico que envolve a realização de empreendimento com a negociação de unidades imobiliárias.

No que toca à alegação de decadência, cumpre observar que o pedido é condenatório.

Quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, está pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça que: "2. O Código de Defesa do Consumidor estabelece dois regimes jurídicos para a responsabilidade civil do fornecedor: a responsabilidade por fato do produto ou serviço (arts. 12 a 17) e a responsabilidade por vício do produto ou serviço (arts. 18 a 25). Basicamente, a distinção entre ambas reside em que, na primeira, além da desconformidade do produto ou serviço com uma expectativa legítima do consumidor, há um acontecimento externo (acidente de consumo) que causa dano material ou moral ao consumidor. Na segunda, o prejuízo do consumidor decorre do defeito interno do produto ou serviço (incidente de consumo). 3. Para cada um dos regimes jurídicos, o CDC estabeleceu limites temporais próprios para a responsabilidade civil do fornecedor: prescrição de 5 anos (art. 27) para a pretensão indenizatória pelos acidentes de consumo; e decadência de 30 ou 90 dias (art. 26) para a reclamação pelo consumidor, conforme se trate de produtos ou serviços não duráveis ou duráveis. 4. Tratando-se de vício oculto do produto, o prazo decadencial tem início no momento em que evidenciado o defeito, e a reclamação do consumidor formulada diretamente ao fornecedor obsta o prazo de decadência até a resposta negativa deste" (REsp 1303510/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 06/11/2015; REsp 1488239/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016).

A responsabilidade pelo *fato* do produto ou do serviço está relacionada à acidente de consumo, ou seja, dano provocado por um produto ou serviço, e importa em vício de qualidade por insegurança, o que também, não se aplica ao caso.

Acesso ao Sumário

No tocante ao dano decorrente de *vício* do produto ou do serviço relacionado a produto durável, que pode ser de quantidade e qualidade, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor (arts. 18 do CDC), ao qual se aplica o prazo decadencial de 90 dias do inciso II do art. 26 do CDC, esclarece Zelmo Denari[1] que "embora o art. 18 faça referência introdutória às duas espécies de vícios (de qualidade e quantidade), seus parágrafos e incisos disciplinam, exclusivamente, a responsabilidade do fornecedor pelos vícios de qualidade dos produtos, ou seja, por aqueles vícios capazes de torná-los impróprios, inadequados ao consumo ou lhes diminuir o va-

1 DENARI, Zelmo. (*et al*). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 186.

lor". Cita como exemplos os defeitos no sistema de freio do veículo, no sistema de refrigeração, som ou imagem em aparelhos eletrodomésticos, e as hipóteses do § 6º do art. 18 do CDC, sendo considerados impróprios ao uso e consumo os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos, os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação e os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Não se cuidando de vício de qualidade do produto que torna imprópria a utilização do imóvel, não se aplica também o art. 26 do CDC.

Inequivocamente cuida-se de relação de consumo, mas pelo "Diálogo das Fontes", não há o conflito de leis, mas a convivência entre elas. Segundo esta teoria de Erik Jayme, disseminada em nosso País por Cláudia Lima Marques[2]: "a 'solução' do denominado 'conflito de leis no tempo' emerge como resultado de um diálogo (aplicação simultânea, coerente e coordenada) das mais heterogêneas fontes legislativas, iluminadas todas pela nova força da Constituição. Fontes plurais que não mais se excluem - ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (dia-logos), cabendo ao aplicador da lei coordená-las ('escutando-as'), impondo soluções harmonizadas e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a estas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional".

De maneira que, eventual direito do autor somente pode estar amparado pelo Código Civil, por não se inserir a pretensão que deve ser aplicado de forma harmônica e com observância das normas que regem a proteção e defesa do consumidor, reconhecidamente vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, inciso I, Lei n. 8.078/90), e que são de ordem pública e social, estabelecidas na Lei n. 8.078/90, gozando, ainda, o consumidor de proteção constitucional (art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V).

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "6. 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. 7. 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 Civil de 1916 ('Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos na obra')" (REsp 1534831/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA

2 MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 663-4.

Acesso ao Sumário

TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 02/03/2018; REsp 1717160/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 26/03/2018).

Quanto à prescrição, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que: "**nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional**" (AgInt no REsp 1.796.574/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2019, DJe de 12/06/2019; AgInt no AREsp 1354740/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 09/10/2019), bem como que: "5. Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos. 6. Para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo 'reparação civil' não abrange a composição da toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos, estando associada às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito" (EREsp 1280825/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2018, DJe 02/08/2018), aplicando-se o prazo decenal para as indenizações por danos materiais e moral.

O Laudo Pericial de fls. 130/141, elaborado por profissional capacitado, atingiu sua finalidade, confirmando as alegações do requerente no sentido de que há danos estruturais no imóvel, como trincas e fissuras nas alvenarias e na laje da fundação, e que a falta do correto escoamento das águas pluviais, causa infiltrações no imóvel (quesito 8.1. - fls. 135), o que inclusive se confirma pelas fotografias reproduzidas às fls. 138/141, nas quais é possível constatar as trincas nas paredes e os reparos efetuados pelo proprietário, bem como é possível identificar-se os danos causados pelo acúmulo de água nos rodapés e nas partes inferiores das paredes, sendo inequívocos o dano e o nexo causal, decorrentes dos vícios construtivos e não de mau uso ou má conservação.

Acesso ao Sumário

No que toca ao valor do dano material apurado pelo perito, a ré apresentou impugnação às fls. 149/153, insurgindo-se contra o valor referente à pintura do imóvel, adotando como critério de sua análise, tão somente o valor de uma lata de tinta, e a extensão que pode ser com ela pintada, ignorando o fato de que a pintura de um imóvel envolve ainda outros materiais, como rolos, pincéis, lonas, lixas, argamassa, etc, além de demandar gastos com mão de obra, razão pela qual deve preponderar o cálculo efetuado pelo perito, com fundamento no valor unitário de R$ 17,43 R$/m² nos termos da Tabela Sintética PINI.

O dano moral, por sua vez, importa violação a direitos da personalidade,

que conforme Adriano de Cupis[3] são "direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo - o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal".

Como acentua José Afonso da Silva[4]: "o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental", havendo a Constituição Federal de 1988 assegurado a indenização pelo dano moral (art. 5º, incisos V, X e XLIX), no que foi secundada pelo Código Civil, estabelecendo seu art. 186 que: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Consiste em lesão ao conceito social do indivíduo, ou, relativa à sua autoestima.

Leciona Yussef Said Cahali[5] que: "na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral".

No presente caso, considerando-se os vícios construtivos no imóvel, principalmente o incorreto escoamento das águas pluviais, que danifica não apenas o imóvel, mas também a mobília que guarnece o bem, geram aflição psicológica que ultrapassa o mero aborrecimento do proprietário, pela umidade poder causar mofos e graves danos à saúde, ensejando, portanto, sua reparação pelo dano moral experimentado, devendo ser mantida a indenização fixada pelo Juízo de origem em R$ 8.000,00, porquanto em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo inadmissível sua majoração porquanto não comprovado qualquer fato excepcional pela parte autora.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** a ambos os recursos de apelação, majorando-se os honorários advocatícios devidos pela ré para 15% do valor atualizado da condenação e condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios recursais de 5% do valor da majoração pretendida, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, observada a gratuidade da justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002993-68.2014.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que são apelantes/apelados

3 CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p.17.

4 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.200.

5 CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.20.

CARLOS ANDRE MORENO FERRARI (E POR SEUS FILHOS) e ALYCIA FERRARI (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado/apelante UNIMED DE BOTUCATU COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

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 parcial ao apelo dos autores e negaram provimento ao recurso dos réus. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.489)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 13 de setembro de 2021.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. FALHA EM ATENDIMENTO MÉDICO.

I- Pleito de gratuidade dos autores na fase recursal. Acolhimento. Presunção de hipossuficiência que deriva do disposto no artigo 99, §3º, do CPC, sem dizer, ainda, que a autora Alycia, menor de idade, é presumivelmente carente de recursos financeiros. Benesse concedida, dispensado o preparo recursal por parte dos autores.

II- Preliminares de nulidade. a) falta de fundamentação na sentença acerca da dispensa da produção de outras provas no processo. Suficiência, no caso, da prova pericial. Aplicação, no caso, do disposto no artigo 370 do CPC. b) cerceamento de defesa. Inocorrência. Controvérsia equacionada apenas com lastro na prova pericial, dispensando-se a produção de provas em audiência. Inexistência dos vícios alegados.

III- Falha nos atendimentos médicos realizados pelos prepostos da apelante UNIMED de BOTUCATU. Paciente tratada como se padecesse de uma enxaqueca quando, na verdade, já exibia sintomas de um AVC, que a vitimou fatalmente. Ausência da realização de exames adequados e, principalmente, da submissão da paciente a um neurologista. Nexo causal entre o erro diagnóstico e o evento morte. Erro diagnóstico, pelas circunstâncias, que deve ser havido como ines-

cusável.

IV- Dano moral. Morte da esposa e mãe dos autores. Configuração. Fixação na quantia equivalente a 100 (cem salários mínimos) para cada um dos autores. Atendimento, no caso, ao disposto no artigo 944 do CC. Pretensão de redução afastada.

V- Pensão mensal. Fixação em 2/3 de R$-1.709,05. Necessidade, na espécie, de atualização da pensão com base na variação do salário mínimo, com a inclusão, também, da parcela referente ao 13º salário. Juros de mora. Relação contratual que impede a aplicação da Súmula 54 do STJ. Limitação da pensão até a autora atingir 16 anos. Descabimento.

APELO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO, COM DESPROVIMENTO DO RECURSO DOS RÉUS.

VOTO

1- Ação indenizatória por falha em atendimento médico julgada parcialmente procedente para o fim de condenar os réus: - ao pagamento solidário à autora Alycia de um pensionamento mensal de 2/3 dos rendimentos líquidos da falecida (valor base de R$-1.709,05), sendo as parcelas vencidas devem ser pagas em parcela única; - ao pagamento de danos morais no valor equivalente a 100 salários mínimos para cada autor, com correção monetária e juros desde o arbitramento. Aos réus, ainda, foi carreado o ônus da sucumbência, fixada a honorária em 10% do valor da condenação. Embargos de declaração pelos autores às fls. 615/619, não conhecidos às fls. 636/637.

Recorrem as partes.

Os autores, pelas razões de fls. 646/653, pretendem: - que a pensão mensal seja reajustada com base no salário mínimo e que o 13º salário seja incluído no pensionamento; - que os juros de mora incidam desde o evento danoso.

A ré UNIMED de BOTUCATU, pelas razões de fls. 659/688, sustenta: - nulidade da sentença por deficiência na fundamentação e por cerceamento de defesa; - a improcedência da ação; se mantida a procedência parcial, que o valor dos danos morais seja reduzido para a quantia de R$-40.000, 00 para os autores; - que a pensão mensal, se devida, deve perdurar até que a autora atinja a idade de 16 anos.

Recurso dos autores tempestivo e respondido, com pedido de gratuidade às fls. 646. Apelo da ré UNIMED de BOTUCATU tempestivo, preparado e respondido.

Acesso ao Sumário

A Douta Procuradoria opinou pelo desprovimento do apelo da ré UNIMED de BOTUCATU e provimento ao recurso dos autores (fls. 738).

Sem oposição ao Julgamento Virtual.

É o RELATÓRIO.

2- Concede-se, de saída, aos autores os benefícios da gratuidade, nos termos do disposto no artigo 99, §3º, do CPC, sendo que nada contrasta a afirmação de hipossuficiência firmada às fls. 654, acrescentando-se, por necessário, que a apelante Alycia é menor de idade, presumindo-se a sua carência financeira para o enfrentamento do pagamento do preparo recursal.

Enfrenta-se a matéria preliminar agitada pela apelante UNIMED de BOTUCATU. Não se depara com a alardeada ausência da devida fundamentação sentencial em relação à dispensa pelo Magistrado da produção de outras provas. Em sede de reparação por suposta falha na prestação de serviços médico hospitalares, consoante a doutrina de AGUIAR DIAS, a prova pericial é o caminho naturalmente a ser trilhado pelo julgador, tornando prescindível a produção de outros elementos de convicção. Assim, a delimitação à prova pericial para a formação da convicção do Magistrado, ao contrário do sustentado nas razões recursais, não implica em qualquer mácula, lembrando-se, a propósito, nos termos do disposto no artigo 370 do CPC, que cabe ao Juiz "...determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito". Resolvendo-se a controvérsia, de outra parte, apenas com a prova pericial, desnecessária a produção outros elementos de convicção, notadamente oitiva de testemunhas em audiência. Ademais, como bem destacado pela Douta Procuradoria às fls. 734, "Nenhuma outra prova poderia mudar o deslinde do feito, de modo que o conjunto probatório se revela denso e robusto, em uma demanda que se estende desde 2014, com várias perícias já realizadas, não teria seu entendimento modificado na dilação probatória cuja necessidade não foi justificada, mostrando-se procrastinatória". Rejeita-se, portanto, a preliminar da ré UNIMED de BOTUCATU.

Vencida essa questão preliminar, de rigor o reconhecimento de que houve falha no atendimento médico dispensado à falecida Patrícia Regina. Acometida de forte dor de cabeça, fadiga, dificuldade na movimentação e desmaio, a falecida paciente foi levada até o pronto atendimento da ré UNIMED de BOTUCATU, ocasião em que foi diagnosticada com Migrânea (CID R 51), com prescrição de medicamentos (Dipirona e Cetoprofeno) e liberação. Persistindo os sintomas, houve retorno da paciente ao mesmo pronto atendimento, repetindo-se a avaliação médica e liberação. Persistindo ainda os sintomas, a paciente foi levada ao Hospital das Clínicas de Botucatu, onde foi submetida a exame de imagem e contatado um quadro de AVC, já com hemorragia difusa, vindo a óbito.

Manifesta a falha diagnóstica do preposto médico da ré que, na espécie,

Acesso ao Sumário

deve ser havida como inescusável, vez que, como se verá adiante, se apartou da eleição do tratamento adequado à enfermidade exibida pela paciente. Os sintomas apresentados pela enferma eram extremamente sugestivos de afecção importante no sistema nervoso central, como aneurisma cerebral, hemorragia subaracnóide, acidente vascular cerebral e até mesmo eclampsia baseado no histórico puerperal recente (laudo, fls. 299). Aliás, considerou o Perito: "...no momento do primeiro atendimento, a paciente já apresentava 3 sinais de alarmes que se adequavam ao quadro de cefaleia secundária" (laudo, fls. 301). Todavia, pese os indicativos de um provável AVC, insuficientes os exames realizados pelos prepostos da ré (laudo, fls. 299), sendo que os sintomas apresentados pela paciente reclamavam a intervenção de um neurologista (laudo, fls. 299).

Insubsistente, ao seu turno, a impugnação ao laudo pericial. Naquilo que interessava ao deslinde da controvérsia, notadamente a falha diagnóstica inicial, vez que tratada como simples Migrânea, popularmente conhecida como enxaqueca, a paciente, na verdade, desenvolvia um quadro de AVC, com a apresentação de 3 (três) sinais de alarmes, totalmente ignorados, acrescentando-se, ainda, a falta de encaminhamento a um neurologista. Eis aqui a raiz da falha diagnóstica, existindo erro diagnóstico latente e que, como pontuado no laudo (fls. 300), se feito a contento, poderia "...ter contribuído para uma melhor sobrevida ou evitar o óbito". É muito claro o nexo causal entre o deficiente atendimento inicial prestado pelos prepostos da ré UNIMED de BOTUCATU e a piora/morte da paciente em outro serviço médico.

Era o quanto bastava ao estabelecimento da responsabilidade civil dos réus pela morte da paciente Patrícia Regina.

A morte da esposa e da mãe dos autores, por seu lado, causa dano material e moral. Isso é incontrastável nos autos, sendo presumido o prejuízo sofrido pelos parentes pela ocorrência da morte do familiar próximo. A quantia arbitrada pelos danos morais, ou seja, 100 (cem salários mínimos), para cada autor, no caso, está alinhada com o disposto no artigo 944 do Código Civil. Compõe a lesão experimentada pelos autores e, ao mesmo tempo, pune os réus para que não reincidam na conduta. A redução pretendida (R$-40.000,00 para os autores) desponta como inadmissível, à vista da gravidade do ato culposo dos réus e que resultou na morte da paciente; a redução, se implantada, tornaria pífia a punição, um verdadeiro estímulo oficial à novas violações. Em relação aos juros moratórios, cuidando-se de relação contratual, não se aplica à espécie o enunciado pela **Súmula 54 do STJ**.

Quanto à pensão mensal, de fato, a r. sentença nada deliberou acerca do seu reajuste, cuja necessidade, sob pena de corrosão pelo avanço da inflação, é latente. Nesse ponto, o apelo dos autores é provido, estabelecendo a atualização do valor fixado às fls. 610 pelos índices de correção do salário mínimo. O décimo terceiro salário, por seu lado, também deve integrar a pensão, indepen-

Acesso ao Sumário

dentemente da falecida ser ou não assalariada, conferindo-se, pela pertinência, a doutrina de SERGIO CAVALIERI FILHO: "**Temos nos posicionado no sentido do seu cabimento ainda que a vítima estivesse desempregada, porque o 13º salário é uma das parcelas do lucro cessante. Este, por sua vez, é aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar, nos termos do já citado artigo 402 do Código Civil**" (*in* Programa de Responsabilidade Civil, 7ª Edição Revista e Ampliada, Jurídico Atlas, pag. 110). Relativamente ao limite temporal da pensão mensal fixada em favor da autora, isto é, do evento danoso até que ela complete 18 (dezoito) anos de idade (fls. 610), nada deve ser modificado, vez que, em regra, o pensionamento deveria ocorrer até os 25 anos de idade, época em que o filho completa a sua formação escolar e, partir daí, poderá bancar o seu próprio sustento. Descabida, assim, a redução para 16 anos de idade como limite do pensionamento mensal devido à filha da falecida.

Na forma do disposto no artigo 85, §11º, do CPC, majora-se a verba honorária devida pelos réus para 15% sobre o valor da condenação.

Em suma, o apelo dos autores é parcialmente provido para determinar o reajuste da pensão com base na variação do valor do salário mínimo, com a inclusão do 13º salário, desprovendo-se, de outra parte, o recurso dos réus.

APELO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO, COM DESPROVIMENTO DO APELO DOS RÉUS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015588-25.2020.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes/apelados GRAJAÚ EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e BICUDO MATOS E MORAES SOCIEDADE DE ADVOGADOS, são apelados ALDO PESSAGNO NETO, EPAMINONDAS RODRIGUES ARAUJO JUNIOR, MARIA DAS GRAÇAS BERNARDO DE ARAÚJO e EPAMINONDAS RODRIGUES DE ARAUJO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram o benefício da justiça gratuita, concedendo à parte apelante Grajaú o prazo de cinco dias para o recolhimento do preparo, sob pena de não conhecimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.618)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente) e ANTONIO NASCIMENTO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 17 de setembro de 2021.
FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: BEM IMÓVEL. ANULATÓRIA DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL C.C. REPARAÇÃO CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. Não comprovado, como exige o preceito constitucional, o estado de necessidade que justifique a concessão da gratuidade, é o caso de manutenção da decisão que revogou o benefício da justiça gratuita, concedendo à apelante Grajaú o prazo de cinco dias para recolher o preparo do seu recurso de apelação, sob pena de seu não conhecimento.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação contra respeitável sentença de fls. 459/468 que julgou parcialmente procedentes os pedidos para anular o procedimento extrajudicial de leilão e arrematação do imóvel, devendo a corré Grajaú apresentar correto extrato da dívida, no prazo de 20 dias, conforme valores pactuados contratualmente e sua respectiva evolução, com os encargos moratórios, e dando oportunidade para a purgação da mora, cabendo ao autor demonstrar, com documentação idônea, o montante já pago. E sendo a sucumbência recíproca, condenou o autor e a corré Grajaú ao pagamento das custas e despesas processuais, em proporções iguais, e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00 para o patrono da parte contrária. Deixou de condenar o corréu Aldo, por não ter dado causa ao ajuizamento da demanda.

Interpostos embargos de declaração, foram estes rejeitados, conforme decisão de fls. 483/484.

Pleiteia a apelante ré Grajaú a reforma do julgado alegando que agiu de acordo com o disposto na Lei de Incorporações, que assegura que após o inadimplemento de 3 prestações, o imóvel seja levado à leilão caso não purgada a mora. Aponta que a parte apelada deixou de pagar as parcelas mensais e intermediárias vencidas entre 10/2011 e 02/2013. E não restou comprovado o pagamento no presente feito. Afirma que o leilão realizado é válido, sendo desnecessária uma segunda notificação sobre os dias e horários dos leilões. Cita julgados. E caso houvesse dúvida sobre os valores cobrados, deveria ser determinada a abertura da fase de instrução e não o julgamento antecipado da lide. Ademais, não caberia a desconstituição da arrematação apenas pela incorreção dos valores cobrados. Argumenta que o devedor teve o prazo da lei para purgar a mora ou questionar os valores, mas nada fez. Observa que a sentença é *extra petita*, pois não houve pedido de apresentação de evolução do saldo devedor. Alega ainda

Acesso ao Sumário

que restou demonstrada a inadimplência da parte apelada, já que não houve a prova do pagamento. E o saldo do leilão foi positivo, restando um valor de R$ 151.356,46 em favor do devedor. Tece considerações sobre a regularidade dos atos que antecederam o leilão extrajudicial. Aduz que configurado o débito, houve a notificação extrajudicial, e não havendo o pagamento, ocorreu a imediata rescisão do contrato e leilão. Salienta que diante da alegação do devedor de houve o pagamento, aguardou por mais de um mês a comprovação do pagamento. Afirma que a anulação do leilão, coloca a lei e o contrato em situação de insegurança jurídica. Observa que foram mais de nove anos de inadimplemento. Alega ainda que o apelado Epaminondas não poderia ter cedido a posse direta do imóvel aos seus genitores, devendo ser o feito extinto sem julgamento do mérito, já que não possui relação jurídica com os atuais possuidores do bem. Por fim, requer que seja concedido o benefício da gratuidade processual, pois se encontra em recuperação judicial. Aponta que no ano de 2020, considerando os resultados até o 3º trimestre, teve um prejuízo de aproximadamente R$ 823.000.000,00.

Doutra parte, recorrem os patronos dos autores alegando que os honorários advocatícios devem ser fixados conforme art. 85, § 2º, do CPC. E sendo caso de condenação parcial, a base de cálculo para os advogados dos autores deve ser o valor atualizado da causa e para o advogado do réu, o proveito econômico calculado sobre a diferença entre o valor pleiteado e o valor da condenação.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

Inicialmente, em que pese a possibilidade das partes solicitarem o julgamento do feito em sessão presencial, tratando-se de análise de matéria preliminar ao mérito, e em atendimento ao princípio da celeridade, levo a questão para julgamento virtual, assegurando, se o caso, o julgamento do mérito recursal em sessão presencial.

Aprecio, inicialmente, a preliminar de pedido de justiça gratuita formulado pela apelante Grajaú, nos termos do art. 101 do CPC, e lhe nego provimento por **não comprovado** o estado de necessidade, como exigido no preceito constitucional, nos seguintes termos:

> "***Art. 5º, LXXIV: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;***"

Nesse esteio, bem observou o magistrado sentenciante ao revogar o benefício, acolhendo a impugnação:

> "*Por fim, indefiro o pedido de gratuidade de justiça. O fato de a empresa ré estar em processo de recuperação judicial não demonstra, por si só, a impossibilidade de suportar as despesas e custas do processo (fls. 309/373). Caberia à ré comprovar a impossibilidade de arcar com as*

Acesso ao Sumário

despesas processuais sem prejuízo de suas atividades, ônus do qual não se desincumbiu. Aliás, a recuperação judicial não impede a ré de fazer frente a despesas variadas. Tal situação não deve ser diversa em relação ao custo de uma demanda judicial. Certamente que as custas necessárias para litigar em juízo, levando-se em conta o montante aqui discutido, não inviabilizam o desenvolvimento da atividade econômica da ré. Não há provas, mas apenas números de uma empresa presumivelmente em situação econômica difícil, repise-se, mas não impedida de arcar com as custas deste processo (art. 373, II, CPC)." *(fls. 461/462)*.

De fato, do entendimento uniformizado no Colendo Superior Tribunal de Justiça resultou a Súmula 481, segundo a qual "***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***".

Assim, a empresa ré Grajaú para poder ser beneficiária da justiça gratuita, deve ela fazer prova cabal de que não tem condições de custear os encargos do processo, fato que não ocorreu no caso em questão, pois a simples alegação de que se encontra em recuperação judicial não tem o condão de justificar a concessão do benefício. E as citações feitas no meio do presente recurso, por si só, não comprovam a hipossuficiência alegada.

Nesse sentido, reiterados julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"O direito à gratuidade da justiça da pessoa jurídica em regime de liquidação extrajudicial ou de falência depende de demonstração de sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais, o que não ficou afigurado na espécie (AgInt no REsp 1.619.682/RO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 7/2/2017)." (AgInt no AREsp 1083938/RJ; Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE; 3ª Turma, j. em 05/12/2017).

"AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESERÇÃO. SÚMULA 187/STJ. MASSA FALIDA. INEXISTÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE CADEIA COMPLETA DE PROCURAÇÃO. ENUNCIADO 115 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Decisão recorrida publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016, desta Corte. 2. 'É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos' (Súmula 187/STJ). 3. Não é presumível a existência de dificuldade fi-

Acesso ao Sumário

nanceira da empresa em face de sua insolvabilidade pela decretação da falência para justificar a concessão dos benefícios da justiça gratuita. 4. Na instância extraordinária é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos (enunciado 115 da Súmula do STJ). 5. Os atos processuais devem ser praticados em consonância com os regramentos vigentes, em atenção aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica. 6. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no AREsp 1024591/SP; Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI; 4ª Turma; j. em 05/10/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. FALÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. 'Não é presumível a existência de dificuldade financeira da empresa em face de sua insolvabilidade pela decretação da falência para justificar a concessão dos benefícios da justiça gratuita' (REsp 1.075.767/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 18/12/2008). 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 763323/SP; Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA; 4ª Turma, j. em 03/11/2015).

Deste modo, pela ausência de comprovação da hipossuficiência, rejeita-se pedido formulado pela apelante Grajaú.

Consequentemente, não comprovado o estado de necessidade, demonstração esta exigida no preceito constitucional citado, descabe a concessão da justiça gratuita pleiteada, não bastando a simples declaração de necessidade se esta se apresenta destoante da realidade.

Deste modo, tratando-se de preliminar prejudicial ao conhecimento do mérito caso não recolhido, por ora o julgamento fica limitado ao seu exame, concedendo à apelante Grajaú o prazo de cinco dias para recolher o preparo do recurso de apelação, sob pena de seu não conhecimento.

Observe-se ainda que o recurso interposto pelos patronos dos autores será posteriormente analisado, após preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso de apelação da apelante Grajaú.

Ante o exposto, mantenho a revogação do benefício da justiça gratuita, concedendo o prazo de cinco dias para o recolhimento do preparo, sob pena de não conhecimento do recurso, nos termos do art. 101, § 2º, do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017015-

91.2019.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante DAIANE MARGARETE DA CUNHA, é apelado DECOLAR.COM LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 173/2021)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Presidente sem voto), ALFREDO ATTIÉ e ANGELA LOPES.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

LUÍS ROBERTO REUTER TORRO, Relator

Ementa: Turismo. Indenização material e moral. Prestação de serviços. Aquisição de passagens aéreas de São Paulo para Manaus, através de agência de viagens. Impedimento de embarque por cancelamento do voo, sem aviso prévio à autora. Ação julgada procedente. Danos morais arbitrados em R$ 5.000,00.

Apelação da autora. Dano moral reconhecido. Desnecessidade de comprovação de prejuízo. Abalo psicológico, frustração e privação do bem estar suportados pela autora e que justificam a indenização por ofensa a direito de personalidade. Dissabores que vão além da normalidade. Desídia da ré. Valor que deve ser fixado em obediência aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Dano moral majorado para R$8.000,00. Função punitiva e educativa da reparação por danos morais. Reprovabilidade da conduta da apelada. Precedentes jurisprudenciais. Pretensão ao afastamento da sucumbência recíproca. Possibilidade, na hipótese. Autora que sucumbiu em menor parte de sua pretensão. Sentença reformada. Ônus sucumbenciais carreados à ré. Recurso provido.

A necessidade de cancelamento da viagem de férias no momento do embarque é situação que evidencia abalo, frustração e privação do bem estar, caracterizadora de dano moral. A quantificação dos danos morais deve observar o princípio da lógica do razoável. Deve a indenização ser proporcional ao dano e compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensida-

Acesso ao Sumário

de e a duração dos transtornos experimentados pela vítima, a capacidade econômica da causadora dos danos e as condições sociais do ofendido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação, (fls. 115/127), interposto por Daiane Margarete da Cunha contra a r. sentença de fls. 107/113 que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial formulado por DAIANE MARGARETE DA CUNHA face de DECOLAR.COM LTDA., condenada a ré ao pagamento de danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde o presente arbitramento, em conformidade com a Súmula 362 do STJ e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, e honorários advocatícios da parte adversa, fixada no importe de 10% sobre o valor da condenação para a ré e, para a autora, no valor de 10% sobre a diferença entre o valor pretendido (R$ 10.000,00) e aquele ao final obtido (R$ 5.000,00), ou seja, 10% sobre R$ 5.000,00, vedada a compensação de valores, nos termos do artigo 85 e 86 do Código de Processo Civil/15.

A autora apela.

Em suas razões recursais, sustenta a majoração dos danos morais. Em síntese, alega ter sofrido transtornos injustificáveis e inaceitáveis causados pela Apelada. Narra que comprou um pacote turístico composto por passagens aéreas, translado e hotel para realizar uma viagem de 5 dias a Manaus e que a chegar no aeroporto não pode embarcar, pois a passagem havia sido cancelada sem qualquer aviso prévio. Diz que: "*Depois de falar com diversos atendentes diferentes da companhia aérea, ir até a Polícia Federal, sem perspectiva de solução, a Apelante percebeu que a situação realmente era grave e não seria resolvida de forma simples. Tentou contato com a central de atendimento telefônico da Apelada para obter alguma ajuda, foi atendida por 3 vezes, mas, 'estranhamente', após explicar o caso e ficar alguns minutos em linha, as ligações simplesmente caiam*." Fl. 118. Afirma que diante do transtorno, sofreu danos morais que devem ser majorados. Busca a reforma da r. sentença e o afastamento da sucumbência recíproca.

Contrarrazões da ré a fls. 135/143.

É o relatório do necessário.

A discussão versa sobre alegados danos morais sofridos pela autora, em decorrência da prestação de serviços da ré.

A autora procurou os serviços da apelante, especializada na venda de viagens, para comprar um pacote de viagem para Manaus. Contudo, no dia do

Acesso ao Sumário

embarque a autora foi impedida de embarcar, pois seu bilhete aéreo havia sido cancelado.

Ao procurar uma agência de turismo, o consumidor tem em vista o atendimento personalizado e seguro em relação ao serviço. Não importa que a aquisição seja tão somente de passagens ou de pacote completo, (incluída estadia, traslado, etc.), pois o que vale é que a obrigação da empresa de turismo é de prestar informações claras sobre todos os itens para a viagem e executar o compromisso (art. 31, CDC).

Conforme verificado nos autos, não há comprovação de prévia ciência da autora acerca do cancelamento do voo. A ré não se desincumbiu do ônus de comprovar a disponibilização da informação necessária e suficiente para utilização do serviço contratado.

E, por isso, a omissão da apelada viola o dever de informar como estabelecido no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Paulo Jorge Scartezzini Guimarães ensina que:

"*As agências de turismo (aqui incluídas as operadoras e aquelas que atuam como intermediárias) prestam um serviço ao consumidor que é muito mais amplo do que a venda de um pacote turístico, de uma passagem aérea ou de uma hospedagem; essas empresas dão aos viajantes todo o apoio e estrutura necessários para a realização da viagem. Como mencionamos, as agências devem informar ao viajante sobre os documentos necessários para o ingresso no país de destino, eventuais exigências sanitárias a serem obedecidas (p. ex., vacinas), quais os meios de transporte disponíveis no aeroporto com destino à cidade ou ao hotel, as condições climáticas da região, a existência de eventuais feriados locais, o valor da taxa aeroportuária a ser paga quando do retorno, o número telefônico para contato das entidades locais que possam auxiliar o turista em caso de necessidade etc.*" (Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo, Saraiva, 2007, p. 253/254).

Em suma, constatada a falha na prestação dos serviços, os réus devem reparar os danos ocasionados ao consumidor, independentemente de culpa, nos termos do art. 20 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o dano moral é devido. Embora, em regra, não sejam cabíveis danos morais pelo descumprimento de contrato, o arbitramento é cabível, quando ele ultrapassa o mero transtorno cotidiano.

Assim, vale mencionar, julgado desta Corte:

AÇÃO INDENIZATÓRIA - TRANSPORTE AÉREO - CANCELAMENTO DE VOO - RÉ - INTERMEDIADORA NA VENDA DOS BILHETES AÉREOS - LEGITIMIDADE PASSIVA - RECONHECIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, E ART. 14 DA LEI 8.078/90 - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - AUTORA - VIAGEM DE

Acesso ao Sumário

PARIS A CAMPINAS - CHEGADA AO DESTINO - TRÊS DIAS APÓS - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - CONDUTA - OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE - VALOR – ARBITRAMENTO - ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - ART. 8º DO CPC - SENTENÇA - REFORMA. APELO DA AUTORA PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1027913-33.2020.8.26.0100; Relator (a): Tavares de Almeida; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 29ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/10/2020; Data de Registro: 13/10/2020).

DIREITO DO CONSUMIDOR - Contrato de consumo - Turismo - Sentença que condenou a operadora em danos materiais e morais - Inconformismo da ré - Alegação de força maior e culpa exclusiva de terceiro - Não cabimento - Cancelamento do voo de retorno ao Brasil devido às más condições no espaço aéreo argentino, em razão de erupção de vulcão no Chile - Operadora que deixou de prestar assistência ao consumidor, que teve de remarcar, ele próprio, a passagem de volta e providenciar hospedagem às suas próprias expensas - Falta de assistência da operadora de turismo - Má prestação do serviço caracterizada - Fato lesivo, dano patrimonial e moral e nexo de causalidade bem caracterizados, a ensejar reparação - Valores pleiteados dentro dos parâmetros adequados ao caso - Alegação de julgamento ultra petita *- Ocorrência - A existência de pedido certo e individualizado de indenização por danos morais impede a condenação em valor superior, sob pena de violação ao art. 460 do CPC - Redução do* quantum *fixado a título de danos morais ao montante pleiteado na inicial, mantida, no mais, a r. sentença - Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 0023454-10.2012.8.26.0577; Relator (a): Sergio Alfieri; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 16/12/2014; Data de Registro: 17/12/2014).*

A necessidade de cancelamento da viagem de férias no momento do embarque é situação que evidencia abalo, frustração e privação do bem estar, caracterizadora de dano moral.

Restou incontroverso nos autos a frustração e a decepção provocada na apelante pela alteração dos planos da viagem de férias e, sem tempo útil para resolução do problema, o que a impeliu a alterar o destino, além de considerar que todos os preparativos tinham em vista o destino escolhido (ex. vestuário), motivos de frustração e abalo, inclusive pela situação vivenciada no momento da partida.

Não se trata de mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada.

Em caso assemelhado há julgamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "*RESPONSABILIDADE CIVIL. AGÊNCIA DE TURISMO. PACOTE TURÍSTICO. SERVIÇO PRESTADO COM DEFICIÊNCIA. DANO MORAL.*

Acesso ao Sumário

CABIMENTO. PROVA. QUANTUM. RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO. I - A prova do dano moral se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum. Não há negar, no caso, o desconforto, o aborrecimento, o incômodo e os transtornos causados pela demora imprevista, pelo excessivo atraso na conclusão da viagem, pela substituição injustificada do transporte aéreo pelo terrestre e pela omissão da empresa de turismo nas providências, sequer diligenciando em avisar os parentes que haviam ido ao aeroporto para receber os ora recorrentes, segundo reconhecido nas instâncias ordinárias" (REsp n. 304738, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, j. 8.5.2011).

Portanto, comprovado o dano e o nexo causal, resta a análise do *quantum* indenizatório.

O arbitramento da indenização por dano moral deve ser feito com moderação, tendo em vista a natureza do dano, suas consequências na vida e nas condições econômicas das partes.

Segundo a lição de Antonio Jeová Santos, "*A indenização não pode servir de enriquecimento indevido para a vítima. Idêntico raciocínio é efetuado em relação ao detentor do comportamento ilícito. Uma indenização simbólica servirá de enriquecimento indevido ao ofensor que deixará de desembolsar quantia adequada, enriquecendo-se com o ato hostil e que desagradou, de alguma forma, algum ou quaisquer dos direitos da personalidade*" (Dano Moral Indenizável, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, pág. 199).

Há, assim, que observar o princípio da lógica do razoável, ou seja, "*importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a 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*" (cf. Sérgio Cavalieri Filho, "Responsabilidade Civil", pág. 116).

Levando-se em conta os critérios mencionados acima, entendo que a indenização pelo dano moral sofrido deve ser majorado para R$8.000,00, valor que guarda em si a devida proporção entre a lesão e a respectiva reparação, a condição econômica das partes e atende aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, além de ressarcir os dissabores experimentados pelo requerente, e atingir a finalidade punitiva e a função educativa de tal reparação.

Com relação ao afastamento da sucumbência recíproca, com razão a autora, eis que sucumbiu em menor parte de sua pretensão. Ficam os ônus sucumbenciais carreados exclusivamente à ré, que arcará com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação total.

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000775-20.2021.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante ENEL DISTRIBUIÇÃO SÃO PAULO (ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO), é apelado MERCADO LUMA LTDA.

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 19.007)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente sem voto), MÁRIO DACCACHE e JAYME DE OLIVEIRA.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - Fornecimento de energia elétrica - Pagamento efetuado - Suspensão do serviço - Ação de indenização por danos morais e materiais proposta por usuária - Sentença de parcial procedência - Rejeição dos pedidos de restituição em dobro e de indenização por danos morais - Fraude no relógio medidor não comprovada - Apelação desprovida

VOTO

A sentença de fls. 119/125, cujo relatório é adotado, julgou "*PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados nestes autos, o que faço com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para declarar a inexigibilidade da multa imposta e referente ao Termo de Ocorrência e Inspeção nº 8200552, no valor de R$ 11.820,09. Confirmo a tutela concedida às fls. 62/63. Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes com o pagamento das custas e despesas processuais na proporção de metade para cada um, além dos honorários dos Patronos da parte adversa, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa*".

Apela a ré (fls. 129/136) alegando que "*houve a manipulação do instrumento de mediação sem a anuência da concessionaria Ré, que gerou o Termo de Ocorrência e Inspeção - TOI impugnado. Tendo em vista ter se tornado*

Acesso ao Sumário

procedimento padrão de todos os usuários cobrados pelo consumo irregular ingressar com ação de inexigibilidade de débito, esta concessionária passou a requerer perícia nos medidores retirados por seus técnicos, conforme previsto no artigo 129, §1º, II da Resolução 414/2010 da ANEEL (...) o Termo de Ocorrência de Irregularidade - TOI é legítimo e fora instituído pelo Art. 129 da Resolução nº 414/10 da Agência Nacional de Energia Elétrica", devendo prevalecer o cálculo apurado e a cobrança.

O recurso foi regularmente processado e respondido.

É o relatório.

Consta da inicial, em resumo, que o autor teve o fornecimento de energia elétrica suspenso pela ré, de forma indevida, considerando ter feito a quitação de todas as contas de consumo.

Afirma o autor que "*no dia 19/11/2020, às 16:34hs, conforme Ordem de Inspeção nº 70401935671, (doc. 05), foi relatado de forma unilateral 'suposta' falta de lacre e inversão de conexão de entrada e saída da fase B no relógio medidor daquele imóvel*", que o imóvel onde exerce suas atividades é alugado e que "*os técnicos da Ré realizam aferições mensais no relógio medidor, sem qualquer constatação de possível irregularidade, pois, caso houvesse de fato tais irregularidades apontadas naquela Ordem de Inspeção, a Autora teria tomado as providências cabíveis para sana-lo. Outrossim, a Autora afirma que ninguém acessa o medidor, com exceção dos agentes da concessionária Ré!*".

Consta da inicial ainda que houve "*redução no consumo de energia elétrica no comércio da Autora, devido ao desligamento de alguns equipamentos do setor de padaria sendo eles, masseira, cilindro, modeladora batedeira, dentre outros, além da desativação de 2 (duas) ilhas refrigeradoras, ocasionando queda no consumo mensal daquele estabelecimento. Todavia, alega a Ré, que a redução constante naquelas últimas contas de consumo da Autora, se deu em razão da 'suposta' inversão de conexão da entrada e saída da fase B, alegação que não condiz com a realidade! E não é só, jamais restou oferecido pela Autora a substituição do relógio medidor, nem mesmo que fosse realizada perícia para averiguação da suposta inversão de entrada de fase, pois, em todo o período em que a Autora é a proprietária daquele comércio, jamais houve qualquer adulteração naquele relógio medidor, e neste ato, repudia terminantemente qualquer tipo de acusação, ou ainda, falsa imputação por ato seu ou de outrem, para adulteração ilegal do medidor instalado naquele local. Ato contínuo, a Ré, por atitude unilateral, diante do que restou descrito no TERMO DE OCORRÊNCIA E INSPEÇÃO (TOI) n.º 8200552, (doc. 06), aplicou multa de R$ 11.820,09, (onze mil, oitocentos e vinte reais e nove centavos), sem conceder qualquer chance da Autora apresentar defesa, ou requerer perícia, coisa que o direito abomina e a Lei condena*!".

Formulou pedido administrativo junto à ré, sem resposta, pretendendo a declaração de inexistência dos débitos referentes a multa, repetição do indébito e condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

O apelo é somente da ré e não comporta provimento, devendo os fundamentos da sentença serem adotados como razões de decidir e incorporados ao presente voto.

Conforme dispõe o artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento*".

Tal dispositivo encontra-se em harmonia com os princípios da celeridade processual e duração razoável do processo (CF, artigo 5º, LXXVIII), entendendo o Superior Tribunal de Justiça, de longa data, que "*pode o Tribunal local, examinando a apelação, adotar ou ratificar os fundamentos da sentença como razão de decidir do acórdão sem que isso represente omissão ou ausência de motivação do julgado. Precedentes*" (4ª Turma, AgRg nto AREsp nº 377.353/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, 11.3.2014). No mesmo sentido: STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp nº 530.121/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 19.8.2014; STJ, AgInt no AREsp nº 873.063/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, 20.6.2017.

Consoante recentemente observado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no julgamento do AREsp nº 1.822.840, "***No tocante à alegada nulidade do acórdão recorrido por deficiência de fundamentação (artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015), registra-se que o entendimento adotado pelo Tribunal local está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que há muito se encontra pacificada no sentido de que 'No julgamento da apelação, o Tribunal local pode adotar ou ratificar, como razões de decidir, os fundamentos da sentença, prática que não acarreta omissão, não implica ausência de fundamentação nem gera nulidade. Precedentes'*** *(AgInt no AREsp 1075290/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018)*" (18.5.2021).

Acertadas as conclusões tiradas pela MM. Juíza de primeiro grau:

"***Ao que se colhe dos autos, a ré realizou inspeção no imóvel da autora no dia 19 de novembro de 2020, quando teria constatado a ocorrência de irregularidade na medição de energia elétrica da Instalação nº 0028598121, lavrando o 'Termo de Ocorrência de Irregularidade - TOI', com observação de que foi 'constatada que o lacre da caixa estava ausente e a tampa dos terminais violadas e a existência de uma inversão de conexão entre entrada e saída da fase B no medidor ...'(fls. 37/38).***

Alega, o autor, que diminuiu o consumo de energia elétrica, com a consequente diminuição dos gastos, daí a ação com pedido de declaração de inexistência do débito, com repetição em dobro do valor cobrado, além de indenização moral.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

A procedência dos pedidos é parcial.

Como é cediço, a Concessionária de serviços de energia elétrica demandada, responde perante os usuários pela lisura dos serviços, cabendo a ela a prova da regularidade da cobrança enviada.

Contudo, vai-se ver, a demandada não demonstrou de forma efetiva a real ocorrência da fraude atribuída ao autor, notadamente considerando que ela não preservou o aparelho medidor reparado no local do comércio do autor e que, após a suposta 'inversão de conexão entre entrada e saída da fase B no medidor, não foi comprovado pela Concessionária o aumento da média de consumo do autor em relação ao período da alegada fraude, com redução do consumo que teria justificado a cobrança pretérita impugnada.

Segundo amplo entendimento Jurisprudencial, o 'TOI' elaborado de forma unilateral não possui presunção de veracidade ou legalidade, não bastando, por si só, para a comprovação de irregularidade por parte do consumidor.

Bem por isso, não socorre a Concessionária ré mera invocação à legislação indicada na contestação para embasar a alegada presunção 'iuris tantum' de veracidade do ato administrativo, que por ser parcial comporta desconstituição caso evidenciada a irregularidade da conduta adotada pelo Ente Público ou por Concessionária de Serviço Público, não podendo servir como fundamento para conduta arbitrária.

No caso vertente, além de a prova da ré consistente no 'TOI nº 8200552 (fls. 37/38) ter sido produzida de forma unilateral, fato é que a demandada não preservou o relógio medidor do autor para a confirmação da fraude a ele atribuída, deixando de disponibilizar o equipamento para a realização de prova pericial, que poderia comprovar a cogitada manipulação, com violação do lacre desse equipamento, relacionada à fraude impugnada nos autos.

Conforme vem sendo reiteradamente observado, a relação contratual em causa tem natureza de consumo, por força de evolução no entendimento da relação consumerista a partir do finalismo aprofundado, que identifica na vulnerabilidade o elemento central para a indicação da destinação final de consumo prevalente.

Por isso, essa relação está sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor, que preveem a aplicação da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, para a facilitação da defesa, determinando a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável a essa parte hipossuficiente e coibindo aquelas que estabeleçam desvantagem exagerada em benefício da Fornecedora (v. artigos 6º, inciso VIII, 47 e 51 da Lei nº 7.078/90).

Demais, a ré, na condição de Fornecedora, sequer demonstrou de for-

Acesso ao Sumário

ma convincente o consumo apurado em relação à unidade consumidora em causa após a 'inversão da entrada e saída da fase B", deixando de trazer aos autos cópia das faturas correspondentes aos períodos anterior e posterior, para evidenciar eventual degrau no consumo.

Ao contrário, limitou-se à indicação de valores em mera Tabela e 'Planilha de Cálculo de Revisão de Faturamento' que não gozam de verossimilhança suficiente para a comprovação de sua alegação de regularidade dos procedimentos adotados e aumento do consumo após o reparo do aparelho (fls. 41/42).

Como quer que seja, era imperiosa a demonstração da fraude atribuída ao autor, mediante prova efetiva dessa conduta, sob o crivo do contraditório, com a garantia da ampla defesa.

O mencionado 'TOI' não goza de isenção quanto ao resultado das avaliações técnicas realizadas, carecendo definitivamente de idoneidade como elemento de prova da cogitada fraude atribuída ao autor que culminou com o lançamento da multa questionada. Tem-se, assim, a conclusão de que a ré, não se desincumbiu do ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito reclamado na inicial (v. artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil).

Forçosa a conclusão, em consequência, da inexigibilidade da cobrança da multa impugnada, que foi evidenciada como abusiva.

A propósito, eis a Jurisprudência:

APELAÇÃO AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA INEXIGIBILIDADE DA COBRANÇA Irregularidades na medição de consumo de energia Ausência de provas e de preservação do cenário fraudulento alegado Termo de Ocorrência e Inspeção (TOI) lavrado de forma unilateral Não observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório Prática abusiva O laudo pericial colacionado aos autos se fundamenta nos documentos e fotos fornecidos pela própria ré, impossibilitada a perícia direta diante da troca e ausência de preservação do relógio medidor ÔNUS SUCUMBENCIAIS Redistribuição Honorários advocatícios majorados, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil Recurso provido. 1001154-10.2018.8.26.0615 Classe/Assunto: Apelação Cível / Fornecimento de Energia Elétrica Relator(a): Alfredo Attié Comarca: Tanabi Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 11/07/2016 Data de publicação: 30/01/2020

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. Indevida cobrança referente à unidade consumidora sem comprovação de efetiva irregularidade no medidor. Hipótese em que a realização de mera vistoria unilateral não afasta

Acesso ao Sumário

o ônus da ré de demonstrar, em juízo, a existência de efetiva fraude. Ausência de laudo técnico e de prova pericial. Impossibilidade de verificação de eventual degrau de consumo, ante a ausência de histórico de consumo posterior à troca do medidor. Ré que não se desincumbiu do ônus probatório, a teor do art. 373, II, do CPC. Inexigibilidade do débito configurada. RECURSO NÃO PROVIDO. 1009310-15.2019.8.26.0562 Classe/Assunto: Apelação Cível / Fornecimento de Energia Elétrica Relator(a): Francisco Occhiuto Júnior Comarca: Santos Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 28/05/2020 Data de publicação: 28/05/2020

Prestação de serviços. Energia elétrica. Ação declaratória de inexistência de débito c.c indenização por danos morais. Suposta fraude no relógio medidor apurada por meio de T.O.I. Ação julgada procedente, acolhido o pedido de dano moral. Apelação da ré. Irregularidade no consumo de energia elétrica constatada por meio de documento unilateral, que não se presta fazer prova da alegada fraude pelo consumidor. Dano moral: não configuração. Existência de notificação regular acerca da possibilidade do corte. Ação julgada parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido. 1000097-83.2018.8.26.0185 Classe/Assunto: Apelação Cível / Fornecimento de Energia Elétrica Relator(a): Ruy Coppola Comarca: Estrela D Oeste Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 22/01/2020 Data de publicação: 22/01/2020.

Por outro lado, improcedem os pedidos de reparação moral e a dobra imposta sobre a multa cobrada indevidamente. É que o autor ajuizou a Ação noticiando a ameaça de corte, que não chegou a ser concretizada.

A par da manutenção do serviço, não se verifica nenhuma 'via crucis' a que o autor tenha sido submetido no tocante, nem a restrição do seu nome no mercado de crédito.

Trata-se, outrossim, de mero inadimplemento contratual, que não enseja 'a priori' ofensa a direito de personalidade, conforme entendimento já pacificado na Jurisprudência.

Na verdade, bem se vê que o caso dos autos revela adversidade que não passou da esfera do mero aborrecimento, transtorno ou percalço do cotidiano, sem a concretização de abalo psicológico à demandante apto a ensejar o dever de indenizar.

Nesse sentido é a Súmula 6 da Turma de Uniformização do Sistema de Juizados Especiais do Estado de São Paulo: 'Mero inadimplemento contratual, sem circunstâncias específicas e graves que a justifiquem, não dá ensejo a indenização por danos morais'.

Da mesma forma, deve ser afastada a repetição do indébito sobre a quantia cobrada indevidamente.

Acesso ao Sumário

Não há fundamento legal para a pretendida devolução em dobro do valor pago por serem inaplicáveis ao presente caso os arts. 940 do Código Civil e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Estabelece o art. 940 do CC: 'Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição'. Portanto, a devolução em dobro com tal fundamento é sanção pelo ajuizamento indevido pelo suposto credor de ação para cobrança de débito que sabe já pago.

Já o art. 42 do CDC estabelece que: 'Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável'.

Portanto, tal dispositivo se aplica aos casos em que, após ser cobrado por dívida, o consumidor paga em duplicidade débito já quitado. Assim, depende de pagamento duplo com a prova de ambos, do devido e do indevido de dívida efetivamente existente objeto de cobrança ativa por parte do fornecedor.

No presente caso, nenhuma das situações está presente. Não houve demanda pelo credor ou pagamento em duplicidade de dívida devida pelo consumidor e objeto de cobrança ativa por parte do fornecedor.

Nesse sentido:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DÉBITO LANÇADO EM CARTÃO DE CRÉDITO REFERENTE À LOCAÇÃO DE VEÍCULO. CONTRATO CELEBRADO PELO FILHO DA PARTE AUTORA. AUSENTE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO. DISPOSIÇÃO NOS TERMOS GERAIS SOBRE A NECESSIDADE OBRIGATÓRIA DO CARTÃO DE CRÉDITO SER EM NOME DO LOCATÁRIO. ERRO DA RÉ. AUSENTE PAGAMENTO, INEXISTE DEVOLUÇÃO, SEQUER EM DOBRO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE NÃO ENSEJA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. O CASO EM APREÇO NÃO SE REVESTE DE CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS A CARACTERIZAR A RESPECTIVA INDENIZAÇÃO. MERA COBRANÇA INDEVIDA. AUSENTES PROVAS DE DANOS SUBJETIVOS. ÔNUS PROBATÓRIO QUE COMPETIA À PARTE AUTORA. PEDIDO IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71007824352, Primeira Turma Recursal

Acesso ao Sumário

Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabiana Zilles, Julgado em 31/07/2018)".

Em resumo, a ré não se desincumbiu do ônus da prova acerca da veracidade da alegação de que a irregularidade na medição da energia elétrica decorreu de fraude no equipamento e de que houve prática de ato ilícito pelo usuário.

Na forma do artigo 85, § 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*"), fica majorada a verba honorária devida pela apelante, de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) do valor da causa.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se negar provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001425-66.2021.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante B.E.J. EMPREENDIMENTOS ATIBAIA LTDA., é apelada MARCIA MARTIMIANO FARIA.

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 apelo da ré e deram provimento ao recurso adesivo da autora V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.780)**

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

São Paulo, 23 de setembro de 2021.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação de indenização por danos morais. Inscrição da parte autora em dívida ativa por débitos de IPTU referentes a período pós distrato do compromisso de compra e venda do lote. Sentença de procedência, com a condenação da ré em 05 mil reais a título de indenização por danos morais, valor a ser corrigido monetariamente e com juros de mora a partir da publicação da sentença. Insurgência

Acesso ao Sumário

da ré e da autora. Ré que não promoveu regularização do cadastro do imóvel perante a Prefeitura, alienando o lote a terceiros, ensejando a inscrição da autora em dívida ativa e o acionamento em sede de execução fiscal. Danos morais configurados neste caso. Valor fixado pelo Juízo a quo condizente com os contextos fático e jurídico destes autos. Juros de mora, porém, que devem incidir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil, acolhendo-se o pleito alternativo da autora nesse sentido. Recurso da ré desprovido e recurso adesivo da autora provido.

VOTO

Recursos interpostos em face da r. sentença de fls. 142/148 que assim deliberou:

"*Ante todo o exposto, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil,* ***JULGO PROCEDENTE o pedido inicial para condenar a ré a pagar à autora o montante de R$5.000,00 a título de danos morais, a ser devidamente atualizado pelos índices oficias de correção monetária e com juros de mora de 1% ao mês a partir da data da publicação desta sentença, já considerando o transcurso do tempo entre o evento danoso e sua fixação (o que torna injustificável a retroatividade de qualquer verba acessória)****. Ante a sucumbência,* ***a ré arcará com o pagamento das custas e despesas, além dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação****. Saliente-se que a condenação em quantia inferior à pleiteada não caracteriza sucumbência recíproca, nos termos da Súmula 326 do STJ*".

Insurge-se a ré (fls. 151/157), indicando que não há, nos autos, qualquer **prova de prejuízo** que sustente o pedido de **reparação** da autora. Aduz que a autora não teve seu nome inscrito em órgãos de proteção ao crédito e não sofreu **constrição patrimonial**. Alega que a autora deixou de informar à Prefeitura a realização do distrato e solicitar a retirada do seu nome. Entende, assim, que o **mero aborrecimento sofrido pela parte autora** não é indenizável. Subsidiariamente, defende a **redução do *quantum* indenizatório**.

Contrarrazões da autora (fls. 164/166).

Recurso adesivo (fls. 167/169), pleiteando, a autora, quanto aos **juros de mora**, a aplicação da Súmula 54 do C. STJ ou, em pedido alternativo, a incidência **a partir da citação**, nos termos do art. 405 do Código Civil.

Contrarrazões da ré (fls. 176/179).

É o relatório.

O recurso da ré não comporta provimento. O recurso da autora, por sua

Acesso ao Sumário

vez, comporta acolhimento no tocante ao pedido alternativo.

Isso pois, é incontroversa a **inscrição da autora em dívida ativa** (cf. fl. 26), **tendo sido acionada em sede de execução fiscal** (n. 1006104-46.2020.8.26.0048) por débitos **posteriores ao distrato** firmado com a ré (fls. 15/17).

E, como destacado pelo i. Juízo da origem, realizado o distrato, era necessário que a ré **promovesse a sua regularização** perante a Prefeitura Municipal, **inclusive para fins tributários**, indicando, até mesmo, **a qualificação do novo promitente comprador**, com fulcro nos artigos 9º e 10 do Código Tributário daquele Município.

O fato de a parte demandante ter seu nome levado à **inscrição em dívida ativa por débito que não lhe pertencia** é suficiente para caracterizar a **lesão extrapatrimonial**, sendo despicienda a demonstração de fatos vexatórios específicos ou de prejuízos concretos.

Com efeito, a **situação vivenciada** pela parte autora **extrapola o mero aborrecimento** cotidiano, tendo os transtornos sofridos sido **comprovados pela própria documentação apresentada**, pois a ora recorrida teve que diligenciar para regularizar **administrativamente** o cadastro do imóvel (fls. 27/28) e, inclusive, manifestar-se no processo judicial (cf. fls. 30), tudo isso para **obter a baixa da restrição** existente em seu nome, à qual não deu causa.

E, assim sendo, era de rigor a **condenação da ré** ao **pagamento de indenização por danos morais**, sendo a **verba fixada** pelo i. Juízo *a quo* - **qual seja, R$ 5.000,00** - condizente com os **contextos** fáticos e jurídicos, cumprindo a finalidade reparatória e punitiva da referida indenização.

Singela reforma merece a r. sentença, acolhendo-se o pedido alternativo da parte autora no recurso adesivo, porquanto os juros de mora são devidos, no caso, **desde a citação**, nos termos do art. 405 do Código Civil, tratando-se de responsabilidade contratual entre as partes - ainda que no seu viés pós negocial - violando, a ré, o imperativo da boa fé, por seus deveres anexos.

Em razão do **desprovimento do recurso da ré**, é o caso de **majoração** dos honorários de sucumbência (art. 85, §11 do Código de Processo Civil) para 12% do valor da condenação.

Por fim, prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional suscitada com a finalidade de acesso à Superior Instância, pelas vias extraordinária e especial, observando-se que em prequestionamento é desnecessária a indicação exaustiva dos dispositivos legais, bastando que a questão tenha sido decidida, como o fora no teor deste acórdão.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo da ré e dá-se provimento ao recurso adesivo da autora.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1054414-24.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TURKISH AIRLINES INC, é apelado RAEL SOARES DE GODOY.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20798)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ACHILE ALESINA (Presidente), MENDES PEREIRA e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 27 de abril de 2021.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - sentença de procedência - recurso da ré - transporte aéreo internacional - cancelamento de voo - pandemia da Covid-19 - relação de consumo - fortuito externo - fechamento das fronteiras e proibição de entrada e saída de imigrantes - pretensão ao afastamento de danos morais e materiais - possibilidade - voo cancelado em pleno início da pandemia - deflagrado o caso fortuito externo, o que afasta a responsabilidade objetiva da companhia aérea - exegese dos arts. 393 e 734 do Código Civil - danos morais e materiais indevidos - precedentes - alteração da disciplina da sucumbência - sentença reformada - recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso à r. sentença de fls. 165/168, proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Fabio Coimbra Junqueira, que julgou procedente a ação indenizatória ajuizada pelo apelado em face da apelante. Recorre essa última e busca a reforma da sentença. Recurso regularmente processado e respondido às fls186/196.

É o relatório.

Cuida-se de ação indenizatória ajuizada pelo apelado Rael Soares de Godoy em face de Turkish Airlines Inc.

Informa o autor, na inicial, em razão de viagem a Nova Delhi, Índia, com escala em Istambul, na Turquia. O voo de retorno estava previsto para

26/03/2020, todavia, em razão do anúncio do fechamento dos aeroportos indianos para voos internacionais, antecipou-se o voo para o dia 21 de março de 2020.

No citado dia, o voo estava marcado para 6h55 da manhã, com destino a Istambul, de lá, partir para São Paulo. Após o embarque, permaneceu 04 (quatro) horas dentro da aeronave, para depois receber a notícia de cancelamento do voo.

Narra que, sem qualquer ajuda por parte da empresa para remarcar um novo voo, teve se pagar com seus recursos financeiros um voo saindo dia 23/03/2020, de Nova Delhi, Índia, com escala em Amsterdã, Holanda.

Sofreu danos morais pelo ocorrido, requerendo a indenização material no valor total de R$ 10.658,53 e de R$ 10.000,00 por de danos morais.

Citada, a ré apresentou a contestação de fls. 74/87 sustentando que toda a motivação do atraso teve como fundamento a pandemia mundial que acometeu o mundo, e sobretudo as empresas aéreas, que foram vítimas de fato imprevisível. Nesse sentido, aduz também que não ficaram comprovados os danos materiais, tampouco os danos morais. Requer o decreto de improcedência total de todos os pedidos.

Réplica às fls. 152/161.

Nos termos do art. 355, I do CPC, foi proferida r. sentença que julgou procedente o pedido para condenar a ré no pagamento de indenização por danos materiais em R$ 10.658,53, acrescido de correção monetária desde o pagamento e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, além de indenização por danos morais em R$ 5.000,00, observada a correção monetária desde a data da r. sentença e juros de mora desde a citação.

Recorre a ré companhia aérea.

É a síntese do necessário.

Preservado o posicionamento do i. magistrado sentenciante, a razão está com a ré.

Trata-se de evidente relação de consumo e, assim, aplica-se o art. 14, *caput*, da Lei nº 8078/90, imputando-se à ré a responsabilidade objetiva pela falha do serviço.

Mas isso não significar dizer que a demanda deve ser julgada procedente.

Há de se considerar a data dos fatos narrados, o que é de curial importância.

A data do voo foi em 26 de março de 2020, sendo cancelado e antecipado para o dia 21/03/2020, sendo novamente cancelado.

A ré, em contestação, afirmou que tal fato se deu em razão de pandemia, servindo como excludente de responsabilidade.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

Embora se trate de voo internacional, é certo que o desembarque se daria no aeroporto de São Paulo. Nesse sentido, o Governador do Estado de São Paulo determinou o fechamento de estabelecimentos comerciais no dia 24 de março de 2020, início da quarentena.

Evidente que antes mesmo deste marco inicial do isolamento social, dúvidas pairavam no ar acerca do contágio pela Covid-19.

Apenas sabia-se, naquele momento, que as aglomerações em ambientes fechados deveriam ser evitadas.

E quando se trata de uma aeronave com capacidade de mais de 100 (cem) passageiros, é óbvio, assim por dizer, que os riscos de contaminação são altíssimos. Isso é evidente.

São mais de 100 (cem) pessoas confinadas dentro de uma aeronave durante horas.

Era e é uma questão de bom senso, tendo como primazia a dignidade da pessoa humana.

É claro que hoje, passado mais de 01 (um) ano, sabe-se que novos cuidados estão sendo adotados, como o uso obrigatório de máscaras a cada 02 (duas) horas, a constante higienização nas mãos e a medição de temperatura, o que permitem o ingresso do cidadão em estabelecimentos comerciais e até mesmo em viagens.

Medidas essas que não eram realizadas no dia 26 de março de 2020.

Evidente que não se trata de fortuito interno, como rotineiramente conjecturado.

É caso fortuito externo.

É de mister sua distinção no que toca com o fortuito externo, ou seja, aqueles fatos provenientes de circunstâncias exteriores ao agente e ao bem causador dos danos. Situações imprevisíveis e incontroláveis. Um típico exemplo de fortuito externo: tsunamis, terremotos.

Acesso ao Sumário

Voltando ao presente caso, é de se destacar que diante desse novo cenário caótico e imprevisível naquela ocasião, não haveria mesmo outra alternativa à ré senão cancelar os voos previstos no fatídico dia.

De mais a mais, a ré juntou documentos (mediante tradução juramentada), de fls. 116/122, informando a proibição de saída de estrangeiros, bem como o fechamento de todos os aeroportos e das fronteiras de Turquia. E o voo de conexão era em Istambul.

Por óbvio que a companhia aérea não poderia ser responsabilizada pela impossibilidade de trazer o autor de volta ao local de destino em meio a todos esses fatores externos, decorrentes da pandemia pelo Covid-19, em 19 de março

de 2020.

Não havia como sequer ser exigido da companhia aérea que simplesmente realocasse o autor em outro voo ou prestasse esse auxílio material de acomodar todos seus passageiros impossibilitados de embarque, e por tempo indefinido, já que os países começavam a fechar fronteiras e aeroportos.

E vale lembrar que a ré antecipou o voo, o que denota a boa fé da mesma, mas mesmo assim teve que cancelar a viagem.

E ainda, a alegação de que o autor poderia ser realocado em outros voos também não convence, uma vez que, pelo que se imagina, aludidos voos já deveriam estar completamente lotados diante de inúmeras pessoas na mesma situação do autor querendo se evadir, o mais rápido possível do local, infestado pelo vírus.

Portanto, o cancelamento em questão, claramente, não pode ser considerado como falha na prestação de serviço de transporte aéreo internacional.

Trata-se de fortuito externo.

Assim, não há como imputar à ré qualquer dever de indenizar, pela ocorrência de motivo de força maior ou, no mínimo, um fortuito externo, que afasta a responsabilidade do transportador.

Por isso mesmo, não há danos morais a indenizar.

De outra sorte, se o cancelamento de voo fosse por motivo de condições climáticas e em circunstâncias habituais, o desfecho certamente seria outro, porquanto que se trata de fortuito interno.

"In casu", sendo imprevisível o fato que é, enquadra-se a pandemia seguida de quarentena na categoria de caso fortuito externo, excluindo, por conseguinte, a responsabilidade civil do fornecedor, nos moldes do art. 393 ("*O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado*") e 734, ambos do Código Civil ("*O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade*").

Nessa ordem das ideias, interessante transcrever trecho de artigo do ilustre Desembargador aposentado do TJSP, Rizzatto Nunes, publicado no sítio eletrônico do "Migalhas" aos 04/10/2018, sob o título "A responsabilidade civil das companhias aéreas em casos de vulcões, tsunamis etc":

> "**Como se sabe, o sistema de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi estabelecido tendo por base a teoria do risco da atividade: o empresário tem a liberdade de explorar o mercado de consumo que, diga-se, não lhe pertence e, nessa empreitada, na qual almeja o sucesso, assume o risco do fracasso. Ou, em outras palavras, ele se estabelece visando ao lucro, mas corre**

Acesso ao Sumário

o risco natural de obter prejuízo. É algo inerente ao processo de exploração.

O risco tem relação direta com o exercício da liberdade: o empresário não é obrigado a empreender; ele o faz por que quer; é opção dele. Mas, se o faz, assume o risco de ganhar ou de perder e, por isso, responde por eventuais danos que os produtos e serviços por ele colocados no mercado possam ocasionar. O outro lado do risco da atividade é o do risco social engendrado pela exploração do mercado. A simples colocação de produtos e serviços gera esse risco. Inexoravelmente, a existência em si do empreendimento traz potencialmente risco de danos às pessoas.

Decorre disso que, quem se estabelece deve de antemão bem calcular os potenciais danos que irá causar, não só para buscar evitá-los, mas também para se prevenir sobre suas eventuais perdas com a composição necessária dos prejuízos que advirão da própria atividade.

A força maior e o caso fortuito interno, é verdade, não podem ser antecipados (apesar de possíveis de serem previstos no cálculo) pelo transportador nem por ele evitado. Todavia, não elidem sua responsabilidade. E o caso, por exemplo, do motorista do ônibus que sofre um ataque cardíaco e com isso gera um acidente: apesar de fortuito e inevitável, por fazerem parte do próprio risco da atividade, não eliminam o dever de indenizar.

Examine-se um outro exemplo para reforçar esse aspecto: o caso de certas ocorrências da natureza, tais como tempestades e nevoeiros, no caso do transportador aéreo. Ainda que o transporte aéreo seja afetado por esse tipo de evento climático, o transportador não pode se escusar de indenizar os passageiros que sofreram danos porque o fenômeno que, aliás, ocorre constantemente é integrante típico do risco daquele negócio.

Contudo, quando se trata de fortuito externo, está se fazendo referência a um evento que não tem como fazer parte da previsão pelo empresário na determinação do seu risco profissional. A erupção de um vulcão é típica de fortuito externo porque não pode ser previsto. O mesmo se dá em caso de terremoto ou maremoto (ou, como se diz modernamente, tsunami).

Desse modo, penso que não respondem as companhias aéreas pelos atrasos e cancelamentos forçados pelas condições atmosféricas e/ou terrestres geradas pelas cinzas do vulcão, que impedem a navegação nem pela interdição de aeroportos por conta de terremotos e tsunamis. Resguardados, claro, os direitos dos passageiros de remarcação de passagens e cancelamento da reserva com recebimento imediato dos valores pagos." (destaquei)

Em linhas mais simples, a companhia aérea exerce atividade de risco,

Acesso ao Sumário

pela própria natureza do serviço. E ao realizar esse tipo de negócio, a ré, no afã de obter rendimentos, se submete a um grande risco, incluindo na venda de passagens aéreas. Fato.

Mas, por outro viés, caracterizado seja o caso fortuito externo, não deve e nem pode ela (empresa aérea) responder pelos seus atos até porque não houve falha na prestação de serviços, conforme as fundamentações acima expostas.

Em casos análogos:

1032321-04.2019.8.26.0100

Relator(a): Marco Fábio Morsello

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 28/09/2020

Data de publicação: 28/09/2020

Ementa: TRANSPORTE AÉREO - Ação de indenização por danos morais e materiais - Atraso de 24 horas para chegada ao destino final - Voo internacional - Sentença de improcedência - Irresignação do autor - Proibição, pela ANVISA, de embarque de 209 (duzentos e nove) passageiros em Guarulhos, em virtude de suspeita de passageiro infectado com sarampo - Danos morais não configurados - Fortuito externo, que não engendrou consequências caracterizadoras de dano moral - Aplicação da função preventiva ínsita à responsabilidade civil contemporânea, visando à incolumidade e segurança dos passageiros, preponderante, in casu - Não comprovação de descumprimento dos deveres anexos ínsitos à boa-fé objetiva- Sentença mantida - Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

1028164-54.2020.8.26.0002

Relator(a): Helio Faria

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 23/09/2020

Data de publicação: 24/09/2020

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. TRANSPORTE AÉREO NACIONAL. PANDEMIA DA COVID-19. Relação de consumo. Força maior. As regras gerais de direito civil têm aplicabilidade subsidiária às relações de consumo, reconhecendo a força maior como excludente de responsabilidade do fornecedor. Inteligência dos artigos 363, 734 e 737 do Código Civil. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior. Ausência de nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do réu. Hipótese de força maior porque a em-

Acesso ao Sumário

presa aérea não poderia impedir o fato pela sua imprevisibilidade e inevitabilidade. Tratou-se de fortuito externo à atividade desenvolvida pela requerida, sobre a qual ela não tinha qualquer controle, afastando sua responsabilidade objetiva. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TAC. Termo de Ajustamento de Conduta a regular as consequências da pandemia da Covid-19 para as operações das empresas aéreas. A pandemia da Covid-19 impactou todos os setores da economia e, dentre estes, o da aviação civil. Força maior. Tratando-se de força maior, não há que se falar na assistência material a que se referiu o art. 3º, da Medida Provisória 925/2020. Sentença mantida. Recurso não provido.

1032334-03.2019.8.26.0100

Relator(a): Jonize Sacchi de Oliveira

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 28/11/2019

Data de publicação: 29/11/2019

Ementa: APELAÇÃO - Ação de indenização por danos morais - Transporte aéreo internacional - Alegação de overbooking - Chegada ao destino com atraso de 24 horas - Sentença de improcedência - Recurso do autor - INOVAÇÃO RECURSAL - Não conhecimento da tese relativa à existência de danos morais em razão do extravio temporário da bagagem no voo de volta, por se tratar de inovação recursal - MÉRITO - Impedimento do embarque de todos os passageiros se deu por determinação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em virtude de suspeita de passageiro contaminado com doença infectocontagiosa proveniente de Buenos Aires - Fortuito externo configurado - Ofício expedido pela ANAC - Documento novo - Inteligência do art. 435 do CPC/2015 - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO.

Por tudo acima fundamentado, é caso mesmo de ser reformada a r. sentença dada a situação peculiar da data dos fatos.

Tendo em vista o provimento do apelo, sai o autor e apelado condenado ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003883-03.2020.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante BANCO ITAÚ

CONSIGNADO S.A., é apelada MARIA ELIZA BATISTA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA C.C. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. Empréstimo consignado. Fraude na contratação. Falsidade de assinatura apurada mediante prova pericial grafotécnica. Cancelamento do contrato e declaração de inexigibilidade do valor objeto de mútuo. Devolução dos valores indevidamente descontados. Ato ilícito grave. Ofensa à dignidade do consumidor. Danos morais in re ipsa. Quantum reparatório fixado em R$ 5.000,00, conforme peculiaridades do caso concreto. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 363/368) interposto por BANCO ITAÚ CONSIGNADO S/A nos autos da ação declaratória c.c. reparação de danos morais ajuizada por MARIA ELIZA BATISTA, contra a r. sentença (fls. 348/354) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Birigui, Dr. Fabio Renato Mazzo Reis, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, para declarar a nulidade do contrato impugnado e condenar o Banco -apelante à devolução simples dos valores indevidamente descontados do benefício previdenciário da Apelada e, também, ao pagamento de R$ 5.000,00, a título de danos morais.

Sustenta o Banco-apelante a inocorrência de danos morais; a perícia grafotécnica foi essencial à elucidação dos fatos, pois a falsificação não foi crassa ou grosseira, logo, a bem da verdade, a instituição financeira também foi vítima da fraude; agiu dentro dos parâmetros da normalidade e da boa-fé, tanto que disponibilizou o valor de R$ 917,81 por meio de TED; ante a disponibilização do numerário a Apelada, os descontos em seu benefício previdenciário não podem

Acesso ao Sumário

ser vistos como diminuição do seu patrimônio; o valor da condenação em danos morais é excessivo, pois não é condizente com a baixa gravidade do aborrecimento e a pouca repercussão do fato. Pede a reforma da r. sentença.

Contrarrazões da Apelada pelo não provimento do recurso (fls. 373/381).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

Da análise dos autos, resta inequívoca a fraude na contratação, conforme prova pericial grafotécnica (fls. 312/341).

Restou demonstrado nos autos a inexistência de contratação, eis que a perícia grafotécnica apurou que a assinatura não emanou do punho da Apelada, portanto, falsa, conforme conclusão de fls. 340.

Correto, portanto, o cancelamento do contrato e a suspensão dos descontos, tendo em vista a ausência de manifestação de vontade da Apelada quanto aos termos do contrato fraudado.

Os danos morais são *in re ipsa* no caso concreto, decorrentes da gravidade do ato ilícito perpetrado contra a Apelada, consistente na falsificação da sua assinatura, o que certamente feriu a sua dignidade, seja pelos transtornos decorrentes da fraude contratual em si, seja em razão dos descontos no seu benefício previdenciário, obrigando-a a tomar medidas judiciais para resolver o grave problema a que não deu causa:

> "Sempre que ocorrer ofensa injusta à dignidade da pessoa humana restará configurado o dano moral, não sendo necessária a comprovação de dor e sofrimento. Trata-se de dano moral *in re ipsa* (dano moral presumido)." (STJ. 3ª Turma. REsp 1.292.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012 Info 513 STJ).

Frustrada a tentativa de resolver a questão extrajudicialmente, a Apelada foi obrigada a contratar advogado e ajuizar ação judicial, com a realização de prova pericial técnica para demonstrar a falsidade da assinatura, o que também deve ser ponderado na análise dos danos morais, com fundamento na "Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor", consoante ensina Marcos Dessaune[1]:

> "É notório que inúmeros fornecedores, cotidianamente, empregam práticas abusivas e colocam produtos e serviços com vício ou defeito no mercado de consumo. Além disso, muitos desses fornecedores, diante da reclamação do consumidor, ainda resistem à rápida e efetiva resolução desses problemas de consumo que eles próprios criam. Tal comportamento induz o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade a despender seu tempo vital, a adiar ou suprimir algumas de suas atividades existenciais e a desviar suas competências dessas atividades, seja para satisfazer certa carência, seja para evitar

Acesso ao Sumário

1 Disponível em (endereço eletrônico constante do texto original) - Acesso em 16.08.2019.

um prejuízo, seja para reparar algum dano."

Destacam-se a existência de precedentes desta C. Turma Julgadora neste sentido:

> "Cartão de crédito. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. reparação de danos. Cobranças por dívida quitada. Autora que, apesar de não ter o nome indevidamente negativado, teve o cartão bloqueado para compras, procurou auxílio em entidade de proteção ao consumidor e despendeu idas e vindas ao estabelecimento empresarial de um dos réus em busca de solução para o problema, sem resultado. Dano moral configurado. Teoria do desvio produtivo do tempo do consumidor. Montante da reparação arbitrado com razoabilidade. O dano moral suportado pela autora é inegável. Ela foi cobrada com insistência por dívida já quitada. Teve o cartão de crédito bloqueado para compras. Despendeu idas e vindas ao estabelecimento empresarial da corré para tentar resolver o problema (solução que foi obtida apenas após bater às portas do Judiciário). Dirigiu-se ao PROCON para formular reclamação. E, apesar de tudo isso, passou a receber ameaças de negativação de seu nome. Ora, é bem verdade que a autora não comprovou que teve o nome inscrito no cadastro infamante. Não obstante, todos os demais percalços são suficientes à caracterização do dano moral por ela propalado. Não se cuida efetivamente de mero aborrecimento, mas de verdadeira frustração causada pela falha na prestação do serviço. **Tem plena aplicação aqui a teoria do desvio produtivo do tempo do consumidor. Afinal, a autora poderia estar dedicando seu tempo a seus afazeres habituais ou a atividades de lazer, mas, em vez disso, pôs-se a tentar solucionar, infrutiferamente, o problema que lhe foi causado pelos réus**. Apelação não provida." (TJSP; Apelação Cível 1004754-56.2017.8.26.0362; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mogi Guaçu - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/07/2019; Data de Registro: 23/07/2019)

No mesmo sentido: Apelação Cível 1074033-81.2013.8.26.0100; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 38ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/04/2018; Data de Registro: 16/04/2018 e Apelação Cível 1006629-70.2017.8.26.0068; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/04/2018; Data de Registro: 16/04/2018.

Portanto, configurados os danos morais.

Embora a lei não estabeleça parâmetros para fixação dos danos morais, impõe-se ao Magistrado observar os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a arbitrar os danos morais de forma moderada, que não seja irrisório a ponto de não desestimular o ofensor, e que não seja excessivo a ponto de configurar instrumento de enriquecimento sem causa.

Acesso ao Sumário

Na espécie, a Autora foi vítima de fraude grave, qual seja a falsificação de sua assinatura em contrato de empréstimo consignado (fls. 161/162), o que culminou com descontos indevidos em seu benefício previdenciário. Tais fatos lhe causaram preocupação extraordinária e injusto sofrimento que superam o mero aborrecimento.

Apesar de inexistir indícios de que o desconto de parcelas mensais no valor de R$ 42,40 tenha causado prejuízos à subsistência da Apelada, o *quantum* reparatório fixado em R$ 5.000,00, diante das peculiaridades do caso concreto, mostra-se suficiente para compensar o dano moral sofrido pela Apelada e, de outro lado, desestimular condutas ilícitas análogas por parte do Banco-apelante.

O valor da condenação, outrossim, encontra-se dentro dos parâmetros adotados por esta C. Câmara em casos análogos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida na íntegra a r. sentença.

Elevam-se os honorários advocatícios para 15% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000751-18.2016.8.26.0322, da Comarca de Lins, em que é apelante ADILSON LUIS ROSA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados CARTÓRIO DE NOTAS CAMARINHA SP - MIA TERCEIRO TABELIONATO MARÍLIA - SP e AGROMESSIAS COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da(o) 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.811)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 24 de setembro de 2021.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS. CHEQUES. CORRÉU RECONHECIDO COMO PARTE ILEGÍTIMA PARA FIGURAR NO PROCESSO. REVELIA DO SEGUNDO

CORRÉU. INDEVIDA NEGATIVAÇÃO DO NOME DO AUTOR RECONHECIDA. DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DA DÍVIDA E ILEGITIMIDADE DO CORRÉU QUE SÃO TEMAS IMUTÁVEIS, À MÍNGUA DE MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMISMO POR PARTE DO RÉU. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

CONTROVÉRSIA RECURSAL QUE RESIDE NA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SÚMULA 385 DO STJ.

Na data da negativação do nome do autor por solicitação do réu já havia anotações desabonadoras solicitadas por terceiros. Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição.

APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença (fls. 146/153), que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por ADILSON LUIS ROSA na ação declaratória de inexistência de dívida, cumulada com pedidos cominatório e indenizatório, ajuizada contra o 3º TABELIÃO DE NOTAS E PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS DA COMARCA DE MARÍLIA/SP e AGROMESSIAS COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS.

Ao proferir a sentença, o douto juízo "a quo" inicialmente reconheceu a ilegitimidade do 3º TABELIÃO DE NOTAS E PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS DA COMARCA DE MARÍLIA/SP para figurar no processo, eis que a lide não versa sobre as atividades do Tabelião, que somente efetivou o protesto dos cheques, sendo pessoa estranha à relação jurídica em debate.

Em seguida, reconheceu a revelia da AGROMESSIAS COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS, presumiu verdadeiros os fatos narrados na petição inicial e traçou como limite objetivo da lide a inscrição decorrente do protesto do Terceiro Tabelionato de Marília/SP.

O nobre magistrado externou que: (a) as alegações do Autor eram verossímeis e reforçadas pela documentação juntada aos autos; (b) a distribuição do ônus probatório seria invertida, nos termos no Código de Defesa do Consumidor; (c) inexistem provas de que o autor e réu estabeleceram qualquer relação jurídica que justificasse o apontamento em cadastros de inadimplentes. Declarou a inexistência da dívida mencionada na petição inicial. Em contrapartida,

Acesso ao Sumário

ao esgotar a análise do mérito, não acolheu a pretensão do autor à indenização por danos morais, em razão das anotações preexistentes em nome seu nome, a atrair a incidência do disposto na Súmula 385 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, julgou "*PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação para declarar inexigível o valor cobrado pelo Requerido Agromessias Comércio Produtos Agropecuários, na totalidade de R$ 193,00, determinando, outrossim, a exclusão, em definitivo, do nome do AUTOR do rol de inadimplentes, por conta de tal débito. INDEFIRO, porém, o pedido de indenização por dano moral. Por fim, reconhecida a ilegitimidade passiva do Tabelionato demandado, JULGO EXTINTO o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, relativamente ao Cartório de Notas Camarinha SP - MIA Terceiro Tabelionato Marília - SP Diante da procedência parcial da demanda, decaindo o Autor de maior parte de seu pedido, suportará 3/4 das custas e despesas processuais a que deu causa, enquanto o Requerido Agromessias Comércio Produtos Agropecuários arcará o ¼ restante. Tocante à verba honorária, não é caso de tomar o valor dado à causa (R$ 10.386,00) como base para se estipular a condenação ao Requerido, pois haveria uma distorção desarrazoada de valores, haja vista que o valor da causa superou em muito o proveito econômico obtido pelo Autor, de monta significativamente menor, quase irrisória, ante a inexigibilidade do débito que soma em torno de R$ 193,00. Assim, melhor se ajusta ao caso concreto o arbitramento dos honorários de forma equitativa, nos termos do art. 85, §8º, do Código de Processo Civil, de modo que fixo a verba honorária em favor do patrono do Autor em R$ 600,00 (seiscentos reais), com juros de 1% a partir do trânsito em julgado desta sentença (artigo 85, § 16, CPC). Já ao patrono do Requerido Agromessias Comércio Produtos Agropecuários, deverá ao Autor pagar o correspondente a 10% de R$ 10.193,00, valor do qual decaiu, devidamente atualizado desta data até o efetivo pagamento, observada, contudo, a gratuidade a ele concedida (fl. 23).*"

Acesso ao Sumário

Inconformado, o autor ADILSON LUIS ROSA apela (fls. 155 e seguintes). Insurge-se contra a parte da sentença que não condenou a apelada AGROMESSIAS COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS ao pagamento de danos morais. Argumenta que é inaplicável a Súmula n.º 385 do Colendo Superior Tribunal de Justiça porque (a) a dívida "preexistente" junto ao Banco Santander foi declarada inexistente no processo digital n.º 1007590-93.2015.8.26.0322; (b) a dívida "pré existente" junto à Lojas Renner foi declarada extinta no processo n.º 1000754-70.2016.8.26.0322; (c) os processos n.º 1007472-83.2016.8.26.0322 ajuizado contra o BB S/A e o processo n.º 1000752-03.2016.8.26.0322 ajuizado contra as LOJAS CEM estão ainda em trâmite. Repisa que existem danos morais indenizáveis que estima em 30 (trinta) salários-mínimos.

O 3º TABELIÃO DE NOTAS E PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS DA COMARCA DE MARÍLIA/SP ofereceu contrarrazões (fls. 168 e seguintes).

Determinou-se a regularização do cadastro do recurso de apelação, para que também fosse incluída a AGROMESSIAS COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS como apelada, e não apenas como parte interessada.

A apelada AGROMESSIAS COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS figura como revel no processo e considera-se intimada para oferecer contraminuta com a mera publicação dos atos no Diário Oficial.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório do essencial.

2. Decide-se.

O autor não devolveu à Segunda Instância o reconhecimento da inexigibilidade do débito, eis que as razões de apelação não versam sobre o tema.

Tampouco questionou o Autor o reconhecimento da ilegitimidade do 3º TABELIÃO DE NOTAS E PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS DA COMARCA DE MARÍLIA/SP para figurar no polo passivo do processo.

Nesse panorama e à míngua de manifestação de inconformismo por parte dos réus que não recorreram da sentença, as referidas matérias se tornaram imutáveis, por força da eficácia preclusiva da coisa julgada material.

A controvérsia reside na rejeição do pedido indenizatório pelos danos morais que diz o autor teria experimentado, em razão do apontamento negativo indevido.

Não faz, contudo, jus à almejada reparação.

Com efeito, a negativação solicitada pelo réu foi disponibilizada ao público em geral em 13 de julho de 2012 e 15 de agosto de 2012 (fls. 18).

Sucede que o nome do autor se encontrava negativado por outros diversos débitos, contraídos a terceiros (fls. 18).

Afirma o autor que os débitos anteriores também seriam ilegítimos e que estariam sendo questionados em juízo. Sucede que incumbe ao autor comprovar a plausibilidade de seu direito e, todavia, o documento colacionado aos autos não é prova consistente de suas alegações (fls. 165).

Incide o disposto na Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça: "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento".

No caso concreto, a existência de outras anotações desabonadoras do nome do autor fulmina sua pretensão ao recebimento de reparação pelo propalado dano moral. E isso por um motivo simples: a negativação solicitada pelo réu não lhe causou abalo de crédito, que já se encontrava restringida por conta

Acesso ao Sumário

de outra anotação.

Se não há abalo de crédito, não há dano moral a ser reparado. Se não há dano, não há falar em responsabilização civil do réu.

3. Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso. Levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, os honorários advocatícios, arbitrados de forma equitativa em R$ 600,00 (seiscentos reais), ficam majorados em mais R$ 600,00 (seiscentos reais). Observar-se-á, em relação ao autor, o disposto no art. 98, §3º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000284-15.2020.8.26.0220, da Comarca de Guaratinguetá, em que é apelante ASSOCIAÇÃO SANTA CASA SAÚDE DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é apelada CLEMILDA APARECIDA CHAVES VIANA LINHARES (JUSTIÇA GRATUITA).

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 41236)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 27 de setembro de 2021.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Apelação. Plano de saúde. Obrigação de fazer e indenização por danos morais. Recusa de cobertura de exame de urotomografia ao motivo de doença preexistente, fluência de período de carência e inexistência de obrigatoriedade por não constar do rol da ANS. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da ré. Não provimento. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP). Rejeitada preliminar de cerceamento de defesa - Julgamento antecipado da lide autorizado pelas circunstâncias do caso. Causa subjacente à contratação do plano de saúde não retira o dever de a operadora do

Acesso ao Sumário

plano de saúde - ou outro agente que lhe represente durante a fase pré-contratual - de transmitir e colher as informações de modo preciso, a fim de se determinar a aplicação das regras contratuais de carência e/ou cobertura parcial temporária em caso de doença preexistente, devendo arcar com o ônus da sua inércia - autora não teve acesso ao contrato. Aplicação da Súmula nº 105 deste E. Tribunal. Havendo a cobertura contratual da moléstia, ponto incontroverso, e não havendo impugnação consistente quanto à essencialidade do exame prescrito pelo médico, fica acolhido o pedido cominatório, para permitir que o procedimento seja realizado consoante a prescrição médica. Recurso desprovido.

VOTO

A sentença de lavra da E. Juíza de Direito Katia Margarido Barroso julgou parcialmente procedente o pedido inicial da ação proposta por Clemilda Aparecida Chaves Viana Linhares, nos seguintes termos:

> "Diante do exposto e pelo mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ´Ação de Obrigação de Fazer c/c Pedido de Tutela Antecipada de Urgência e Danos Morais´ promovida por CLEMILDA APARECIDA CHAVES VIANA LINHARES em face da ASSOCIAÇÃO SANTA CASA SAÚDE e, por consequência, torno definitiva a r. decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 46/49) e, assim, CONDENO a requerida na obrigação de fazer consistente ´na autorização para a realização do exame prescrito(tomografia de abdômen total e das vias urinárias), no prazo de cinco dias, contados da intimação, sob pena de multa diária, no importe de R$.500,00-, limitada a R$.6.000,00-´.; rejeitado o pedido que busca a fixação de uma indenização por dano moral.
>
> Em razão da sucumbência parcial, condeno a parte requerida ao pagamento de metade das custas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador da requerente que fixo em 10% do valor atribuído à causa, nos termos do artigo 85, § 2ª, do CPC. Juros e correção a contar do ajuizamento da ação.
>
> Tendo havido sucumbência também da parte autora, face a rejeição do pedido de indenização por dano moral e tendo sido vedado pelo Código de Processo Civil a compensação de honorários, condeno a parte requerente ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, além de honorários em favor do procurador da parte adversa, também em 10% do valor atribuído à causa, nos termos do artigo 85, § 2ª do CPC, ressalvado o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC, haja vista a parte

Acesso ao Sumário

ser beneficiária da justiça gratuita. Juros e correção a contar do ajuizamento da ação."

Sentença proferida em 23.03.2021 (fls. 281).

A ré apela (fls. 284/309). Suscita preliminar de cerceamento de defesa, alegando ser imprescindível a realização de prova pericial (perícia médica) e testemunhal para o deslinde da controvérsia, qual seja, comprovar que os procedimentos cuja realização se pretendida com a presente ação eram relacionados à doença preexistente, bem como que a autora tinha ciência acerca das patologias que a cometiam e de cada uma das cláusulas e condições pactuadas entre as partes.

No mérito, argumenta que a perita descreveu narrativa da própria apelada que relata quem em 2015 já havia feito inclusive tratamento para tal patologia. Alega que a própria autora informou voluntariamente à Operadora que foi diagnosticada em 2015 com litíase renal crônica e foi devidamente cientificada de que estaria obrigada ao cumprimento do prazo de carência de 24 (vinte e quatro) meses para realização de exames especiais e procedimentos de alta complexidade, como aquele pretendido, de forma que não há qualquer incorreção ou ilícito na negativa pela Apelante, que age pautada na perícia médica realizada, nas determinações da Resolução 162/07 da ANS, da Lei 9.656/98 e nas cláusulas contratuais. Sustenta, ainda, ser válida a negativa em razão do exame de urotomografia não integrar o rol de procedimentos e eventos na saúde da ANS.

Recurso processado com contrarrazões às fls. 315/320.

Aportaram os autos no E. Tribunal em 10.06.2021, com distribuição livre à Relatoria em 15.06.2021.

É o relatório.

Preliminarmente, analisa-se a alegação de cerceamento de defesa.

Alega a ré de que o juízo de primeiro grau se equivocou ao deixar de determinar a produção de prova pericial e testemunhal requeridas, impedindo-se a sua operacionalidade para se apurar, tanto a possível preexistência da patologia do autor, quanto a ciência da autora acerca da patologia que a cometia e de cada uma das cláusulas e condições pactuadas entre as partes.

Não procede a argumentação.

O julgamento da lide no estado foi feito de modo escorreito, não vingando a alegação de cerceamento de defesa.

O acervo documental coligido aos autos, cotejado às manifestações exibidas por cada uma das partes, mostram-se elementares suficientes para a extração de sólido convencimento por parte dos julgadores sobre a realidade fática suscitada.

Aliado a tal contexto, vê-se que a ré finca o seu pedido de produção de

Acesso ao Sumário

prova pericial para, principalmente, aferir o caráter preexistente da patologia, o que não se afigura necessário, por se tratar de circunstância afirmada pela própria autora.

Nenhuma utilidade teria a produção de prova pericial e oral, quando a sentença fundamentou a obrigatoriedade de cobertura do exame em questão na ausência de informação adequada à consumidora acerca da existência de período de carência, ausência cabalmente demonstrada à fl. 153.

Satisfatoriamente solucionada a controvérsia fulcral pela via documental (artigo 434, CPC/15), inexiste matéria científica técnica ou fática que escape do conhecimento do juízo de primeiro grau.

Não se exibe, pois, a necessidade de instrução probatória suplementar à existente, sendo tudo isso declarado em clara adstringência aos limites propostos pelo artigo 370 do Código de Processo Civil, vertente da regra de o juízo, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias; pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, discriminador da regra do devido processo legal e seus corolários contraditório e ampla defesa, de palmar de garantias fundamentais, além do próprio artigo 373, inciso II, CPC/15, que fixa, à figura da requerida, a regra do ônus da prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito alegado pelo autor.

No mérito, o recurso de apelação não comporta provimento.

A respeitável sentença merece ser confirmada por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo não provimento do apelo, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Sentença de lavra da E. Juíza de Direito Katia Margarido Barroso, seus termos têm exponencial repercussão no contexto probatório coletado e se afinam com a dominante jurisprudência sobre o assunto, a merecer integral transcrição na sua parte mais relevante:

> "(...)De início, rejeito o pedido articulado pela requerida e que busca o deferimento da produção de prova pericial e oral.
>
> Com efeito, diante da prescrição médica de fl. 20 e teor da mensagem de fl. 153, é de se reconhecer que a produção da referida prova não passa pelo critério da indispensabilidade.
>
> No caso, a controvérsia refere-se a questão de direito e a prova documental trazida é suficiente para a análise da pretensão.
>
> Assim, de imediato passo a apreciação do mérito e, sob tal ótica, o pedido é parcialmente procedente.
>
> De fato, o formulário de inclusão cadastral da requerente no plano coletivo foi preenchido em 11.02.2019 (fl. 229).

Acesso ao Sumário

A par disso, a declaração de saúde da paciente só foi exigida e preenchida depois da recusa de realização de exames, isto é, após setembro de 2019 (fls. 21/25).

De outro lado, também é fato comprovado que a Operadora orientava as empresas a não repassarem os contratos firmados para os beneficiários (fl. 153).

Ora, se o beneficiário não teve acesso ao contrato quando foi admitida pelo plano de saúde, bem evidenciado que disposições do Código de Defesa do Consumidor foram violadas, o que favorece a pretensão da requerente.

Repita-se: há prova não só quanto a necessidade da realização do exame, como também da ausência de informações claras para a beneficiária do plano de saúde contratado; destacando-se, nesse passo, que, de acordo com o teor de fl. 229(último campo), a beneficiária tem participação no pagamento do plano.

Assim e também porque a relação de consumo entre a requerente e a Operadora deve ser reconhecida, é de se admitir que a recusa na autorização da tomografia foi abusiva.

O conteúdo da declaração de saúde preenchida depois da recusa de autorização, não muda a conclusão acima.

Nesse passo, saliento que os planos de saúde, como se sabe, se submetem às regras do Código de Defesa do Consumidor, conforme a Súmula nº 608 do Superior Tribunal de Justiça: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos Contratos de Plano de Saúde, salvo os administrados por Entidades de Autogestão.

Além disso, em consonância com o artigo 47 do referido Diploma Legal, as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Por considerar o consumidor parte vulnerável da relação estabelecida, a este a Lei confere proteção contra disposições abusivas, as quais, inseridas na avença por ato volitivo do fornecedor, ferem o equilíbrio contratual e se revelam incompatíveis com a boa-fé, mostrando-se em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (artigo 51, incisos IV e XV, do CDC).

Trata-se de mitigação do princípio pacta sunt servanda, prestigiando-se, em seu lugar, o princípio da boa-fé e a função social do Contrato (artigo 421 do Código Civil), relevantes ao caso concreto(...)

O decidido no Recurso Especial n. 1.733.013-PR não impede o deferimento do pedido que visa a realização do exame (tomografia de abdômen total e das vias urinárias).

O V. Acórdão citado deliberou sobre procedimento não previsto no rol do ANS e os exames prescritos para a requerente (tomografia de abdome total e das vias urinárias, esta última também chamada de tomografia renal), estão expressamente relacionadas no rol da ANS.

Acesso ao Sumário

> Na situação posta para apreciação, é a regra da Súmula 105 do TJSP que deve nortear a decisão; tendo ela a seguinte redação: 'Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional.'
>
> Não há como se presumir a má-fé da requerente.
>
> Na hipótese em apreço, não houve ciência, tampouco assentimento expresso à cláusula limitativa, isto é, quando da assinatura do formulário de inclusão cadastral não se forneceu a requerente ciência inequívoca das coberturas, cláusulas e condições que integravam a contratação do serviço.
>
> Os deveres de lealdade, confiança e informação são essenciais na formação do vínculo contratual, sendo considerados deveres anexos ou laterais do princípio da boa-fé objetiva, permeando todas as relações jurídicas, inclusive na fase pré e pós contratual. (...)
>
> Os apontamentos de fl. 249, colhidos depois que a autorização dos exames já tinha sido recusada, não tem aptidão para evidenciar má-fé da requerente. Explica-se: referência vaga a tratamento realizado em 2015 (anos antes da contratação) não basta para indicar que a requerente sabia ser portadora de doença crônica. (...)" **(fls. 274/278)**
>
> Irretocáveis tais conclusões.

A lei reguladora do sistema (Lei nº 9.656/98) em tese vem permitir a inclusão de uma cláusula que preveja limitação concreta e explícita do tratamento de doenças preexistentes por um certo intervalo de tempo, tal se pode inferir da leitura *a contrario sensu* do seu artigo 11, *caput*.

Ocorre que essa possibilidade de pacto de limitação temporal ao tratamento de certas doenças indicadas como preexistentes não tem o condão de suprimir ou minimizar o dever lateral e conjunto de o plano de saúde provar adequadamente que discriminou no contrato tais hipóteses de doença preexistente, as informando ao usuário e o advertindo a respeito da responsabilidade em caso de eventual omissão, tudo em prol de valores intrínsecos à boa-fé objetiva, como lealdade, informação e transparência.

Pelo ônus probatório a si cometido diante da hipossuficiência gerada em desfavor do consumidor (art. 6º, VIII, CDC), competia à ré trazer prova específica desses atos realizados à ocasião da contratação, em especial para se identificar se houve exata discriminação de quais seriam as doenças preexistentes e consecutiva comunicação à parte aderente sobre as possibilidades e caminhos para contornar as condições restritivas decorrentes dessa avença.

Advém que a ré falhou nessa empreitada.

Ao que se extrai dos documentos coligidos aos autos, não há qualquer prova documental de que a ré tenha realizado exame pericial prévio à contra-

Acesso ao Sumário

tação, a declaração de saúde da paciente só foi exigida e preenchida depois da recusa de realização de exames, isto é, após setembro de 2019 (fls. 21/25) e, ainda, restou devidamente comprovado que a ré orientava as empresas a não repassarem os contratos firmados para os beneficiários (fl. 153).

Ora, se a parte autora sequer teve acesso ao contrato, quando de sua admissão no plano, patente a ausência de informação adequada acerca das limitações de cobertura para doenças preexistentes.

Ainda que assim não fosse, o rol de cláusulas restritivas, constante no contrato de adesão, não traz uma adequada informação ao consumidor, não especifica com detalhes qual seriam as doenças possíveis e se limita a fazer menção genérica e indiscriminada à suspensão de cobertura para as doenças preexistentes.

Ademais, não é dado presumir que se tenha fornecido uma integral explicação à autora, a respeito do teor de suas declarações, até para ter a noção objetiva de consciência das enfermidades pelas quais já teria passado ao longo de sua vida.

Mesmo se admitindo o caráter de precedência da doença cujo tratamento veio buscar a autora, inexiste o mínimo indicativo ou prova de má-fé do consumidor ou de que a requerente tenha firmado contrato com o plano de saúde-requerido apenas para ter suporte a qualquer custo, quando se tinha por conhecimento a necessidade de observância do período de carência.

A causa subjacente à contratação do plano de saúde não retira o dever de a operadora do plano de saúde - ou outro agente que lhe represente durante a fase pré-contratual - de transmitir e colher as informações de modo preciso, a fim de se determinar a aplicação das regras contratuais de carência e/ou cobertura parcial temporária em caso de doença preexistente.

Tal imperativo de cooperação entre os contratantes, de mútua informação, vem sendo adotado como parâmetro no C. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAMES. OMISSÃO DO SEGURADO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVA. INADMISSIBILIDADE.
>
> I - Consoante entendimento desta Corte, a seguradora que não exigiu exames médicos previamente à contratação não pode eximir-se do pagamento da indenização, sob a alegação de que houve omissão de informações pelo segurado."
>
> **(STJ, AgRg no Ag 1.062.383/RS, Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 02/10/2008)**

E enunciado sumular deste E. Tribunal vem alicerçar essa linha de posicionamento:

Acesso ao Sumário

"**Súmula 105**. Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação do plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional."

É necessário ressaltar que a seguradora de saúde, dotada do poder primacial de fixar as cláusulas do contrato de adesão, deve arcar com os riscos de sua conduta defeituosa na formação da avença.

Desse modo, à luz da regra genérica de hermenêutica das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor, conforme disposto no artigo 47, CDC, tende-se a interpretar a omissão de investigação da doença preexistente no contrato como uma renúncia tácita à aplicação das regras limitativas do contrato acima descritas, a resultar na eficácia imediata da cobertura do tratamento.

Ressalte-se que não se intenta, com esse entendimento, responsabilizar a operadora de planos e seguros de saúde pela saúde integral dos cidadãos, isentando o Estado de sua obrigação constitucional prevista nos artigos 196 e 199 da Constituição Federal, mas, sim, de imputar-lhe responsabilidade pelas obrigações contratualmente assumidas, das quais não pode desvincular-se por meio de abusos em face do consumidor, inexistindo, nesse passo, qualquer instauração de procedimento autoritário ou de despojamento de bens ou capital da parte ré sem o devido processo legal, este último bem respeitado por sinal nestes autos.

Nessa perspectiva, não se averigua presente ofensa a ato jurídico perfeito ou a particularização dos eventos cobertos pelo plano de saúde, uma vez que a interpretação contratual perfectibilizada encontra respaldo na necessidade de observância da finalidade da avença de plano de saúde e da sua função social, além de respeito aos princípios de boa-fé objetiva e probidade na formação e execução dos contratos (artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002).

No mais, tem prevalecido o entendimento de que "*[o] plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. (...) A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta*" (STJ, REsp nº 668.216/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, D.J. 02.04.2007).

Compreende-se ser racional e exclusivamente reservada à conduta médica a verificação da procedência e potencialidade de cura dos medicamentos empregados na terapêutica do paciente, independentemente se qualificados como preventivos ou repressivos à patologia.

Compete-lhe, em nome do dever profissional, prescrever o medicamento essencial ao tratamento mais próximo da efetividade e sintonizado com a evolu-

Acesso ao Sumário

ção da técnica e ciência médica, às quais a operadora do plano ou seguro saúde deve evolutiva e legitimamente acompanhar, independentemente de alteração administrativa do rol de procedimentos obrigatórios apontados como cobertura mínima pela ANS.

O rol de procedimentos mínimos obrigatórios, exigidos pela lei de regência (artigo 12 da Lei nº 9.656/98, em especial alínea "d" do inciso II), ou o detalhamento de diretrizes de utilização expedida em complemento pela Agência Nacional de Saúde Suplementar para cada tipo de terapêutica inserida nesse rol, constituem elementos que não afastam a admissibilidade de fornecimento da cobertura de terapêutica recomendada expressamente pelo médico responsável e reputada imprescindível ao restabelecimento da saúde do paciente.

Confirma-se, nesses termos, a sentença proferida.

Tendo em vista o trabalho adicional desenvolvido pelo patrono da autora, ora apelada, em decorrência da interposição do presente recurso, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios fixados na sentença de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, tudo com fundamento no artigo 85, parágrafo 11º, do Novo Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao apelo.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006501-16.2017.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante OSVALDO RODRIGUES DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados EDGARD TEIXEIRA DA SILVA, ANDRÉIA TEIXEIRA DA SILVA, EZEQUIAS BORGES DA SILVA e ADRIANA TEIXEIRA DA SILVA.

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 40060)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), MOREIRA VIEGAS e FERNANDA GOMES CAMACHO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 29 de setembro de 2021.
JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR EDIFICAÇÃO DE BENFEITORIA EM IMÓVEL DE TERCEIRO. Sentença de improcedência. Apela o autor, alegando que faz jus à indenização por ter construído no terreno do ex-sogro; quem edifica em terreno alheio, estando de boa-fé, tem direito de ser indenizado, conforme o art. 1.255 do CC; ausência de provas da parte dos réus a obstarem o direito do autor. Descabimento. Não se nega o direito de ser indenizado daquele que de boa-fé constrói benfeitoria em terreno de terceiro, de acordo com o art. 1255 do CC. Para fazer valer o direito de ser indenizado, necessário que a pretensão indenizatória seja deduzida em juízo no prazo adequado, o que não se vislumbra, no caso. Autor que tem a posse direta do terreno e procedeu à construção no ano 2000, tendo a pretensão indenizatória sido alcançada pela prescrição trienal (art. 206, § 3º, inc. IV, do CC). Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a decisão de f. 317/328, que julgou improcedente a ação de indenização por edificação de benfeitoria em imóvel de terceiro, movida por Osvaldo Rodrigues de Moraes contra Edgar Teixeira da Silva e outro, condenando o autor nos ônus da sucumbência, fixados os honorários em 10% do valor da causa, ressalvada a gratuidade.

Apela o autor, alegando: (i) necessidade de se levar em consideração a boa-fé do autor; (ii) tem arcado com o pagamento dos tributos referentes ao imóvel; (iii) faz jus à indenização por ter construído no terreno do ex-sogro; (iv) aquele que edifica em terreno alheio, estando de boa-fé, como fez o autor, tem direito de ser indenizado, a teor do que dispõe o art. 1.255 do CC; (v) ausência de provas da parte dos réus a obstarem o direito do autor (f. 330/342).

Recurso respondido (f. 346/350).

Acórdão da 16ª Câmara de Direito Privado, de relatoria do Des. Simões de Vergueiro, não conheceu do recurso, determinando a remessa e redistribuição da apelação a uma das câmaras competentes para processamento e julgamento do recurso (f. 353/358).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Improcede o inconformismo.

Cuida-se de ação de indenização por edificação de benfeitoria em terreno alheio, tendo alegado o autor ter a posse direta de lote urbano de propriedade do ex-sogro desde o ano 2000, onde ergueu construção na qual mantém o domicílio, fazendo jus à indenização pela benfeitoria.

Sobreveio sentença de improcedência, cuja fundamentação afastou a pretensão do demandante por diferentes argumentos, entre eles a prescrição da pretensão do autor, que merece subsistir.

Não se nega o direito de ser indenizado daquele que de boa-fé constrói benfeitoria em terreno de terceiro, a teor do que dispõe o art. 1255 do CC:

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Todavia, a fim de fazer valer o direito de ser indenizado, necessário que a pretensão indenizatória de quem construiu em terreno alheio seja deduzida em juízo no prazo adequado, o que não se vislumbra, no caso.

Segundo o conjunto probatório apontado de forma detalhada na sentença e conforme admitido pelo autor na preambular, ele tem a posse direta do terreno e procedeu à construção a partir do ano 2000, o que significa dizer que a pretensão indenizatória foi alcançada pela prescrição trienal, de acordo com o previsto no art. 206, § 3º, inc. IV, do CC:

Art. 206. Prescreve: § 3º-Em três anos: IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

Neste sentido precedentes desta Câmara e desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Preliminar de não conhecimento do recurso rejeitada. Nas ações que tramitam em autos digitais, a notícia da interposição do agravo de instrumento é mera faculdade do agravante. ***Ação indenizatória. Pretensão de ressarcimento de benfeitorias e acessões. Prescrição não operada. Prazo trienal aplicável ao caso concreto (art. 206, §3, IV, do CPC).*** *Tendo a autora tomado as providências necessárias para viabilizar a citação, é certo afirmar que a interrupção da prescrição retroagiu à data da propositura (art. 240, §1º do CPC). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO. Agravo de Instrumento 2151334-18.2021.8.26.0000 Relator: Beretta da Silveira Comarca: Praia Grande Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 16/08/2021.*

Apelação cível. Ação de indenização por benfeitorias. Pedido formulado contra ex-sogros. Acessões realizadas quando da união conjugal, em terreno cedido pelos réus. Sentença de improcedência, ante o reconhecimento da prescrição. Prescrição configurada. Dissolução da convivência

Acesso ao Sumário

conjugal pelo divórcio. Sentença datada de fevereiro de 2014. ***Ajuizamento da demanda em setembro de 2018. Prazo prescricional trienal esgotado. Aplicação do artigo 206, §3º, IV, do Código Civil.*** *Sentença mantida. Motivação do decisório adotado como julgamento em segundo grau. Inteligência do art. 252 do RITJ. Honorários recursais. Aplicação do artigo 85, §11 do CPC. Majoração da verba honorária para 15% do valor dado à causa, observada a concessão da justiça gratuita. Resultado. Recurso não provido. Apelação Cível/Indenização por Dano Material 1015756-13.2018.8.26.0451 Relator: Edson Luiz de Queiróz Comarca: Piracicaba Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 16/11/2020.*

INDENIZAÇÃO POR ACESSÕES E BENFEITORIAS - Denunciado que edificou em imóvel dos réus e, posteriormente, alienou o bem ao autor - Reintegração de posse deferida aos réus em outra lide - Procedência parcial do pedido - Inconformismo do denunciado e dos réus - Acolhimento parcial apenas do recurso dos réus - Recurso do denunciado - Edificação de imóvel residencial em terreno alheio - ***Direito indenizatório, sob pena de enriquecimento ilícito do proprietário - Inteligência do art. 1.255 do Código Civil - Prescrição - Reconhecimento de ofício - Ação proposta quando já escoado o prazo prescricional de três anos para a pretensão de ressarcimento - Inteligência do art. 206, § 3º, inc. IV, do Código Civil*** *- Recurso dos réus - Autor adquirente de boa-fé que não contribuiu para a edificação nem para as benfeitorias no imóvel - Improcedência do pedido indenizatório deduzido em face dos legítimos proprietários - Direito de ressarcimento em razão da evicção que não foi objeto de recurso - Sentença parcialmente reformada. Prescrição da pretensão do denunciado, recurso dos réus provido em parte. Apelação Cível/Indenização por Dano Material 0226187-72.2011.8.26.0100 Relator: J.L. Mônaco da Silva Comarca: São Paulo Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 30/11/2016.* (gn).

Oportuno, ainda, destacar os seguintes trechos da sentença (f. 325/327):

"*(...) pela prova oral produzida em audiência, resultou apurado que a casa residencial foi construída no terreno de propriedade dos genitores dos réus e, ainda, que essa construção foi realizada há mais de vinte anos, bem assim, que o Autor reside no imóvel até os dias atuais, o que denota que vem ele arcando com a manutenção e cuidado com o bem, todavia, tais circunstâncias não asseguram direito à pretendida indenização. Isso porque,* ***a pretensão de reparação por enriquecimento sem causa decorrente de construção realizada em terreno alheio prescreve em três anos de acordo a previsão do artigo 206, § 3º, inciso IV do Código Civil, de modo que levando em conta as provas produzidas pelas***

Acesso ao Sumário

partes, a pretensão do Autor foi alcançada pelo referido instituto. À luz do princípio da 'actio nata' a pretensão nasce ao titular quando há violação ao direito (art.189 do CC). No caso, a pretensão deduzida pelo Autor nasceu a partir do momento em que ele terminou a construção da casa residencial no terreno alheio, o que, segundo as provas coligidas ocorreu no ano de 2000. *É, portanto, naquele momento que o Autor dispunha de elementos suficientes para pleitear junto aos proprietários, reconhecimento de direito subjetivo a indenização de que trata o artigo 1255, do Código Civil já citado.* (gn).

(...).

Portanto, não há que se falar em indenização no caso em exame, pela construção realizada pelo Autor no terreno de propriedade dos réus. Ainda, é de ser ressaltado que ocupando o Autor o imóvel, cabe a ele o ônus de suportar as despesas relativas à sua conservação, assim como os respectivos impostos, especialmente considerando que reside no local por aproximadamente vinte anos, sem nunca ter despendido aluguel, sendo caso de se entender que tal ocupação perene e gratuita, sem prazo para findar, não pode dar ensejo à indenização. Evidente tratar-se a hipótese de comodato verbal, tendo em vista a natureza essencialmente gratuita do contrato, e sendo assim, o comodatário não tem direito de exigir indenização pelas benfeitorias úteis, como dispõe o artigo 584 do Código Civil. No tocante ao pedido de manutenção de posse, nesse ponto, embora o Autor esteja residindo no imóvel até os dias atuais, conforme se colhe da prova produzida nos autos, certo é que não há qualquer prova da ocorrência do esbulho. A presente ação foi proposta no ano de 2017, e até a presente data os réus não manifestaram qualquer interesse na retomada do bem como já dito. Pelo que consta dos autos, é manifesto o desinteresse dos Requeridos em extinguir o comodato, promover a retomada do bem ou sua venda ao Autor, pois, como por este afirmado já tentou entrar em contato com aqueles no interesse de pagar pelo terreno, sem contudo, obter êxito (fls.3). Assim, a ocupação do imóvel pela parte Autora decorre da permissão dos réus, inclusive em razão de relação de parentesco, pois o Autor era genro do então proprietário. Essa permissão, não induz posse, mas mera detenção, e pode ser revogada, unilateralmente, pelos Requeridos e não geram direitos à pessoa beneficiária da permissão, nem posse ensejadora da aquisição da propriedade por usucapião, instituto este, sequer invocado pelo autor, em que pese tal alegação nas respostas dos réus, ainda que prolongado o período da permissão, a teor do art. 1.208, do Código Civil (...)".

Acesso ao Sumário

É caso, portanto, de manter a decisão de improcedência, majorando-se os honorários advocatícios para 12% do valor da causa, nos termos do art. 85, §11,

do CPC, ressalvada a gratuidade.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003646-48.2020.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é apelante/apelada E.A.C.G., é apelado/apelante N.B.G.

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 30.549)**

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

São Paulo, 30 de setembro de 2021.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: Alimentos entre ex-cônjuges. Encargo alimentar que decorre do princípio da solidariedade familiar (art. 1.694 do Código Civil) e possui caráter transitório e excepcional. Dever de assistência mútua (art. 1.704 do Código Civil) que pressupõe que esteja configurado o binômio necessidade/possibilidade. Fixação em prol da mulher. Insurgência em face do quantum arbitrado (dois salários-mínimos). Desacolhimento. Demandante que conta 45 anos, com capacidade de recolocação profissional e que receberá parte dos aluguéis dos imóveis do casal quando a partilha for finalizada. Binômio necessidade/possibilidade que deve ser preservado. Capacidade de prover os alimentos na extensão fixada que não se revela irrazoável. Adequação, ademais, da fixação de termo final para a cessação da obrigação alimentar. Pensão em favor de ex-cônjuge que não deve prolongar-se indefinidamente. Honorários advocatícios e sucumbência. Carreamento integral ao alimentante, mesmo no caso de fixação de pensão inferior àquela pleiteada pelo alimentado. Precedente do STJ. Sentença mantida. Re-

Acesso ao Sumário

cursos desprovidos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de fls. 505/509 que, nos autos da AÇÃO DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS ajuizada por E.A.C.G. contra N.B.G., JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO para condenar o requerido a pagar à requerente alimentos no importe de 2 salários-mínimos, ATÉ QUE A PARTILHA SEJA REALIZADA, devidos a partir da citação.

Em razão da sucumbência, condenou ainda o requerido ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em R$ 2.600,00.

Da decisão apelam as partes.

A autora (fls. 524/529) alega que a renda mensal do apelado é superior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), quase o dobro do valor apontado por ele na contestação (fls. 234).

Sustenta que o valor dos alimentos fixados pelo Juízo Monocrático (02 salários-mínimos) é inferior à cota parte dos rendimentos que cabe à Requerente (R$5.869,33), o que justifica a majoração do encargo em seu favor.

Pugna pelo provimento do apelo com majoração da verba honorária sucumbencial.

O requerido, por seu turno (fls. 538/544), aduz ser funcionário da empresa R.P.S.J.L.E.P.P., ocupando o cargo de vendedor, sendo certo que possui salário inferior a R$ 3.000,00 (três mil reais), conforme documentos juntados às fls. 96/98.

Alega que foi a Apelada quem decidiu deixar o lar conjugal e abandonar os filhos para que o pai assumisse sozinho as despesas geradas pelos filhos, visto que enquanto casados, os dois contribuíam para as despesas.

Afirma que a apelada aufere renda superior a R$ 4.000,00 (quatro mil reais) por mês (fls. 243/249) rendimento superior ao salário do Apelante, e, atualmente, não possui qualquer despesa, a não ser a gasolina do carro que se apossou. Pugna pelo provimento.

Recursos tempestivos, isentos de preparo, com apresentação de contrarrazões às fls. 546/550 e fls. 553/563.

Não houve oposição ao julgamento virtual (Resolução nº 772/2017 do TJSP).

É o relatório.

Trata-se de ação de alimentos em que narrou a autora haver se casado com o requerido sob o regime de comunhão universal de bens no dia 09.04.1999.

Acesso ao Sumário

Dessa união, nasceram dois filhos, G. e G. (este menor). Asseverou que na vigência do matrimônio, as partes adquiriram bens móveis e imóveis e que, além das rendas obtidas com os imóveis que possuem, o requerido percebe remuneração média mensal no importe de R$ 3.500,00, portanto, a renda mensal líquida da família gira em torno de R$ 20.000,00. Informou que a empresa MEI aberta em nome da autora é movimentada e administrada pelo requerido. Salientou que desde a união, nunca trabalhou fora dedicando-se aos cuidados dos filhos. Esclareceu que após 21 anos de união, no dia 05.09.2020, o requerido mandou que a autora fosse embora de casa, ficando os filhos em companhia dele. Que sempre foi o requerido quem administrou os bens do casal, não possuindo ela meios financeiros para se manter e, até que seja realizada a partilha dos bens por meio de ação de divórcio. Alegou que todas as compras e aquisições realizadas pela família eram feitas com cartão de crédito de titularidade da autora, bem como por emissão de cheques de sua conta pessoal (cujo montante a ser pago é de R$ 28.865,00), que a fatura média mensal do seu cartão de crédito é de R$5.000,00, o que não pode ser suportado exclusivamente por ela. Pugnou pela fixação de alimentos provisórios e definitivos no importe de R$ 10.000,00 mensais (por período não inferior a 03 anos, após efetivada a partilha dos bens do casal).

Requerido apresentou contestação (fls. 231/232) aduzindo que não é verdade que a renda familiar é de R$ 20.000,00. Que seus rendimentos giram em torno de R$ 12.100,00 - fls. 234. Alegou que por meio de sua renda, o requerido arca com diversos gastos mensais, dentre eles, as necessidades de dois filhos que, por livre vontade, decidiram ficar com o requerido. Juntou tabela de gastos - fls. 234.

Asseverou que a autora recebe benefício previdenciário mensal, suficiente para sua manutenção até que os bens do divórcio sejam repartidos. Além disso, afirmou que a autora trabalha como autônoma, vendendo roupas, recebendo quantia significativa (mais de R$ 4.000,00). Pugnou pela revogação dos alimentos fixados e pela improcedência da ação. Subsidiariamente, requereu a fixação de alimentos em 1/2 salário-mínimo, pelo período de 12 meses.

Sobreveio sentença de parcial procedência às fls. 505/509, desafiando recurso das partes.

Os recursos não merecem provimento.

Não se controverte a respeito de tratar-se de encargo alimentar decorrente do dever de assistência mútua (art. 1.704 do Código Civil) e do princípio da solidariedade familiar (art. 1.694 do Código Civil), com caráter transitório e excepcional, pressupondo a respectiva fixação que esteja configurado o binômio necessidade/possibilidade.

O ponto delicado, como sempre o é, está em encontrar o justo valor da aludida verba. Cabe registrar que o art. 1.694, § 1º, do Código Civil11 é basilar

Acesso ao Sumário

ao fixar o binômio necessidade/possibilidade como norte para o arbitramento de alimentos.

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).

Há que se aplicar, tanto por tanto, o juízo de equidade à hipótese, considerando-se, ainda, o caráter transitório e excepcional de tal prestação alimentar, que decorre do dever de assistência mútua e do princípio da solidariedade familiar.

Desse modo, mostra-se razoável e consentâneo com a condição sócio-econômica das partes a fixação da verba alimentar no valor equivalente a dois salários-mínimos até que seja realizada partilha dos bens comuns, considerando-se que a autora ficou afastada do mercado de trabalho e que o requerido reside em imóvel próprio do casal, não sendo necessário o pagamento de aluguel.

De fato, não há alicerce fático em torno da real possibilidade material de o alimentante arcar com a pensão alimentícia em maior proporção, sobretudo à míngua de prova de auferimento de rendimentos que sobejem tal quantia.

Destarte, é certo que a manutenção do montante arbitrado não implica afronta ao binômio necessidade/capacidade.

Aliás, competia à autora comprovar a alegada possibilidade do ex-cônjuge para o cumprimento da obrigação alimentar em maior patamar, ônus do qual não se desincumbiu (art. 373, I, do Cód. de Processo Civil).

Nesse conjunto de fatos, no interlúdio entre o cunho humanista do instituto e as peculiaridades da hipótese, afigura-se justa a fixação do encargo alimentar no importe equivalente a dois salários-mínimos.

De igual modo, mostra-se adequada a manutenção da obrigação alimentar apenas enquanto não tiver sido finaliza a partilha de bens do casal, lapso de tempo após o qual deverá o alimentante ser exonerado de tal encargo.

Neste sentido, caminha a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"*(...) 4. A jurisprudência desta egrégia Corte Superior firmou a orientação de que a pensão entre ex-cônjuges não está limitada somente à*

Acesso ao Sumário

prova da alteração do binômio necessidade possibilidade, devendo ser consideradas outras circunstâncias, como a capacidade potencial do alimentado para o trabalho e o tempo decorrido entre o início da prestação alimentícia e a data do pedido de desoneração. 5. Esta egrégia Corte Superior também tem entendimento de que, em regra, a pensão deve ser fixada com termo certo, assegurando ao beneficiário tempo hábil para que reingresse ou se recoloque no mercado de trabalho, possibilitando-lhe a manutenção pelos próprios meios. O pensionamento só deve ser perene em situações excepcionais, como de incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho. Precedentes. 6. Não se evidenciando a hipótese a justificar a perenidade da prestação alimentícia a excetuar a regra da temporalidade do *pensionamento entre ex-cônjuges, deve ser acolhido o pedido de exoneração formulado pelo recorrente, porque sua ex-mulher possui plena capacidade laborativa e fácil inclusão no mercado de trabalho em razão da dupla graduação de nível superior e pouca idade. 5. Recurso especial provido em parte" (REsp 1496948/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015, grifamos). "Direito civil. Família. Revisional de alimentos. Reconvenção com pedido de exoneração ou, sucessivamente, de redução do encargo. Dever de mútua assistência. Divórcio. Cessação. Caráter assistencial dos alimentos. Comprovação da necessidade de quem os pleiteia. Condição social. Análise ampla do julgador. Peculiaridades do processo. - Sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, o dever de prestar alimentos entre ex- cônjuges, reveste-se de caráter assistencial, não apresentando características indenizatórias, tampouco fundando-se em qualquer traço de dependência econômica havida na constância do casamento. - O dever de mútua assistência que perdura ao longo da união, protrai-se no tempo, mesmo após o término da sociedade conjugal, assentado o dever de alimentar dos então separandos, ainda unidos pelo vínculo matrimonial, nos elementos dispostos nos arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, sintetizados no amplamente difundido binômio necessidades do reclamante e recursos da pessoa obrigada. - Ultrapassada essa etapa quando dissolvido o casamento válido pelo divórcio, tem-se a consequente extinção do dever de mútua assistência, não remanescendo qualquer vínculo entre os divorciados, tanto que desimpedidos de contrair novas núpcias. Dá-se, portanto, incontornável ruptura a quaisquer deveres e obrigações inerentes ao matrimônio cujo divórcio impôs definitivo termo. - Por força dos usualmente reconhecidos efeitos patrimoniais do matrimônio e também com vistas a não tolerar a perpetuação de injustas situações que reclamem solução no sentido de perenizar a assistência, optou-se por traçar limites para*

Acesso ao Sumário

que a obrigação de prestar alimentos não seja utilizada ad aeternum em hipóteses que não demandem efetiva necessidade de quem os pleiteia. - Dessa forma, em paralelo ao raciocínio de que a decretação do divórcio cortaria toda e qualquer possibilidade de se postular alimentos, admite-se a possibilidade de prestação do encargo sob as diretrizes consignadas nos arts. 1.694 e ss. do CC/02, o que implica na decomposição do conceito de necessidade, à luz do disposto no art. 1.695 do CC/02, do qual é possível colher os seguintes requisitos caracterizadores: (i) a ausência de bens suficientes para a manutenção daquele que pretende alimentos; e (ii) a incapacidade do pretenso alimentando de prover, pelo seu trabalho, à própria mantença. - Partindo-se para uma análise sócio-econômica, cumpre circunscrever o debate relativo à necessidade a apenas um de seus aspectos: a existência de capacidade para o trabalho e a sua efetividade na mantença daquele que reclama alimentos, porquanto a primeira possibilidade legal que afasta a necessidade existência de patrimônio suficiente à manutenção do excônjuge , agrega alto grau de objetividade, sofrendo poucas variações conjunturais, as quais mesmo quando ocorrem, são facilmente identificadas e sopesadas. - O principal subproduto da tão propalada igualdade de gêneros estatuída na Constituição Federal, foi a materialização legal da reciprocidade no direito a alimentos, condição reafirmada pelo atual Código Civil, o que significa situar a existência de novos paradigmas nas relações intrafamiliares, com os mais inusitados arranjos entre os entes que formam a família do século XXI, que coexistem, é claro, com as tradicionais figuras do pai/marido provedor e da mãe/mulher de afazeres domésticos. - O fosso fático entre a lei e a realidade social impõe ao julgador detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou intelecção do processo, para a imprescindível definição quanto à capacidade ou não de auto-sustento daquele que pleiteia alimentos. - (...) - No que toca à genérica disposição legal contida no art. 1.694, caput, do CC/02, referente à compatibilidade dos alimentos prestados com a condição social do alimentado, é de todo inconcebível que ex-cônjuge, que pleiteie alimentos, exijaos com base no simplista cálculo aritmético que importe no rateio proporcional da renda integral da desfeita família; isto porque a condição social deve ser analisada à luz de padrões mais amplos, emergindo, mediante inevitável correlação com a divisão social em classes, critério que, conquanto impreciso, ao menos aponte norte ao julgador que deverá, a partir desses valores e das particularidades de cada processo, reconhecer ou não a necessidade dos alimentos pleiteados e, se for o caso, arbitrálos. - Por restar fixado pelo Tribunal Estadual, de forma induvidosa, que a alimentanda não apenas apresenta plenas condições

Acesso ao Sumário

de inserção no mercado de trabalho como também efetivamente exerce atividade laboral, e mais, caracterizada essa atividade como potencialmente apta a mantêla com o mesmo status social que anteriormente gozava, ou ainda alavancá-la a patamares superiores, deve ser julgado procedente o pedido de exoneração deduzido pelo alimentante em sede de reconvenção e, por conseqüência, improcedente o pedido de revisão de alimentos formulado pela então alimentada. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 933.355/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 11/04/2008).

Objetivamente inviável, por conseguinte, qualquer alteração no r. julgado de primeiro grau.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Saliento 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.

Majorem-se os honorários advocatícios fixados em Primeira Instância, em favor dos patronos da autora para R$ 2.800,00, nos moldes do art. 85, § 11, do CPC/2015, com correção a partir da publicação deste, observada a gratuidade processual.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1037048-85.2020.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante AULENDRINIO DA SILVA MOREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO 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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42528)**

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

São Paulo, 30 de setembro de 2021.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Ação revisional de cédula de crédito bancário c/c repetição de indébito. Decisão de improcedência.

CERCEAMENTO DE DEFESA. Não configuração. Documentos acostados suficientes para o julgamento.

JUROS REMUNERATÓRIOS. Inexistência de pactuação em patamar abusivo. Custo efetivo total. Índice representativo da totalidade dos custos do financiamento. Diferença entre a taxa de juros remuneratórios e o CET que não implica abusividade. Sentença mantida.

TABELA PRICE. Legalidade da utilização desde que convencionada. Critério de amortização de dívida em prestações periódicas e sucessivas. Utilização que não caracteriza, por si só, capitalização de juros.

COBRANÇA CAPITALIZADA DE JUROS. Ajuste posterior à MP 1.963-17/200 de 31 de março de 2.000 (reeditada sob nº 2.170/36), com pactuação expressa. A previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a sua cobrança. Sentença mantida.

TARIFA DE AVALIAÇÃO DO BEM. Abusividade reconhecida. Prestação do serviço não comprovada. Ausência de laudo de avaliação. Provimento.

REGISTRO DE CONTRATO. Abusividade não reconhecida. Cobrança permitida. Prestação de serviço comprovada pelo gravame registrado no órgão de trânsito. Desprovimento.

TARIFA DE CADASTRO. Cobrança. Admissibilidade. Existência de expressa previsão contratual. Tarifa admitida desde que cobrada uma única vez no início do contrato e o valor não seja abusivo (Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011). Inteligência da Súmula 566 do STJ. Desprovimento.

SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. Cobrança abusiva. Consumidor que não pode ser obrigado a contratar seguro com a instituição financeira ou com a seguradora por ela indicada. Provimento.

ENCARGOS MORATÓRIOS. Admitida sua exigên-

Acesso ao Sumário

cia desde que não ultrapasse a soma dos encargos remuneratórios e moratórios. Ausência de cumulação no caso sub judice. Regularidade da cobrança. Desprovimento.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 209/260) interposto contra a r. sentença (fls. 200/207) que julgou improcedente a ação revisional com repetição de indébito, nos seguintes termos:

"*Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação, extinguindo o feito nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.*

Condeno o autor nas custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios que fixo em 20% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, devendo ser observado o disposto no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil."

Em suas razões de apelo, pugna o autor pela reforma da decisão, preliminarmente, diante da configuração de cerceamento de defesa, em face do impedimento de realização de prova pericial contábil. No mérito defendeu abusividade das cláusulas contratuais referentes ao anatocismo e juros remuneratórios acima da média; capitalização ilegal de juros e da tabela Price; ilegalidade das tarifas de: cadastro, avaliação do bem, registro de contrato e seguro, bem como da cumulação de encargos com comissão de permanência.

Tempestivamente interposto e preparado (fls. 98), recebe-se o recurso em seus regulares efeitos.

Apresentadas contrarrazões (fls. 263/269).

Atribuído à causa o valor de R$ 23.221,94 em 04/11/2020.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Trata-se de ação revisional de contrato para financiamento nº 429864060, no valor de R$ 50.990,00, a ser pago em 48 parcelas de R$ 1.382,83, destinado à aquisição de um veículo automotor (fls. 43/46) e repetição em dobro.

Na inicial o autor se insurge expressamente contra os seguintes pontos do contrato:

Juros acima da média e capitalização indevida, bem como uso da Tabela Price

Tarifa de Cadastro: R$ 799,00

Tarifa de Avaliação do bem: R$ 180,00

Acesso ao Sumário

Registro de Contrato: R$ 154,13

Seguro: R$ 1.150,00

Cumulação de comissão de permanência com outros encargos

O instrumento contratual prevê a cobrança de tarifas e encargos e o recolhimento de tributo, dentre eles:

Fls. 22:

Juros remuneratórios de 1,35% ao mês e de 17,49% ao ano

Tarifa de Cadastro: R$ 799,00

Tarifa de Avaliação do bem: R$ 180,00

Registro de Contrato: R$ 154,13

Seguro: R$ 1.150,00

IOF: R$ 1.512,09

CET 1,73% a.m. e 23,26% ao ano

Período de inadimplência: juros remuneratórios da cláusula F.4, juros de mora de 1% ao mês e multa de 2%

A r. sentença recorrida julgou improcedentes os pedidos.

Pois bem.

Primeiramente, a preliminar de **cerceamento de defesa** não comporta acolhimento.

No caso não se vislumbra imprescindibilidade da dilação probatória pretendida. Conforme já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal, "*a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado*" (RE nº 101.171-8/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 115/789).

Sobreleva notar que cabe ao juiz, nos termos do art. 139, II, do novo Código de Processo Civil, velar pela rápida solução do litígio, bem assim, com fundamento no art. 130 do antigo ou art. 370 do novo CPC mesma lei, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Acesso ao Sumário

No caso em comento, os documentos acostados são suficientes para o deslinde da questão, como se verá adiante.

Assim, a prova pericial apenas retardaria o julgamento sem nada acrescentar, restando autorizado o julgamento antecipado, nos termos do art. 355, I do novo diploma, sendo desnecessária a produção de qualquer outra prova.

No mérito, inicialmente, cumpre mencionar a pacífica natureza consumerista do contrato celebrado entre as partes, nos termos dos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, e da Súmula 297, do Superior Tribunal de

Justiça.

Igualmente, no tocante à possibilidade da revisão de contratos de adesão, é certa a sua admissão, mesmo em casos de renegociação, nos termos da Súmula 286, do Superior Tribunal de Justiça. Nesta linha, o entendimento do E. Tribunal da Cidadania.

A respeito do tema, confira-se:

"*[...] 1. É permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do pacta sunt servanda vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa -fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual. [...]*" (STJ, AgRg no AREsp 649895/MS, rel. Min. RAUL ARAÚJO, julgado em 05/05/2015).

JUROS:

No tocante aos juros remuneratórios, não é vedado às instituições financeiras pactuar com o tomador do crédito a incidência de juros em patamar superior a 12% ao ano.

Quanto à substituição do sistema de amortização da dívida para o método Gauss, esclareça-se que inexiste qualquer irregularidade na utilização da Tabela *Price*, na medida em que tal tabela não induz, necessariamente, à capitalização dos juros, consistindo, antes, em critério de amortização de dívida em prestações periódicas e sucessivas.

Roberto Carlos Martins Pires esclarece que "*Pela Tabela Price, o financiamento é pago em prestações iguais, constituídas de duas parcelas: amortização e juros. Tem como características principais o valor de juros decrescentes, amortizações crescentes ao longo da operação e pagamentos periódicos e sucessivos.*" (Temas Controvertidos no Sistema Financeiro da Habitação - Uma Análise Jurídica do Problema Matemático - Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 204, págs. 27 e 29).

A jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça tem reconhecido que a previsão de juros pré-fixados embutidos no valor das parcelas não implica abusividade, nem mesmo se utilizada a Tabela *Price*:

> "*CONTRATO BANCÁRIO - Empréstimo parcelado - Ilegalidade não verificada - Juros pré-fixados, embutidos nas parcelas de valores fixos e pré-determinados - Utilização da Tabela Price que não implica abusividade - Recurso do réu provido.*" (Apelação nº 7.169.028-1, Rel. Des. Rui Cascaldi, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 12/08/209).

Por fim, dadas essas premissas, não se vislumbra também a ocorrência de "spread" excessivo, já que não demonstrada abusividade, mesma razão pela qual não se verifica a pretensa "lesão enorme ao consumidor". Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, a abusividade precisa ser cabalmente demonstrada, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos,

Acesso ao Sumário

sendo insuficiente o só fato de a convenção ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária do período (STJ, Recursos Especiais nºs 271.214-RS, 407.097/RS e 420.111/RS).

A Lei da Usura não se lhes aplica, não havendo que se falar, assim, em limitação de juros remuneratórios a 12% ao ano, conforme, inclusive, entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 7 do C. STF:

"*A norma do parágrafo 3º do artigo 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*".

O C. Superior Tribunal de Justiça também fixou entendimento sobre o tema, no seguinte sentido:

"*1. Contrato bancário. Juros remuneratórios. Limitação afastada: Este STJ possui orientação jurisprudencial no sentido de que '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.'*" (REsp 1061530/RS, Min. Nancy Andrighi, DJ 10/03/2009).

Ainda, conforme orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, a abusividade precisa ser cabalmente demonstrada, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a convenção ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária do período. (STJ, Recursos Especiais nºs. 271.214-RS, 407.097/RS e 420.111/RS).

Assim, como mencionado alhures, "*o pacto referente à taxa de juros só pode ser alterado se reconhecida sua abusividade em cada hipótese, desinfluente para tal fim a estabilidade inflacionária no período, e imprestável o patamar de 12% ao ano, já que sequer a taxa média de mercado, que não é potestativa, se considera excessiva, para efeitos de validade da avença*" (STJ, Quarta Turma, REsp. 604518, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior).

O autor, ora apelante, afirma que na cédula de crédito bancário celebrada com a instituição financeira estaria prevista a taxa de juros remuneratórios superior à contratada e a de mercado.

Contudo, importa mencionar que o contrato informa o custo efetivo total (CET mensal: 1,73%; e CET anual: 23,26% - fls. 45), índice criado pela Resolução 3.517/2007 e calculado com base nos fluxos referentes às liberações e aos pagamentos previstos, incluindo taxa de juros 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. Seu intuito é fornecer ao consumidor parâmetros para a comparação dos produtos disponíveis no mercado a partir da ciência de todos os custos envolvidos na contratação de um crédito.

Acesso ao Sumário

Portanto, o valor da parcela do financiamento não considera, tão somente, a incidência da taxa de juros, mas a totalidade dos encargos cobrados na contratação. Sendo assim, é perfeitamente possível que a taxa efetiva seja superior àquela explícita no instrumento da avença, desde que não se mostre excessiva.

Ademais, este entendimento não discrepa da jurisprudência desta C. 38ª Câmara de Direito Privado, conforme se infere do seguinte excerto:

"*EMBARGOS À EXECUÇÃO. Cédula de Crédito Bancário. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Compete ao Juiz aferir sobre a necessidade ou não de produzir determinada prova, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias Dicção do artigo 130 do Código de Processo Civil.*

INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. Não configuração Ação de execução que atende aos requisitos dos artigos 282 e 283, do Código de Processo Civil - Causa de pedir e respectivo pedido devidamente expressos na exordial - Petição instruída com cópia do contrato e demonstrativo de débito.

ANATOCISMO. Inexistência. Capitalização de Juros. Periodicidade inferior a um ano. Art. 28, § 1º, I, que permite o pacto da periodicidade da capitalização entre as partes - Contrato celebrado após 31 de março de 2000, data da última edição da Medida Provisória 2170- 36/2001.

JUROS. Limitação. Desacolhimento. A súmula 596 do Colendo Supremo Tribunal Federal, a recente súmula nº 382, do Colendo Superior Tribunal de Justiça e a súmula vinculante nº 7 possibilitaram às instituições financeiras cobrarem juros acima do limite de 12% ao ano. Termo inicial a ser contado desde a citação. Descabimento. Responsabilidade contratual - Não incidência do art. 405 do CC - Termo a quo a partir do vencimento da obrigação - Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação nº 0206044-62.2011.8.26.0100, Rel. Des. Spencer Almeida Ferreira, julg. 31/10/2012).

Em suma, não subsiste a alegação de abusividade dos juros no presente caso.

Quanto à capitalização mensal dos juros, indubitável a sua possibilidade em operações financeiras efetuadas depois de 30 de março de 2000, data em que foi editada a MP 1.963-17, desde que expressamente pactuada, sendo que a previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal já é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual estabelecida no contrato bancário.

No Superior Tribunal de Justiça, a matéria foi objeto de recente decisão da Segunda Seção que, no âmbito e para fins do sistema de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), decidiu:

"*1) 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 nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-01, desde que expres-*

Acesso ao Sumário

samente pactuada;

2) A capitalização dos juros com 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." (REsp nº 973.827, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 24/09/2012).

No caso dos autos, não há dúvida acerca da previsão contratual da capitalização de juros, já que a cédula de crédito bancário estabelece taxa de juros anual de 17,49%, superior ao duodécuplo da mensal de 1,35%, suficiente para permitir a cobrança dos juros de forma capitalizada, inexistindo, portanto, abusividade (fls. 45).

Da mesma forma, inexiste qualquer irregularidade na utilização da Tabela Price, na medida em que tal tabela não induz, necessariamente, à capitalização dos juros, consistindo, antes, em critério de amortização de dívida em prestações periódicas e sucessivas.

Roberto Carlos Martins Pires esclarece que "*Pela Tabela Price, o financiamento é pago em prestações iguais, constituídas de duas parcelas: amortização e juros. Tem como características principais o valor de juros decrescentes, amortizações crescentes ao longo da operação e pagamentos periódicos e sucessivos.*" ("Temas Controvertidos no Sistema Financeiro da Habitação - Uma Análise Jurídica do Problema Matemático" - Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 204, págs. 27 e 29).

A jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça tem reconhecido que a previsão de juros pré-fixados embutidos no valor das parcelas não implica abusividade, nem mesmo se utilizada a Tabela Price:

"*CONTRATO BANCÁRIO - Empréstimo parcelado - Ilegalidade não verificada - Juros pré-fixados, embutidos nas parcelas de valores fixos e pré-determinados - Utilização da Tabela Price que não implica abusividade - Recurso do réu provido.*" (Apelação nº 7.169.028-1, Rel. Des. Rui Cascaldi, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 12/08/209).

Acesso ao Sumário

Ainda, não há que se cogitar de inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória nº 2.170-36/01, porquanto inexiste decisão definitiva sobre a questão, devendo preponderar a presunção de constitucionalidade do citado dispositivo, até que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.316 seja definitivamente julgada.

Por outro lado, a capitalização de juros foi expressamente admitida nas Cédulas de Crédito Bancário pela Medida Provisória nº 2.160-25/01, posteriormente convertida na Lei nº 10.931/04 (artigo 28, § 1º, I), desde que pactuados. Confira-se:

"*Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extraju-*

dicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor, demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2°.

§ 1° 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;"

E esta também é a hipótese dos autos, uma vez que a cédula traz previsão expressa de tal cobrança. Assim, não há que se falar em ilegalidade da capitalização mensal de juros.

TARIFA DE AVALIAÇÃO DO BEM:

No que toca ao pagamento da tarifa de avaliação do bem (R$ 180,00 - fls. 45), a matéria foi tema do Recurso Especial nº 1.578.553/SP, tema 958.

No julgamento do processo paradigma, o STJ firmou entendimento no sentido de ser válida a cobrança "da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento da despesa com o registro do contrato, ressalvadas a abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto".

Para justificar a cobrança da tarifa de avaliação do bem, a Corte Superior entendeu que deveria ter sido evidenciada a efetiva prestação do serviço pela instituição financeira, como, por exemplo, com a juntada de um laudo de avaliação, conforme o disposto no inciso III, do § 1º, do artigo 1º da Resolução n° 3.518/2007, do Banco Central do Brasil, e inciso III, do § 1º, do artigo 1º da Resolução 3.693/2009, do Bacen, ambas revogadas desde 1º de março de 2011, pela Resolução 3.919/2011.

No caso em comento, o banco deixou de comprovar a efetiva prestação de serviço, já que **não apresentou documentos ou laudo de avaliação a comprovar efetivamente um possível serviço de avaliação.**

TARIFA DE REGISTRO DE CONTRATO

A Tarifa de Registro de Contrato (R$ 154,13 - fls. 45) também foi tema do Recurso Especial nº 1.578.553/SP, julgado em 28/11/2018, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (tema 958).

No julgamento do processo paradigma, o Tribunal da Cidadania firmou entendimento no sentido de ser válida a cobrança "*da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento da despesa com o registro do contrato, ressalvadas a abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade*

Acesso ao Sumário

excessiva, em cada caso concreto".

Não se olvida que a cobrança para anotação do financiamento em órgão de trânsito tem como suporte normativo o artigo 1.361, do Código Civil, e o artigo 2º, da Resolução-CONTRAN nº 320, de 2009:

> "*Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.*
>
> § 1º - Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro."

Neste ponto, vale ressaltar que o insigne Desembargador Gilberto dos Santos destacou que o Colendo Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade do art. 1.361, §1º, do Código Civil, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 611.639-RJ, com repercussão geral, Rel. Min. Marco Aurélio.

Indiscrepante o teor do voto:

> "*A tarifa pertinente ao **registro do contrato**, não diz respeito ao registro no cartório de títulos e documentos como supõe o autor, mas ao registro junto ao órgão de trânsito, tratando-se de mero reembolso, conforme descrito no item 3, c, do contrato (fls. 45).*
>
> *No caso dos autos, além de possuir o valor adequado (R$ 112,40), teve sua efetivação devidamente comprovada com a apresentação do próprio certificado de registro e licenciamento de veículo devidamente gravado com o ônus da garantia contratual (fls. 44)*". (TJSP; Apelação Cível 1016685-09.2018.8.26.0625; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taubaté - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/06/2019; Data de Registro: 14/06/2019)

No Estado de São Paulo foi baixada a Portaria DETRAN nº 465, que estabeleceu as normas pertinentes à transmissão eletrônica de dados destinados à prenotação, ao registro de contratos de financiamentos de veículos automotores com cláusula de alienação fiduciária, arredamento mercantil, reserva de domínio ou penhor, e à liberação da correspondente garantia real, ou gravame, a ser realizado pelo Departamento Estadual de Trânsito - Detran-SP.

Acesso ao Sumário

De fato, em seu art. 15 foram definidos os valores pela recepção eletrônica pelo Detran-SP:

> "*I - ao apontamento da garantia real: o valor, em moeda nacional, correspondente a 0,576 Ufesp (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo);*

II - ao registro do contrato: o valor, em moeda nacional, correspondente a 2,572 UFESP (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo);

III - à baixa da anotação da garantia real, ou gravame, no campo de observações do Certificado de Registro do Veículo, o valor, em moeda nacional, correspondente a 0,105 UFESP" (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo)

Como se vê o registro junto ao órgão de trânsito é indispensável para a constituição da propriedade fiduciária, de modo que embora seja uma obrigação imposta à instituição financeira, nada impede que as partes convencionem a transferência de tal obrigação ao consumidor, como restou reconhecido por ocasião do julgamento do REsp. nº 1.578.553/SP, realizado sob o rito dos recursos repetitivos.

No entanto, a sua cobrança depende da observância de algumas premissas, conforme salientou o Superior Tribunal de Justiça:

"*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."

No caso dos autos, considerando válido o registro do contrato/gravame no DETRAN fls. 47, assim como a razoabilidade do valor cobrado de R$ 154,13 na época dos fatos, a cobrança objeto do processo não se revela abusiva.

Neste sentido:

"*AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - Juros remuneratórios - Alegação de que a cobrança foi feita com base em valores distintos dos previstos em contrato - Descabimento - Total ausência de prova de tal discrepância - Regularidade da cobrança do Custo Efetivo Total (CET) previsto no instrumento - TARIFA DE CADASTRO (TC) - Aplicação do entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp* nº. 1.255.573/RS, processado sob o rito de recurso repetitivo - Possibilidade de cobrança no início do relacionamento entre o consumidor e a Instituição Financeira - Cobrança autorizada - Alegada abusividade do encargo denominado 'Tarifa de Avaliação' - Questão dirimida em sede de Recurso Especial Repetitivo pelo C. Superior Tribunal de Justiça (*REsp 1.578.553) - Necessidade de prova da efetiva prestação do serviço pelo Banco - Inocorrência - REGISTRO DE CONTRATO - Pleito de afastamento da 'Tarifa de Registro de Contrato' - Descabimento - Tese nº. 2.3, fixada em sede de Recurso Especial Repetitivo (REsp 1.578.553) - Ino-*

Acesso ao Sumário

corrência de abusividade no caso concreto - Comprovação da prestação do serviço - SEGURO - Pretendida exclusão da cobrança da tarifa relativa a 'Seguros' - Cabimento - Questão decidida em sede de Recurso Especial Repetitivo pelo C. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.639.320/SP) - Afastamento determinado, diante da total impossibilidade de escolha da empresa responsável pela cobertura securitária pelo consumidor - Recurso parcialmente provido. (gn)" (Apelação nº 1058192-15.2014.8.26.0002, TJSP, 38ª Câmara de Direito Privado, relator Des. Mário de Oliveira)

Observo, no entanto, que a prova do registro enseja ilação de pagamento, mas não é prova cabal de modo que para considerar que o consumidor ficará imune a eventual cobrança da Seção de Trânsito em face desta despesa penso que dever-se-á dar quitação ao consumidor do pagamento da despesa.

Em havendo débito perante o Setor de Trânsito o responsável será o banco réu que alega ter pago e pede ressarcimento no processo.

Este registro é relevante porque o Recurso Especial 1.639.320 da lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino averbou:

"Já na etapa exclusivamente pública, as atividades são realizadas pelo DETRAN, que: (i) recebe os dados dos contratos encaminhados pelas Instituições Financeiras, procedendo ao registro das suas informações na base pública, nos termos do art. 3º da Resolução do Contran n. 320/09; (ii) consulta o SNG para verificar se os dados da garantia conferem com aqueles que haviam sido registrados etapa privada, visando a evitar a ocorrência de fraudes; e, (iii) emite o documento com a anotação do gravame realizada com base nos dados de registro de contrato.

A descrição desse fluxo de atividades permite constatar, em primeiro lugar, que o registro de informações realizado no SNG não se confunde de maneira nenhuma com as atividades públicas de registro de contrato de financiamento e de anotação de gravame. Enquanto as informações inseridas na base privada (SNG) têm a finalidade de informar ao mercado e aos órgãos de trânsito que um veículo foi dado em garantia numa operação, o registro de contrato é uma atividade pública, realizada pelo DETRAN, que faz constar na sua base os dados dos contratos de financiamento. E, por sua vez, a anotação do gravame (que não se confunde com a inclusão eletrônica do gravame) é a inscrição também pelo DETRAN (com base nos dados que, perante ele, são registrados e, também, a partir de consulta do SNG), no campo de anotações do CRV, do nome do credor real do veículo (fls. 290/292)

Após descrever o pré-gravame, a FEBRABAN informou (fls. 293) cessou a cobrança desse ressarcimento após 25/02/2011." (fls. 19/20).

Acesso ao Sumário

No mesmo diapasão o Recurso Especial n. 1.578.553 da lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino destacou:

"Com base nesses enunciados normativos, verifica-se que a cobrança genérica por serviços prestados por terceiros, além de não encontrar amparo na regulação bancária, malfere o Código de Defesa do Consumidor..." (fls. 21).

Prossegue o voto:

"***Despesa de registro do contrato e tarifa de avaliação do bem:***

Essas cobranças, em tese, não conflitam com a regulação bancária, conforme manifestou o BCB em seu parecer.

Confira-se, a propósito, os seguintes excertos do referido parecer:

54. De se ver, portanto, que a cobrança para o registro no órgão de trânsito do contrato de financiamento de veículo tem como suportes normativos disposições alheias à regulação bancária em sentido estrito. Trata-se de cobrança embasada no art. 1.361 do Código Civil e no art. 2º da Resolução-CONTRAN n. 320, de 2009, que não se encontra regulada pelas normas baixadas pelo CMN ou pelo Banco Central, o que, naturalmente, não lhe prejudica, por si só, a validade. Em outras palavras: não se trata, em rigor, de tarifa bancária, regulada pela Resolução-CMN n. 3.518, de 2007, e demais normas bancárias conexas, nem se refere a um serviço financeiro classificável como essencial, prioritário, especial ou diferenciado.

55. Desse modo, independentemente de as normas de trânsito estipularem a instituição financeira ou seu cliente como sujeito passivo da obrigação de pagar pelo registro de veículo, a possibilidade de as partes convencionarem, por ato negocial, que uma ou outra arcará com os custos, em tais ou quais condições, é matéria que deve ser investigada tendo em conta as normas sobre a liberdade de negociar e sobre defesa do consumidor". (fls. 24) (gn).

Examinando o caso concreto decidiu o conspícuo Ministro:

"***Fixadas as teses, passa-se à apreciação do caso concreto.***

Relembre-se que as tarifas/despesas questionadas nos presentes autos, são as seguintes: ...(b) registro do contrato/gravame: R$87,17; e (c) tarifa de avaliação do veículo usado: R$195,00...

Por sua vez, a cobrança pelo registro do contrato corresponde a um serviço efetivamente prestado, pois documento de fls. 24, juntado pelo próprio consumidor, revela que o gravame foi registrado no órgão de trânsito, passando a constar no documento do veículo.

Assim, à míngua de controvérsia acerca da absusividade do valor co-

Acesso ao Sumário

brado, é de se manter a validade dessa cobrança".

Tem-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça acabou considerando razoável a cobrança da despesa de registro do contrato/gravame no valor de R$87,17. O lastro para cobrança foi explicitado nas normas suso descritas e art. 1.361 do Código Civil.

No entanto diante da colocação do consumidor no polo passivo da obrigação perante o DETRAN (fls. 24 voto Resp 1.578.553, Rel Min Paulo de Tarso Sanseverino) tenho que validada a cobrança pelo apelante há consequentemente quitação perante o DETRAN em relação ao sujeito passivo consumidor já que não poderá ser cobrando duas vezes pela mesma despesa. Curial que essa observação seria desnecessária se o apelante tivesse o cuidado de trazer para os autos a prova do pagamento ao DETRAN para então não ficar dúvidas acerca do ressarcimento.

De igual sentir deste voto o eminente **Desembargador Edgard Rosa** lavrou o entendimento:

> "**(...) Exigibilidade da tarifa de registro do contrato. Constituição da propriedade fiduciária que depende de tal registro (art. 1.361, §1º, do Código Civil. Tema 958/STJ (...)**
>
> **(...) 2.1 A tarifa cobrada a título de registro do contrato na repartição de trânsito, é devida, porque a lei exige tal formalidade, para dar publicidade acerca do pacto de alienação fiduciária do veículo.**
>
> **Eis o que, a propósito, dispõe o art. 1.361, §1º, do Código Civil:**
>
> ***'Art. 1.361 - ...***
>
> ***(...)***
>
> §1º - Constitui-se ***a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicilio do devedor, ou em se tratando de veículo, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro'.***
>
> ***(...)***". (TJSP; Apelação Cível 0003032-51.2012.8.26.0597; Relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/06/2019; Data de Registro: 14/06/2019)

Em conclusão, realizado o registro do contrato no Detran com o pagamento feito pela instituição financeira, a cobrança aqui admitida dá quitação ao consumidor.

TARIFA DE CADASTRO

A legalidade da exigência da Tarifa de Cadastro (R$ 799,00 - fls. 45) restou consolidada em recente julgado do C. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº

Acesso ao Sumário

1.251.331-RS, em 28.8.2013, por meio do rito dos Recursos Repetitivos.

Veja-se:

"*(...)1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.*

2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. ***Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira (g.n.)****.*

3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. (...)." (STJ, Recurso Repetitivo REsp nº 1.251.331-RS, j. em 28.8.2013, publicado em 24.10.2013, Rel.ª Min.ª MARIA ISABEL GALLOTTI).

Assim, a Tarifa de Cadastro é admissível, visto estar apoiada em norma do Banco Central, Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011.

Note-se que o contrato exige Tarifa de Cadastro no valor de R$ 799,00 (fls. 45), sendo esta a que remunera o serviço de pesquisa em órgãos de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, bem como tratamento de informações necessárias ao início de relacionamento de abertura da conta de depósito à vista ou poupança ou contratação de operação de crédito. Inexiste nos autos prova acerca da abusividade da cobrança.

Neste sentido é o entendimento da C. 11ª Câmara de Direito Privado desta Corte, cuja ementa se transcreve:

"*Tarifa de cadastro. Previsão contratual. Cobrança autorizada pelo Bacen. Legalidade. Orientação do C. STJ no REsp n. 1.251.331-RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). Demonstração cabal de abusividade inexistente. Exigibilidade.*" (Apelação Cível nº 0000238-93.2012.8.26.0003, Rel. Des. Rômolo Russo, 11ª Câmara de Direito Privado, j. v.u. em 24.10.2013).

Acesso ao Sumário

SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA

No que diz respeito à cláusula que prevê a cobrança de **Seguro de Proteção Financeira**, no valor de R$ 1.150,00 (fls. 45), verifica-se que a contratação ou não do seguro era opção do consumidor.

No entanto, a referida cláusula contratual não assegura a liberdade de escolha da seguradora, ou seja, mesmo optando o consumidor pela contratação do seguro, a referida cláusula já condiciona a contratação da seguradora integrante do mesmo grupo econômico da instituição financeira.

A celeuma que emerge da contratação obrigatória do seguro proteção financeira foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1639320, que consolidou a seguinte tese:

> "*Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com a seguradora por ela indicada*".

Na hipótese, evidente a prática abusiva pelo fato de a instituição financeira/credora, embora disponibilize a opção de contratação ou não do seguro, impõe a aquisição de seguro junto à seguradora integrante do mesmo grupo econômico.

Assim, reconhecida a abusividade da cobrança do seguro proteção financeira é juridicamente possível a repetição de indébito a fim de evitar o enriquecimento ilícito.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

Encargos Moratórios:

Quanto aos encargos moratórios, verifica-se que não há previsão da exigência da chamada comissão de permanência, mas as cláusulas "N", "VI" (fls. 45) preveem, para o período de inadimplência, a incidência de juros moratórios à taxa de 12% ao ano, ou seja, 1% ao mês; juros remuneratórios, calculados de acordo com a indicação no quadro F4 e multa moratória de 2% (fls. 45).

A cobrança de **juros moratórios é** limitada a 1% ao mês (e 12% ao ano), nos termos do art. 406 do Código Civil, combinado com art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional (CTN) e Súmula 379 do STJ: "*Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser fixados em até 1% ao mês*".

Menciona-se, apenas para registro, que a **multa foi pactuada em 2%** (dois por cento).

Já a taxa de juros remuneratórios a ser aplicada no período de inadimplência deve corresponder apenas e tão somente à prevista no contrato para o período de normalidade, o que se vê no caso em tela.

Assim, ao contrário do que foi sustentado pelo autor, ora apelante, o ins-

Acesso ao Sumário

trumento contratual não há excesso na cobrança dos encargos moratórios.

No mais, a restituição dos valores cobrados indevidamente deve se dar de forma simples, e não em dobro, já que não foi comprovada a má-fé da instituição financeira no recebimento da quantia indevida. Correção monetária pela Tabela Prática do E. TJSP, desde cada desembolso, com aplicação de juros legais de 1% ao mês desde a citação, autorizada desde logo a compensação.

Por fim, diante do parcial provimento, devem as partes arcarem com metade das custas e despesas processuais e pagamento de verba honorária fixada em R$ 1.400,00, nos termos do art. 85 do NCPC.

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

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1083802-69.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VISCO COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. EPP, é apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Compareceu para sustentar oralmente Dr. Rodrigo Setaro", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.251)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Apelação - Ação de indenização por danos materiais - Improcedência - Operações realizadas por falsários por meio de internet banking - Operações efetuadas após as demandantes terem feito a atualização do módulo de segurança da empresa, no site do banco, o que ocorreu por ter recebido ligação de suposto funcionário da instituição financeira afirmando que devia ser realizada - Inexistência de culpa da auto-

Acesso ao Sumário

ra - Falha no sistema de proteção do banco evidenciada - Responsabilidade deste que é de caráter objetivo, nos termos do art. 927, § único, do Código Civil, mesmo que se entenda não aplicável, no caso, o Código de Defesa do Consumidor - Ônus da prova que cabe, por isso, ao fornecedor de serviços - Prova de inexistência de defeito na prestação dos serviços não apresentada, nem produzida pelo banco - Responsabilidade deste que deve ser reconhecida - Demandante que faz jus à restituição integral dos valores indevidamente retirados de sua conta - Procedência da ação que é de rigor - Recurso provido.

VOTO

A r. sentença (fls. 232/236), proferida pela douta Magistrada Juliana Pitelli da Guia, cujo relatório se adota, julgou improcedente a presente ação de indenização por danos materiais ajuizada por VISCO COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. EPP contra BANCO SANTANDER BRASIL S/A, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios da parte adversa fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Pela autora foram opostos embargos de declaração (fls. 238/241), os quais não foram conhecidos (fls. 243/245).

Irresignada, apela a autora, sustentando que restou comprovado nos autos que a apelante recebeu chamada telefônica de um suposto representante do apelado, informando sobre a necessidade de atualização do QR CODE, sendo que o preposto da empresa realizou todos os procedimentos conforme as instruções do interlocutor. Alega que o suposto funcionário possuía todos os dados da empresa, o que contribuiu para que não se desconfiasse da fraude. Esclareceu que após contato com a gerência, a instituição financeira reconheceu a existência de fraude e realizou o bloqueio e estorno de R$ 295.454,16, mas se recusou a ressarcir o valor remanescente equivalente a R$ 172.545,84. Invoca a responsabilidade objetiva do banco réu, no caso vertente, nos termos da Súmula 479 do STJ. Ressalta que não há dúvidas de que a apelante foi vítima de estelionatários, os quais, fingindo atuarem em nome do banco, obtiveram por meio de fraude seus dados e senhas e realizaram as transações impugnadas na exordial. Postula, por tais razões, a reforma da r. sentença, com a procedência da ação (fls. 247/253).

Recurso tempestivo, preparado e recebido no duplo efeito. Houve apresentação de contrarrazões (fls. 260/272).

Houve oposição ao julgamento virtual deste recurso (fls. 275).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Cabe observar, inicialmente, que mesmo que se entenda pela não incidência, no caso, do Código de Defesa do Consumidor, por referir-se a avença firmada com pessoa jurídica, é certo, contudo, que aplica-se na hipótese vertente, em desfavor do réu, a teoria do risco, consagrada pelo novo Código Civil, no parágrafo único do artigo 927, o qual dispõe 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.

Com efeito, a autora ajuizou a presente ação alegando que no dia 17.05.2019 recebeu ligação de suposto funcionário do banco apelado que lhe orientou a atualizar o QR CODE, o que foi feito. Esclareceu que após a conclusão da atualização, constatou que foram realizadas em sua conta corrente doze (12) transações bancárias no valor de R$ 39.000,00 para favorecidos diferentes e desconhecidos. Afirmou que em contato com o gerente do banco réu, foi reconhecida a existência de fraude, sendo realizado o bloqueio e estorno que existiam nas contas dos favorecidos, no total de R$ 295.454,16. Ressaltou que o banco se recusou a realizar o estorno do valor de R$ 172.545,84, argumentando não ter sido constatada qualquer irregularidade na atuação da instituição financeira em relação a estas transações. Sustentou haver falha nos serviços prestados pelo réu em razão da fraude perpetrada em suas contas bancárias. Requereu a condenação do banco no pagamento de indenização por danos materiais.

Citado, o réu ofereceu contestação, alegando, em apertada síntese, que as operações por meio de *internet banking* só foram realizadas após a validação de senha da autora e confirmação das chaves do *token* de segurança. Afirmou que o banco não pode ser responsabilizado pelos prejuízos da autora, que ocorreram por culpa de terceiros, possíveis criminosos cibernéticos, devidamente identificados pelo réu. Aduziu que a autora não agiu com a cautela necessária, não podendo o banco responder por uma conduta culposa desta. Afirmou que a ausência de defeito na prestação do serviço e a configuração da culpa exclusiva do consumidor excluem a responsabilidade que se pretende impor. Sustentou que não cometeu qualquer ato ilícito que ensejasse a obrigação de indenizar. Requereu a improcedência da ação (fls. 57/74). Juntou documentos (fls. 75/170).

Houve réplica (fls. 210/222).

Intimados a especificarem outras provas (fls. 223), a autora requereu a produção de provas periciais, documentais e orais (fls. 225/226) e o réu requereu a denunciação da lide dos beneficiários das transferências ou a intimação dos mesmos para serem ouvidos nos autos (fls. 229/231).

A douta Magistrada houve por bem julgar improcedente a ação, entretanto, esse entendimento, permissa vênia, não merece prevalecer.

Acesso ao Sumário

Em face do que foi relatado pela autora, não há como deixar de reconhecer que as operações que impugnou não foram por ela realizadas, por ter sido vítima de fraudadores que conseguiram violar o sistema de segurança do banco e realizar transferências na conta corrente da empresa.

Ainda que se pudesse considerar que a autora deveria ter tido mais cautela em relação a este procedimento, é de se verificar, porém, que não relatou ter fornecido sua senha pessoal a qualquer pessoa, mas sim, ter efetuado atualização de módulo de segurança através do *site* do requerido, após ligação telefônica de suposto funcionário do réu. Ademais, se a demandante fez a atualização em *site* fraudulento, ensejando, assim, aos golpistas realizar tal operação fraudulenta, é porque também conseguiram burlar o sistema de proteção do banco.

Note-se, ademais, que as transferências realizadas estão fora do perfil da apelante que, pelo que se vê dos extratos de fls. 78/162, não realizava transferências em valor tão expressivo, como a realizada pelos falsários, ainda mais em curto espaço de tempo, razão pela qual caberia ao banco entrar em contato com a correntista para confirmá-las, a fim de efetivá-las. Ademais, como afirmado pela recorrente, a instituição financeira reconheceu a existência de fraude e realizou o bloqueio e estorno de R$ 295.454,16, mas se recusou a ressarcir o valor remanescente equivalente a R$ 172.545,84.

Pretensiosamente o réu assevera extrema segurança de seu sistema para transações via internet, ora, afigura-se pretensão demasiada distante da realidade, porquanto é cada vez mais comum assistirmos às invasões realizadas por "hackers" e vários crimes cibernéticos, infelizmente os fraudadores contam, cada vez mais, com tecnologias avançadas capazes de corromper qualquer sistema eletrônico.

Portanto, cumpria ao réu, a fim de elidir a sua responsabilidade, o ônus de provar que essas operações impugnadas pela demandante teriam sido feitas regularmente, sem que houvesse falha alguma de sua parte ou no seu sistema de proteção, ou que não poderiam ser decorrentes de prática fraudulenta, mas neste sentido não apresentou e nem produziu prova alguma, pelo contrário, reconheceu a fraude perpetrada, tanto que restituiu parte dos valores a apelante.

Acesso ao Sumário

Ora, se o banco reconheceu que as operações em questão decorreram de fraude, não haveria razão para não restituir a totalidade do valor debitado indevidamente da conta da autora.

Restou evidenciado, no caso, portanto, que houve falha no sistema de segurança do réu, já que, ao que consta, o *site* do banco foi interceptado pelos fraudadores no momento de seu acesso pela demandante, o que foge ao controle do correntista evitar. Cuida-se de ocorrência que seria equiparável à do correntista que é vítima de golpe ou de uma fraude contra ele perpetrada por meliantes no interior da agência bancária, ao utilizar o caixa eletrônico, meliantes que,

muitas vezes, se passam por funcionários do banco.

Portanto, a simples assertiva de que a realização dessas operações é feita mediante a validação de senha e confirmação das chaves do *token* de segurança não é suficiente para demonstrar a inexistência de falha nas operações aqui questionadas, bem como para evidenciar que teria havido culpa exclusiva ou concorrente da autora pela sua ocorrência.

Note-se, ademais, que a possibilidade de ocorrer falha na realização de operações bancárias, inclusive por meio da internet não pode ser considerado como um fato isolado, principalmente se levarmos em conta que os estelionatários também acompanham a especialização tecnológica do sistema bancário. Impunha-se ao réu, por isso, demonstrar que em relação às operações em tela que não poderia ter havido esta possibilidade de fraude. Como assim não fez, de rigor o reconhecimento de sua responsabilidade no caso vertente.

Essa questão, ademais, já foi decidida pelo E. STJ, com repercussão geral da matéria:

"*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.*

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.

2. Recurso especial provido" (REsp 1199782/PR - rel. Min. Luís Felipe Salomão - Segunda Seção - DJe 12/09/2011).

Este entendimento restou consagrado pela Súmula 479 de referida Corte Superior, assim enunciada: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito das operações bancárias*".

É forçoso reconhecer, portanto, a responsabilidade do réu quanto ao ressarcimento da totalidade do valor debitado indevidamente da conta corrente da autora, nos termos da Súmula 479 do STJ, uma vez que houve falha no sistema de segurança do banco.

É dever do banco prestar seus serviços com total segurança, notadamente em se cuidando de movimentação de contas bancárias, a fim de impedir que fatos como retratados na presente ação pudessem ocorrer.

Caberá ao réu, desse modo, restituir à demandante o valor integral que foi

Acesso ao Sumário

retirado de sua conta corrente por meio de operação fraudulenta, ou seja, o valor restante de R$ 172.545,84, afastando-se a tese da culpa exclusiva da autora, porque não restou evidenciada qualquer conduta desta que pudesse ter facilitado essas transferências fraudulentas.

Conclui-se, por tais razões, que a irresignação da autora merece ser acolhida, para julgar procedente a ação, declarando nulas as transações descritas na inicial, determinando ao banco que proceda a restituição do valor restante de R$ 172.545,84 que foi retirado fraudulentamente de sua conta corrente, com a incidência da correção monetária a partir do respectivo desembolso, ou das transações impugnadas, e dos juros de mora, a contar da citação, à taxa de 1% ao mês, cabendo ao réu, ainda, arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da autora, arbitrados em 15% do valor da condenação, já considerando o trabalho realizado nesta sede recursal.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000609-98.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VANER LUIS DE ALESSIO, é apelado FUNDAÇÃO SAÚDE ITAÚ S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25403)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 28 de setembro de 2021.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. FUNDAÇÃO SAÚDE ITAÚ. Insurgência contra sentença de improcedência. Sentença mantida. Entendimento firmado em sede de recursos especiais repetitivos: "a) Eventuais mudanças de operadora, de modelo de prestação de serviço, de forma de custeio e de valores de contribuição não implicam interrupção da contagem do prazo de 10 (dez) anos previsto no art. 31 da Lei n. 9.656/1998, devendo haver a soma

dos períodos contributivos para fins de cálculo da manutenção proporcional ou indeterminada do trabalhador aposentado no plano coletivo empresarial." "b) O art. 31 da lei n. 9.656/1998 impõe que ativos e inativos sejam inseridos em plano de saúde coletivo único, contendo as mesmas condições de cobertura assistencial e de prestação de serviço, o que inclui, para todo o universo de beneficiários, a igualdade de modelo de pagamento e de valor de contribuição, admitindo-se a diferenciação por faixa etária se for contratada para todos, cabendo ao inativo o custeio integral, cujo valor pode ser obtido com a soma de sua cota-parte com a parcela que, quanto aos ativos, é proporcionalmente suportada pelo empregador." com o modelo dos trabalhadores ativos e facultada a portabilidade de carências." "c) "O ex-empregado aposentado, preenchidos os requisitos do art. 31 da Lei n. 9.656/1998, não tem direito adquirido de se manter no mesmo plano privado de assistência à saúde vigente na época da aposentadoria, podendo haver a substituição da operadora e a alteração do modelo de prestação de serviços, da forma de custeio e os respectivos valores, desde que mantida paridade com o modelo dos trabalhadores ativos e facultada a portabilidade de carências." (Tema 1034, STJ). Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer pela qual o beneficiário de plano de saúde aposentado pretendia manutenção do contrato vigente quando era funcionário da ativa, cujos pedidos foram julgados improcedentes.

Inconformado, apela o autor, sustentando, em suma, que deveria ser aplicar ao caso o Tema 1016 do E. Superior Tribunal de Justiça, que foi afetado para que o plano de saúde demonstra base atuarial de reajuste. Alega que a ré promove segregação entre ativos e inativos, implementando plano mais oneroso para os inativos, que são justamente os mais vulneráveis. Pretende aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/1998, invocando ainda o Tema 1034 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Apresentadas contrarrazões (ps. 694/710), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Não prospera a irresignação.

A questão de "*quais condições assistenciais e de custeio do plano de saúde devem ser mantidas a beneficiários inativos, nos termos do art. 31 da Lei n. 9.656/1998*", sobre a qual versam os presentes autos, foi apreciada pelo E. Superior Tribunal de Justiça pelo rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1034), tendo-se firmado as seguintes teses:

> *a) "Eventuais mudanças de operadora, de modelo de prestação de serviço, de forma de custeio e de valores de contribuição não implicam interrupção da contagem do prazo de 10 (dez) anos previsto no art. 31 da Lei n. 9.656/1998, devendo haver a soma dos períodos contributivos para fins de cálculo da manutenção proporcional ou indeterminada do trabalhador aposentado no plano coletivo empresarial."*
>
> *b) "**O art. 31 da lei n. 9.656/1998 impõe que ativos e inativos sejam inseridos em plano de saúde coletivo único, contendo as mesmas condições de cobertura assistencial e de prestação de serviço, o que inclui, para todo o universo de beneficiários, a igualdade de modelo de pagamento e de valor de contribuição, admitindo-se a diferenciação por faixa etária se for contratada para todos, cabendo ao inativo o custeio integral, cujo valor pode ser obtido com a soma de sua cota-parte com a parcela que, quanto aos ativos, é proporcionalmente suportada pelo empregador." com o modelo dos trabalhadores ativos e facultada a portabilidade de carências.**"*
>
> *c) "**O ex-empregado aposentado, preenchidos os requisitos do art. 31 da Lei n. 9.656/1998, não tem direito adquirido de se manter no mesmo plano privado de assistência à saúde vigente na época da aposentadoria, podendo haver a substituição da operadora e a alteração do modelo de prestação de serviços, da forma de custeio e os respectivos valores**, desde que mantida paridade com o modelo dos trabalhadores ativos e facultada a portabilidade de carências."* (REsp 1829862/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/12/2020, DJe 01/02/2021 - sem destaque no original.)

Da fundamentação do v. acórdão paradigma se extrai a justificativa para o posicionamento adotado: "*Conquanto seja garantida a paridade entre ativos e inativos, conforme asseverado acima, não se pode falar em direito adquirido dos ex-empregados à manutenção do plano coletivo de assistência à saúde - e suas condições contratuais - em vigor no momento da aposentadoria. Isso porque* ***a possibilidade de alteração da operadora, do modelo de prestação de serviços, da forma de custeio e dos valores que devem ser recolhidos pelos beneficiários ao longo do tempo é um mecanismo essencial para manter a viabilidade do plano, sobretudo diante das incertezas econômicas e do mercado,***

Acesso ao Sumário

das condições financeiras do empregador e de possível aumento substancial da sinistralidade" (REsp 1829862/SP cit., ps. 35/36).

De maneira específica para o presente processo, a aplicação do precedente implica na improcedência dos pedidos, já que (i.) o apelante não tem direito adquirido à manutenção dos mesmos valores cobrados quando era funcionário da ativa; (ii.) houve posterior unificação do plano de saúde, que passou a ser o mesmo para ativos e inativos, sendo que os primeiros recebem subsídio da empregadora; e (iii.) há paridade de coberturas e valores entre as duas categorias, com divisão em faixas etárias.

Diferentemente do que se alega no recurso, não se aplica ao caso o Tema 1016 do E. Superior Tribunal de Justiça, pois a questão aqui não são os reajustes por faixa etária, e sim a pretensão do apelante de se manter em plano de saúde - que não mais existe - para cujo custeio ele apenas contribuía com parte do salário, independentemente da faixa etária: "*reconhecendo o direito do Autor e suas dependentes de manter-se no plano de saúde gozado durante a vigência do contrato de trabalho (PLANO DE SAÚDE EXECUTIVO 1), NAS EXATAS CONDIÇÕES EM QUE VIGIA À ÉPOCA DO SEU CONTRATO DE TRABALHO PARA O AUTOR E SUAS DEPENDENTES*" (p. 19).

Ante o exposto, **nega-se provimento** à apelação, mantendo-se na íntegra a r. sentença. Majoram-se os honorários sucumbenciais devidos pelo autor aos patronos da ré para 15% sobre o valor da causa (art. 85, §11, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1047268-92.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA., são apelados/apelantes JOON BUM PARK e CONFECÇÕES SURINAME LTDA.

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 apelo da ré e deram provimento em parte ao apelo dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 79526)**

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

São Paulo, 5 de outubro de 2021.

CAMPOS MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÕES. DEMANDA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, COM PEDIDO CUMULADO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, O PEDIDO REFERENTE À OBRIGAÇÃO DE FAZER E PARCIALMENTE PROCEDENTE A DEMANDA NO RESTANTE, PARA CONDENAR A REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. DECISÃO ALTERADA EM PARTE. 1 . BLOQUEIO DA CONTA DO FACEBOOK DOS AUTORES SEM NENHUMA JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL. DEVER DE INDENIZAR E DANO MORAL CONFIGURADOS. PRECEDENTE DESTA CORTE EM CASO ANÁLOGO. 2. VERBA INDENIZATÓRIA ARBITRADA EM PATAMAR RAZOÁVEL E QUE NÃO COMPORTA ALTERAÇÃO. 3. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS DETERMINADA. VERBA QUE DEVE SER CONTADA DESDE A CITAÇÃO E NÃO DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA, POR TER SIDO CONTRATUAL A ORIGEM DO ILÍCITO. 4. DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA QUE NÃO COMPORTA ALTERAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE E DA SÚMULA 326 DO STJ. 5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ARBITRADO QUE É DEMASIADAMENTE MÓDICO E QUE, POR ISSO, AVILTA A ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO PATRONO DOS AUTORES. MAJORAÇÃO DETERMINADA. APELO DA RÉ DESPROVIDO. RECURSO DOS AUTORES PROVIDO EM PARTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

São apelações contra a sentença a fls. 137/139, que, em demanda de obrigação de fazer, com pedido cumulado de indenização de danos morais, julgou "*... extinto sem resolução de mérito o pedido referente à obrigação de fazer e parcialmente procedente o pedido apenas para condenar a requerida ao pagamento da importância de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais...*" (cf. dispositivo a fls. 139), em decorrência do bloqueio indevido da conta dos autores.

Em seu recurso, alega a empresa ré que a sentença não pode subsistir, pois, na qualidade de provedor, o Facebook possui a faculdade de "*...indisponibilizar contas de anúncios e páginas temporariamente ou de forma definitiva nos casos de violação de aos termos de uso, ou para verificação de eventual violação aos termos de uso*" (cf. fls. 145 e ss.). Assevera que o bloqueio discriminado na exordial decorreu de exercício regular de direito, uma vez que os autores concordaram com os termos de serviço do Facebook. Argumenta ainda que a eventual indisponibilidade ou mesmo a inativação de uma conta não configura hipótese de dano indenizável, visto que se trata de mero aborrecimento. Bate- se pelo afastamento da indenização de danos morais imposta na sentença ou, subsidiariamente, a redução da verba arbitrada. Insurge-se ainda contra a condenação ao pagamento dos encargos de sucumbência. Pede a reforma.

Os autores também apelaram. Postulam a majoração da verba indenizatória para o montante pleiteado na exordial (R$ 8. 000,00). Batem- se, também, pela alteração do termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a indenização arbitrada. Entendem que tal encargo deve incidir a partir da citação, por se tratar de relação contratual. Pretendem ainda seja majorada a verba honorária fixada. Pedem reforma.

Apresentadas contrarrazões a ambos os apelos, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso da ré não comporta provimento, ao passo que o apelo dos autores merece provimento, mas apenas em parte, pelas razões a seguir expostas.

Em sua inicial, os autores afirmaram que "*... a empresa autora é sociedade que atua na fabricação e comércio atacadista de roupas femininas sob a marca Pitchfork, e o Autor é seu sócio...*" (cf. fls. 2). Aduziram ainda que, para "*... o exercício da atividade empresária e contato com os clientes, muitos deles de outros Estados, a empresa autora, utiliza os serviços da empresa ré...*" (cf. fls. 2). Nesse contexto, argumentaram que houve falha na prestação dos serviços contratados com a ré, que "*... bloqueou permanentemente a conta da empresa autora (...), causando prejuízos irreversíveis, vez que o usuário está impedido de realizar publicidade por meio de mídia social, acarretando em prejuízo ainda maiores...*" (cf. fls. 5).

Assim, o que se verifica é que, em sua inicial, o que os autores alegaram foi que a empresa ré bloqueou indevidamente a sua conta no Facebook. Nesse contexto, cumpria à ré, então, provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado na inicial da demanda (art. 373, II, do C.P.C.), ou seja, deveria ela provar a regularidade do indigitado bloqueio.

Relembre-se que fatos constitutivos são aqueles que têm a eficácia não só de constituir a situação jurídica, como ainda de identificar seus elementos (cf. Moacyr Amaral Santos, "Comentários ao Código de Processo Civil", Vol.

Acesso ao Sumário

IV, Ed. Forense, 1ª ed., 1976, p. 36). Ressalte-se, por oportuno, que a moderna teoria da prova preconiza a adoção de regra distributiva geral, segundo a qual "*Corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o, expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal*" (Hernando Devis Echandía, "teoría General de la Prueba Judicial", apud Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, "O Ônus da Prova no Direito Processual Civil", Ed. RT, 2000, nota 159, p. 128). A repartição do ônus da prova deriva, em última análise, do efeito jurídico que cada parte pretende obter de determinados fatos. Cada litigante tem o encargo de provar os fatos dos quais depende a incidência da norma que quer ver aplicada (Rui Manuel de Freitas Rangel, "O Ónus da Prova no Processo Civil", Ed. Almedina, 2000, p. 146). E a boa doutrina salientava que tal modelo de distribuição dos ônus probatórios não afrontava o disposto nos arts. 333 e seguintes do C.P. C. de 1.973 (cf., Pacífico, ob. cit., p. 130), visto que tais dispositivos consagravam regras gerais, que deveriam admitir as exceções decorrentes da norma substancial cuja aplicação algum dos litigantes reclama (cf. Amaral Santos, ob. cit., p. 38). Ressalte-se que tal entendimento também deve ser mantido à luz do Código de Processo Civil de 2015.

Ocorre, porém, que, ao contrário do que entende, a ré não logrou êxito nesse intento. Ao contrário, a simples leitura da contestação permite afirmar, com segurança, que ela nem mesmo se deu ao trabalho de descrever qual teria sido o motivo que ensejou o bloqueio mencionado. Na verdade, ela limitou-se a afirmar, de forma totalmente genérica, que "*... há previsão expressa quanto à necessidade de observância às regras estabelecidas nos Termos e Diretrizes do serviço, bem como quanto à possibilidade de exclusão de conteúdos e/ou perfis que violem os referidos termos...*" (cf. fls. 67), sem, contudo, explicitar, de forma pormenorizada, qual teria sido a conduta dos autores que, no seu entender, implicou descumprimento das referidas regras. Em tais circunstâncias, impõe-se a conclusão no sentido de que está configurado o dever da ré de indenizar, pois a situação narrada nos autos revela negligência crassa, já que não apresentada nenhuma justificativa razoável para o referido bloqueio, certo que ela nem mesmo se preocupou em produzir provas e postulou a antecipação do julgamento (cf. fls. 135/136). Corrobora tal conclusão ainda o fato de que, posteriormente ao ajuizamento da presente demanda, o bloqueio em questão foi removido, tal como foi afirmado pelos próprios autores (cf. fls. 132). Nesse ponto, portanto, o recurso da ré não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

No tocante a configuração dos danos morais, por sua vez, melhor sorte não socorre a ré. Aqui, forçoso concluir que os fatos narrados na inicial configuram situação que refoge daquilo que razoavelmente pode ser admitido, con-

clusão, aliás, que decorre das máximas da experiência, fruto da observação do que ordinariamente acontece (art. 375 do C. P.C.), de modo que configurado, sim, o alegado dano moral, o qual decorre do indevido bloqueio da conta do Facebook mencionada na inicial, que era utilizada para promover os produtos comercializados pelos autores. Nesse sentido, aliás, já se decidiu nesta Corte, em caso análogo recentemente julgado. Confira- se a ementa, verbis: "*Aplicativo Whatsapp Business. Banimento unilateral do usuário. Cancelamento da conta do aplicativo de mensagens, sem prévia comunicação à autora, alegando- se conduta em desacordo com os termos de serviço e política comercia da plataforma. Descabimento. Ré não se desincumbiu do ônus de provar a regularidade da interrupção dos serviços (art. 373, II, CPC). Ausência de prova de que a autora infringiu as políticas de uso do aplicativo. Inexistência de prévia notificação, a respeito de possível prática vedada pela plataforma, cerceando o direito de contraditório e ampla defesa. Banimento unilateral e abusivo. Restabelecimento da conta da autora com a recuperação das mensagens. Danos morais. Ocorrência. A interrupção injustificada do serviço acarretou a perda de importante ferramenta comercial para a autora, além de gerar nos clientes a falsa percepção de que teria realizado atividades impróprias na plataforma, afetando a sua reputação e imagem, pela interrupção dos serviços. Precedentes. Indenização arbitrada em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso negado.*" (Ap. 1116231-89.2020.8.26.0100, de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 01.09.2021).

Convém ainda lembrar que a pessoa jurídica também sofre dano extrapatrimonial. É certo que pessoa jurídica não tem honra subjetiva. Não sofre abalos emocionais ou psíquicos, já que estes só podem ser sofridos por indivíduos, por entes vivos, não por ficções jurídicas. Mas a pessoa jurídica tem sim direito à proteção de seu renome. Tem direito ao respeito, à consideração e ao apreço social. Nessa medida, pode padecer de ataque que atinja sua honra objetiva, justamente por gozar de determinada reputação (cf., a propósito, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, "A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade", Ed. Renovar, 1998, p. 123 e 136; STJ, 4ª T., Rec. Esp. nº 134.993/ MA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., D.J. 03.02.98). E quando ocorre algum tipo de lesão a essa reputação, ela merece reparação mediante arbitramento judicial, considerando-se o dano extrapatrimonial. Nesse sentido, paradigmática decisão do Superior Tribunal de Justiça (cf. RT 727/123, 4ª T., v.u., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar e Súmula 227). E é exatamente o caso dos autos.

No que concerne ao montante da indenização arbitrada, a sentença também não merece reparos.

Relembre-se inicialmente que a indenização, nas hipóteses em que há dano moral, tem caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensató-

Acesso ao Sumário

rio, em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, "Responsabilidade Civil", Forense Ed., 1989, p. 67; Delfim Maya de Lucena, "Danos não Patrimoniais", Ed. Almedina, 1985, p. 63; Sérgio Severo, "Os Danos Extrapatrimoniais", Ed. Saraiva, 1996, p. 191; João Casillo, "Dano à Pessoa e sua Indenização", Ed. RT, 2ª ed., 1994, p. 83; Clayton Reis, "Avaliação do Dano Moral", Ed. Forense, 1998, pp. 82, 122 e 126). É sabido também que fixação excessiva deve ser evitada, visto que gera enriquecimento indevido do ofendido (STJ - Rec. Esp. 596.438/ AM, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 24. 5.04, p. 283).

No caso em tela, foi razoável o arbitramento da indenização em R$ 5.000,00, montante que contempla satisfatoriamente ambas as finalidades da indenização, mormente quando se tem em mente que a conta discriminada na exordial já foi desbloqueada, conforme antes mencionado. Assim, estará sendo adequadamente reparado o dano sofrido, tanto do ponto de vista compensatório, quanto do punitivo, servindo tal importância de fator dissuasório suficiente a não reiteração do procedimento ilícito pela empresa ré. Nesse ponto, portanto, ambos os recursos não comportam provimento.

Todavia, a r. sentença comporta reforma no tocante ao termo inicial dos juros moratórios, já que eles devem ser contados desde a citação e não da publicação da sentença, por ter sido contratual a origem do ilícito. Nesse ponto, portanto, o apelo dos autores comporta provimento.

No tocante aos encargos de sucumbência, por sua vez, verifico que o apelo da empresa ré não merece acolhimento, uma vez que os autores apenas sucumbiram, parcialmente, no tocante ao valor postulado na inicial a título de indenização dos danos morais. Assim, deve incidir, na espécie, o disposto na Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça e também o princípio da causalidade, de espectro mais amplo que o da mera sucumbência. Em consequência, a ré deverá mesmo arcar com a integralidade das custas e despesas processuais e com honorários advocatícios do patrono dos autores.

Em relação a este último encargo, porém, verifico que a sentença também merece reparo, pois o valor arbitrado (10% de R$ 5.000,00 = R$ 500,00) foi demasiadamente módico e avilta a atuação profissional do patrono dos autores. Cabível, assim, a majoração, arbitro tal verba em montante correspondente a 20% do valor atualizado da condenação, atualizável a partir da intimação do presente, importância que remunera condignamente o trabalho realizado pelo aludido causídico, já considerado, inclusive, o disposto no art. 85, § 11, do C.P.C.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo da ré e dou provimento em parte ao recurso dos autores, para as finalidades acima explicitadas.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1036856-94.2020.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante CLARO S/A, é apelada ANA CLAUDIA VIEIRA GASPARINI.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.463)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - APELO QUE SE RESTRINGE AOS DANOS MORAIS - POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A falha na prestação dos serviços pela ré está devidamente comprovada, acarretando dano moral compensável.

II - A quantificação da compensação derivada de dano moral deve levar em consideração o grau da culpa e a capacidade contributiva do ofensor, a extensão do dano suportado pela vítima e a sua participação no fato, de tal sorte a constituir em um valor que sirva de bálsamo para a honra ofendida e de punição ao ofensor, desestimulando-o e a terceiros a ter comportamento idêntico, não podendo ser gerador de enriquecimento sem causa, atendendo aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, motivo pelo qual deve ser reduzida para R$ 5.000,00, valor que bem serve à compensação pelo dano imaterial perpetrado.

VOTO

ANA CLAUDIA VIEIRA GASPARINI propôs ação de obrigação de

Acesso ao Sumário

fazer c/c repetição de indébito, c/c indenização por danos morais, com pedido de tutela antecipada frente à **CLARO S/A**.

A r. sentença de fls. 149/154, cujo relatório se adota, julgou procedente "*o pedido formulado na petição inicial, para determinar que a ré efetue a migração de plano da linha telefônica da autora, bem como para condená-la ao pagamento de danos materiais e morais, tudo conforme exposto na fundamentação desta sentença*". Determinou, "*com antecipação de tutela, nos termos do art. 300 do CPC, que a ré realize, desde já, a migração de plano telefônico conforme pleiteado pela autora, mesmo que eventualmente interposta apelação*". Condenou a ré, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios da parte contrária, que fixados em 20% sobre o valor da indenização arbitrada.

Inconformada, apela a ré almejando a reforma parcial da decisão, alegando, em síntese, que: a autora apelada não trouxe qualquer prova dos danos morais sofridos; a indenização foi fixada em valor elevado, sem observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; já se pacificou que meros dissabores da vida cotidiana não são fatos ensejadores da indenização por danos morais (fls. 157/174).

A requerida ofertou contrarrazões, batendo-se pelo não provimento do recurso (fls. 177/186).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso para lhe dar parcial provimento.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c repetição de indébito e danos morais, na qual a autora afirma que teve sua linha telefônica suspensa durante vários dias ao requerer a mudança de plano. Mesmo após vários contatos, e procedimentos orientados pela ré, ficou sem acesso a sua linha telefônica, o que a prejudicou.

A ação foi julgada procedente, tendo a ré ofertado recurso de apelação, que merece parcial acolhida.

Acesso ao Sumário

Indubitável ter havido prejuízo moral à autora diante da suspensão indevida de sua linha telefônica, algo essencial na vida cotidiana, que serve não só de lazer como meio de trabalho.

Portanto, é o dano puro, ou seja, o dano *in re ipsa*, a dispensar prova do prejuízo. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, entende que: *o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito independentemente da prova objetiva do abalo à honra à reputação sofrido pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento.*

A quantificação da compensação pelo dano moral, por sua vez, é relegada ao prudente arbítrio do julgador, devendo levar em consideração o grau da culpa

e a capacidade contributiva do ofensor, a extensão do dano suportado pela vítima e a sua participação no fato, de tal sorte a constituir em um valor que sirva de bálsamo para a honra ofendida e de punição ao ofensor, desestimulando-o e a terceiros a ter comportamento idêntico.

Portanto, atento a tais parâmetros e às circunstâncias do presente caso, creio que a quantia eleita em Primeira Instância (R$ 7.000,00) deve ser reduzida para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), respeitando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que deve contar o arbitramento, com atualização a contar da data da publicação da sentença, nos termos da Súmula 362 do C. STJ, mantida no mais a r. sentença ora impugnada.

Posto isto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1069430-18.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A., são apelados MAURICIO KAORU TAKARA e MAURO HIROSHI TAKARA.

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 30867)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THEODURETO CAMARGO (Presidente) e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

EMENTA. Apelação. Plano de saúde. Embargos à execução. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Descabimento. Contrato de seguro saúde. Cobrança de mensalidade decorrente da manutenção de plano de saúde durante o prazo de 60 dias de aviso prévio contratualmente previsto para rescisão contratual imotivada, com fundamento no parágrafo único, do art. 17, da RN 195/2009 da ANS. Dispositivo normativo anulado por força de decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0136265-83.2013.4.02.5101. Decisão com efeitos erga omnes. Abusividade da cláu-

Acesso ao Sumário

sula configurada. Ofensa ao CDC. Irregularidade da cobrança. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 402/407, cujo relatório se adota, que julgou procedente os embargos à execução opostos por Mauricio Kaoru Takara e outro em face de Sul América Seguro Saúde S.A., para o fim de declarar nula a cláusula que exige o aviso prévio para cancelamento dos serviços, bem como declarar inexigíveis os débitos em aberto referentes às mensalidades posteriores ao pedido de cancelamento.

A requerida apela e pugna pela reforma da sentença pelas razões de fls. 409/437.

Recurso tempestivo e respondido (fls. 442/460).

É o relatório.

Trata-se de embargos à execução opostos por Mauricio Kaoru Takara e outro em face de Sul América Seguro Saúde S.A., alegando que a requerida acatou o pedido de cancelamento do contrato de plano de saúde firmado entre elas, mas manteve a exigência do aviso prévio de 60 dias, emitindo as cobranças relativas ao período indevidamente.

A requerida, por sua vez, defende a legalidade da cobrança sob o fundamento de que ela decorre da manutenção de plano de saúde durante o prazo de 60 dias de aviso prévio contratualmente previsto para rescisão contratual imotivada, nos termos do disposto no art. 17, parágrafo único, da Resolução Normativa nº 195/2009 da ANS - Agência Nacional de Saúde.

Não assiste razão à operadora de plano de saúde.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, que dispõe: *Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*.

Acesso ao Sumário

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp. nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534 DF, 4ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. de 1.12.2003).

Inicialmente, importante observar que os contratos envolvendo planos de saúde são de trato sucessivo, renovando-se automaticamente, pelo que sujeita suas condições às modificações posteriores introduzidas por novas leis, sem que se possa alegar ofensa a ato jurídico perfeito.

O E. STJ tem decidido reiteradamente que:

"*Agravo Regimental em Agravo de Instrumento - Seguro de saúde - Contrato firmado antes da vigência da lei n. 9656/98 - Obrigação de trato sucessivo - Possibilidade de se aferir, nas renovações, a abusividade de cláusulas contratuais à luz do que dispõe a legislação consumerista - Entendimento em harmonia com a jurisprudência deste tribunal - Material essencial ao tratamento cirúrgico coberto pelo plano de saúde -Cobertura - Precedentes - Recurso improvido*" (3ª Turma, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.250.819 - PR, Relator Ministro MASSAMI UYEDA, j. 04/05/2010).

Este entendimento encontra-se sedimentado na jurisprudência desta C. Corte, através da Súmula n. 100, a qual dispõe que: *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.*

Por outro lado, o fato de ser a contratante pessoa jurídica não obsta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que a mesma figura como estipulante em benefício de seus associados.

Nesse sentido, jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

Apelação nº 1003810-11.2015.8.26.0011 - *Plano de saúde coletivo. Aplicabilidade do CDC (Súmula 469 do C. STJ), ainda que se trate a estipulante de empresa de pequeno porte. Sócios e funcionários que figuram como beneficiários do seguro, assumindo a posição de destinatários finais dos serviços contratados. Possibilidade de revisão de cláusulas contratuais que decorre do próprio sistema jurídico (arts. 478 e 480 do CC e art. 6º, V, do CDC). Relativização da 'pacta sunt servanda'. Rescisão unilateral imotivada. Abusividade manifesta. Incidência do disposto no artigo 13, inciso II, da Lei 9.656/98, aplicável, por analogia, aos contratos coletivos. A denúncia vazia promovida inopinadamente pela operadora de saúde não deve vincular o segurado. Parte hipossuficiente que não pode ser surpreendida com a abrupta ruptura da cobertura securitária. Cláusulas gerais da boa-fé e equilíbrio na relação de consumo que representam restrições à autonomia privada. Conduta da operadora de saúde que implica na concreta inutilidade do negócio protetivo. Evidenciado o desequilíbrio contratual no exercício abusivo do direito por força da desigualdade material de poder. Prestadora de serviços que confunde boa-fé com interesse próprio. Impostura evidenciada. Quebra do dever*

Acesso ao Sumário

de lealdade e violação à boa-fé objetiva e à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Cód. Civil). Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido. (7ª Câmara Direito Privado, rel. Des. RÔMOLO RUSSO, j. 03/08/2016)

Pois bem. Em 30/03/2020, por força de decisão judicial transitada em julgado, proferida nos autos da **Ação Civil Pública nº 0136265-83.2013.4.02.5101**, a ANS anulou o parágrafo único do artigo 17, da referida Resolução Normativa, que previa a necessidade de aviso prévio de 60 dias em caso de cancelamento do plano:

RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 455, DE 30 DE MARÇO DE 2020

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.

Art. 2º Esta Resolução Normativa entra em vigor na data de sua publicação. (grifei)

Registre-se que a decisão proferida na **Ação Civil Pública nº 0136265-83.2013.4.02.5101** tem aplicabilidade nacional, restando determinado, além da anulação do dispositivo, a obrigação de a ANS publicar em dois jornais de grande circulação, em quatro dias intercalados, a parte dispositiva do julgado, de modo a conferir aos consumidores o direito de informação.

No caso, observo que o pedido de cancelamento do plano de saúde foi solicitado após o trânsito em julgado do referido *decisum* (noticiado como ocorrido em outubro de 2018, como se depreende do andamento processual do AREsp nº 1323136/RJ, no STJ), ou seja, a operadora já tinha (ou ao menos deveria ter) ciência de que o dispositivo normativo não mais amparava a validade e eficácia de tal cláusula.

Portanto, não prevalece a alegação da apelante de que a disposição contratual em comento estaria embasada no parágrafo único do art. 17 da Resolução Normativa n. 195/2009, de modo que deve ser afastada a exigência do pagamento das mensalidades após a notificação do cancelamento.

Nesse sentido, recentes decisões deste **E. Tribunal de Justiça**:

Apelação Cível 1007490-28.2020.8.26.0011 - *APELAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - Ação declaratória de inexigibilidade de débito - Exigência de aviso prévio de 60 dias para se efetivar o cancelamento unilateral a pedido da segurada - Não cabimento - Artigo 17, parágrafo único da RN 195/2009 que foi invalidado em ação civil pública - ANS que já emitiu nova RN de nº 455/2020 dando efetivo cumprimento à decisão preferida na ação coletiva - Cobrança do aviso prévio afastado - Sentença manti-*

da - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Relator (a): ALEXANDRE COELHO; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/01/2021; Data de Registro: 28/01/2021)

Apelação Cível 1001860-34.2019.8.26.0396 - *Apelação. Plano de saúde coletivo empresarial. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por dano moral e sustação e/ou cancelamento de negativação. Alegação de ilegalidade de cobrança de valores fundada em cláusula contratual que fixa exigência de observância de aviso prévio de sessenta dias para a resilição unilateral. Sentença de procedência. Inconformismo da parte ré, operadora do plano de saúde. Não provimento. (...) Mesmo se superado esse argumento, impossível a incidência da restrição de resilição unilateral imotivada ao prazo de aviso prévio de sessenta dias da data da notificação formal. Regulamento normativo da entidade reguladora de saúde suplementar, no ponto (artigo 17, parágrafo único, da Resolução Normativa 195/2009 da ANS), declarado nulo por sentença proferida em ação civil pública (Processo nº 1074556-83.2019.8.26.0100, TRF-2ª Região), com abrangência e aplicabilidade em território nacional, transitada em julgado em momento anterior ao pleito apresentado pela parte autora de resilição unilateral à operadora de plano de saúde. Cláusula contratual que prevê a cobrança das mensalidades em período de aviso prévio, portanto, tornou-se ineficaz em razão da decisão judicial na ação civil pública, pois estava amparada especialmente pela disposição regulatória declarada inválida. Refutada alegação de ato jurídico perfeito ou de força obrigatória do contrato. Dano moral caracterizado in re ipsa pela inserção de nome da parte autora em cadastro restritivo de crédito, sem embasamento jurídico à cobrança. Montante indenitário fixado de modo proporcional para compensar o dano causado. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP). Recurso desprovido.* (Relator (a): PIVA RODRIGUES; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Novo Horizonte - 2ª Vara; Data do Julgamento: 01/02/2021; Data de Registro: 01/02/2021 - grifei e destaquei)

Apelação Cível 1004788-12.2020.8.26.0011 - "*PLANO DE SAÚDE. Ação declaratória de inexigibilidade de débito. Sentença de procedência, a fim de declarar inexigíveis as duas mensalidades cobradas em decorrência do aviso prévio de 60 dias para o pedido de rescisão contratual imotivada. Insurgência. Não 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 decla-*

Acesso ao Sumário

rado 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. Impossibilidade de cobrança de mensalidades referentes a períodos posteriores à solicitação de cancelamento do contrato. Precedentes. Sentença preservada. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO" (Relator (a): VIVIANI NICOLAU; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2020; Data de Registro: 15/12/2020).

Assim, ainda que o dispositivo em comento não tivesse sido anulado, a cláusula que exige o aviso prévio de 60 (sessenta) dias em caso de cancelamento do contrato se afigura abusiva e causa desequilíbrio à relação contratual.

Conforme prevê o artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável aos contratos de plano de saúde, são nulas as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada.

Na hipótese, apesar de já ter me posicionado em sentido contrário, entendo que restringir a possibilidade de o contratante cancelar a avença somente após o período de 12 meses de vigência, mediante notificação com antecedência de 60 dias, acaba por impor ao consumidor um dever de fidelidade irrestrita, restringindo, irregularmente, o direito de livre escolha.

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 (art. 252 do RITJSP).

Por derradeiro, cabe-nos majorar em 5% os honorários sucumbenciais fixados anteriormente, a serem pagos aos advogados da parte autora, totalizando o percentual de 15% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do §11 do art. 85 do CPC.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012957-11.2020.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante BK BRASIL OPERAÇÃO E ASSESSORIA A RESTAURANTES S/A, são apelados NATZAR SISTEMAS EIRELLI e NATZAR SEGURANÇA EIRELI EPP.

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 40.570)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente) e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 7 de outubro de 2021.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Prestação de serviços terceirizados de segurança. Tomadora e prestadora do serviço condenadas solidariamente em reclamação trabalhista a indenizar o Reclamante, empregado da terceirizada, pelos danos morais decorrentes de injúrias raciais proferidas pelo gerente do estabelecimento comercial, empregado da tomadora. Ação de regresso movida pela terceirizada, que pagou a integralidade do débito. Solidariedade passiva da obrigação de reparar os danos que não se aplica na relação das devedoras solidárias. Responsabilidade da tomadora, empregadora do ofensor, nos termos do art. 932, inc. III do Código Civil. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de indenização por danos materiais. O Magistrado, Doutor Lucas Borges Dias, entendeu que em apenas uma das três reclamações trabalhistas mencionadas pelas Autoras, empresas terceirizadas prestadoras do serviço de segurança, foram condenadas solidariamente com a Ré, tomadora do serviço, cabendo a elas o ressarcimento de metade do valor da condenação, nos termos do art. 283 do Código Civil, já que não houve contrato escrito disciplinando a de responsabilidade de cada parte.

Apela a Ré insistindo na responsabilidade exclusiva da empregadora pelo pagamento das verbas trabalhistas, tratando-se de risco do negócio, especialmente no caso, em que ocorreu falha na anotação das funções dos empregados na Carteira de Trabalho. Ressalta que as Autoras sequer demonstraram o pagamento das condenações.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Em julho de 2013 Natzar Sistemas EIRELI EPP e Natzar Segurança EIRELI EPP foram contratadas verbalmente por BK Brasil Operação e Assessoria a Restaurantes S/A para prestação dos serviços de controle de acesso e orientação de público nas lojas da rede "Burger King". Em julho de 2017 o negócio foi rescindido, mediante notificação extrajudicial. Em setembro de 2020 as prestadoras do serviço ajuizaram em face da tomadora esta ação de indenização por danos materiais decorrentes das condenações em três reclamações trabalhistas movidas por seus empregados, provocadas por desvio de função e pela prática de atos discriminatórios.

Em relação às Reclamações Trabalhistas nº 0021363-45.2016.5.04.0002 e 0010698-68.2017.5.15.0053, em que foi reconhecido desvio de função, Natzar celebrou acordo com os Reclamantes, dos quais BK não participou, entendendo o juízo de primeiro grau que a responsabilidade primária era mesmo da empregadora.

Na Reclamação Trabalhista nº 0020797-44.2017.5.04.0008, movida por Roberto Pacheco da Silva, Natzar e BK foram condenadas, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00, porque um gerente da BK cometeu injúria racial contra o Reclamante (fls. 47/78).

A alegação de prescrição foi bem rechaçada pelo juízo de primeiro grau, pois, aplicada a teoria da "*actio nata*", a pretensão de reembolso surge no momento do pagamento, o que ocorreu em maio de 2020, após bloqueio de numerário via sistema BacenJud (fls. 252/254).

O reconhecimento da solidariedade frente ao Reclamante não impede que, entre as Reclamadas, seja apurada a responsabilidade exclusiva de apenas uma delas. A solidariedade passiva não regula a relação entre os codevedores solidários. Como ensina Caio Mario da Silva Pereira: "*Na sua disciplina jurídica, a solidariedade passiva tem de ser encarada externa e internamente, isto é, nas relações dos devedores com o credor e nas dos devedores entre si*" (Int. de Direito Civil, vol II, p. 197).

No caso, apenas BK, a empregadora do gerente que proferiu as injúrias raciais, deveria ser responsabilizada, nos termos do art. 932, inc. III do Código Civil, não tendo a Natzar, empregadora do Reclamante, concorrido de qualquer modo para o dano. Contudo, a respeitável sentença aplicou o art. 283 do Código Civil, regra geral nas obrigações solidárias, para repartir pela metade a indenização. Como não sobreveio recurso da Autora, não é caso de modificar a sentença, sendo vedada a *reformatio in pejus*.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, com elevação dos honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela Apelante para 15% do valor atualizado da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008686-62.2020.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante NS2.COM INTERNET S.A (NETSHOES), é apelada PRISCILLA MARIA NEVES CAMPOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.551)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente), CESAR LUIZ DE ALMEIDA e SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 7 de outubro de 2021.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Bem móvel. Ação de repetição de indébito c.c. indenização por danos morais. Dano moral configurado. Demora exacerbada e descaso da requerida em solucionar o problema. Reparação que deve atender às condições econômicas da vítima, à extensão do dano e à gravidade do fato, cujo arbitramento reclama fixação proporcional à sua finalidade. Redução do quantum fixado pelo juiz singular. Impossibilidade. Ônus perdimentais devidamente fixados pelo juiz singular. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de repetição de indébito c.c. indenização por danos morais, fundada em contrato de compra e venda de bem móvel (camiseta), julgada extinta, sem resolução do mérito, no que diz respeito à restituição do valor pago; e procedente no que tange ao pedido de indenização por danos morais, pela r. sentença de fls. 100/105, cujo relatório se adota.

Inconformada, apela a requerida (fls. 107/116), pleiteando a reforma do julgado. Aduz, em breve síntese, que os danos morais não foram comprovados no feito. Subsidiariamente, pugna pela redução da quantia fixada a esse título (R$ 1.500,00). Discorre sobre os ônus perdimentais.

Recurso regularmente processado, com respostas.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, cumpre asseverar que as questões referentes à não entrega do produto e à repetição de indébito, restaram superadas pela r. sentença, capítulo contra o qual não houve interposição de recurso, restando apenas a análise de configuração ou não de dano moral indenizável.

No presente caso, a requerente propôs a presente demanda, sob fundamento de que adquiriu uma camiseta, no valor de R$ 138,89, em 03.08.2020, para presentar seu marido no dia dos pais, no entanto, até o ajuizamento da presente demanda (11.11.2020) o produto não havia sido entregue e nem a quantia foi-lhe restituída.

O magistrado singular ao fundamentar sua decisão, consignou que:

"Dessa maneira, restou incontroverso nos autos que, de fato, adquirida, em 03/08/2020, camisa para presentear o marido da parte autora, houve falha quanto à disponibilidade do produto, e que, após o pedido de cancelamento da compra, a ré apenas restituiu o valor pago à autora em 11/11/2020, após a distribuição da ação.

Resta analisar se tal fato é suficiente ou não para a caracterização de danos morais indenizáveis.

Relevante ressaltar que este magistrado comunga do entendimento de que o dano moral não é consequência imediata de qualquer tipo de prestação de serviço falho ou de mero inadimplemento contratual ou de adimplemento parcial ou imperfeito.

Porém, no caso, denota-se que o comportamento da ré revelou-se extremamente negligente e desrespeitoso com o consumidor, causando transtornos e frustrações que traspassam os limites do mero aborrecimento, pois, mesmo após inadimplir o contrato de compra e venda regularmente firmado, ao não entregar o produto adquirido pela autora, e receber a manifestação desta no sentido de que desejava cancelar a compra, assim não procedeu prontamente, não cumprindo os prazos dados extrajudicialmente, indicados nos documentos juntados com a inicial, para a realização do estorno do valor pago, fazendo com que a autora ajuizasse ação a fim de se valer do seu direito, tendo demorado mais de três meses para ter seu dinheiro de volta, merecendo sanção como forma de evitar a repetição do procedimento com outros consumidores potenciais.

A parte ré, em contestação, afirmou que '... O estorno foi realizado imediatamente pela Ré' (fls 52), porém, vê-se do documento de fls. 94 que aquele só ocorreu em 22/11/2020, ou seja, após a propositura da demanda.

Tal comportamento desidioso e desrespeitoso da ré em relação ao consumidor colide com o princípio da boa-fé objetiva, informador de toda e qualquer relação negocial.

Dessa maneira, a quebra da justa expectativa da autora, aliada ao descaso da ré em resolver a pendência no âmbito administrativo, traduz-se em dano moral, o qual é presumido (in re ipsa), não necessitando de comprovação.

Acesso ao Sumário

Assim, entendo configurados os danos morais reclamados na inicial" (*sic*).

Por óbvio, a relação entre as partes é de consumo e, nos termos do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é cabível a inversão do ônus da prova.

Casos como o dos autos, não podem ser tidos como mero aborrecimento, já que, conforme se depreende da situação fática, a consumidora passou por um verdadeiro desgaste para ter sua situação resolvida, o que não teve fim nem por força do ajuizamento da presente demanda. O tempo perdido pela autora diante da negligência, informações lacônicas e descaso da ré é mais que suficiente para configurar o dano moral.

Houve uma frustação legítima nas expectativas da demandante, em face do descumprimento dos deveres de adequada informação, cooperação, lealdade e comprometimento. Além, repita-se, do total descaso com que a requerida tratou a questão, deixando de solucionar em tempo razoável a pendenga.

Cabe registrar, aliás, o pensamento que tem prevalecido nesta Câmara, reiteradamente afirmado pelo eminente Desembargador Celso Pimentel, com espeque em jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça: **"A propósito, dano moral, exatamente porque moral, não se demonstra nem se comprova. Afere-se segundo o senso comum do homem médio. Resulta por si mesmo da ação ou omissão culposa, in re ipsa, porque se traduz em dor física ou psicológica, em constrangimento, em sentimento de reprovação, em lesão e em ofensa ao conceito social, à honra, à dignidade"** (Conforme, dentre outras, Apelações com Revisão nºs 753168-0/5; 770122-0/0; 710501-0/6; 729482-0/5).

Resta analisar somente o valor da indenização.

Levando-se, portanto, em conta todos estes fatores e em particular a situação socioeconômica das partes, a natureza e extensão do dano e o grau de culpa do ofensor, entendo que a quantia fixada pelo juiz singular (R$ 1.500,00) se apresenta criteriosa, inclusive para evitar a repetição do comportamento negligente da requerida, sem representar enriquecimento sem causa ou indevido à demandante.

Por fim, tem-se que os ônus perdimentais foram devidamente fixados pelo magistrado monocrático. Assim, considerando o trabalho adicional desenvolvido nesta fase recursal pelo advogado da parte vencedora, os honorários sucumbenciais fixados na sentença ficam majorados R$ 1.000,00 para R$ 1.500,00, nos termos do art. 85, § 11, do Estatuto de Ritos de 2015.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000835-67.2020.8.26.0390, da Comarca de Nova Granada, em que é apelante ROSINALDO MENDONÇA DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47612)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e ANA CATARINA STRAUCH.

São Paulo, 8 de outubro de 2021.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Ocorrência - Caracterizados dedução de pretensão contra fato incontroverso, alteração na verdade dos fatos, procedimento temerário e interposição de recurso em caráter manifestamente protelatório - Inteligência do disposto nos arts. 80 e 81 do Cód. de Proc. Civil - Aplicação das penalidades mantida - Apelação improvida.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença - proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Fabiano Rodrigues Crepaldi - que, homologando a renúncia à pretensão formulada na ação, condenou o autor ao pagamento de multa correspondente a 5% do valor da causa e indenização correspondente a 10% do valor da causa a título pena por litigância de má-fé; honorários advocatícios arbitrados em dez por cento do valor atualizado da causa.

Sustenta o apelante que não litigou de má-fé, não tendo sido indicadas as condutas que a representariam.

Ausente resposta do apelado.

Recurso, no mais, adequadamente processado.

Não houve oposição ao Julgamento Virtual.

É o relatório.

O inconformismo não vinga.

Com efeito, afirmou o apelante, na petição inicial (fls. 02), que "desco-

Acesso ao Sumário

nhece a origem e legitimidade dos apontamentos" e que "ainda que em algum momento tenha havido negócio jurídico entre as partes, daí não se pode concluir que todo e qualquer débito unilateralmente apontado seja legítimo".

Trouxe o apelado, posteriormente, cópias de instrumentos que demonstram inequívoca contratação e existência de débito vencido e não pago (fls. 80/101).

O apelante, em réplica, não impugnou objetivamente a documentação juntada e as alegações da ré, limitando-se a trazer duvidosa proposta de acordo, em que propõe à ré, mesmo em face da vasta documentação juntada em favor da legitimidade do apontamento restritivo, as seguintes condições: "**(1) Cancelamento de todos os débitos em nome do requerente; (2) Exclusão dos apontamentos de dívida junto aos cadastros de inadimplentes; (3) Excluir os dados do autor como titular da linha telefônica móvel**".

Neste contexto, asseverou o MM Juízo "a quo" (fls. 119) que "**tal qual vem ocorrendo com regularidade, em ações da espécie, tão logo a requerida apresenta os documentos comprobatórios da regularidade da negativação (fls. 80/100), o autor, representado por advogados que propõem ações em massa, se mantém silente ou, requer a extinção do feito. É o que ocorre no presente caso, situação que se amolda ao Comunicado CG 02/2017, caracterizando o uso abusivo do Poder Judiciário pelas partes e advogados no requerimento de declaração de inexistência de débito, de consignação em pagamento ou atinentes ao dever de informar.**".

Logo, nada há, pois, a se alterar na bem lançada r. sentença quanto ao reconhecimento da litigância de má-fé do apelante porque, na petição inicial, alterou a verdade dos fatos na tentativa de utilizar-se do processo para fins ilícitos (enriquecimento indevido), abusando do direito de demandar e procedendo de modo temerário, requisitos todos mencionados no art. 80 do Cód. de Proc. Civil.

Adequada, pois, a pena de multa que lhe foi imposta.

Em conclusão, nada há alterar no que foi decidido.

Feitas essas considerações, mantem-se a r. sentença tanto pelos seus próprios fundamentos (art. 252 do Regimento Interno deste C. Tribunal de Justiça: "**nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la**") como, ainda, pelos aqui adicionados.

Ante o exposto, nega-se provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001417-09.2021.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A., é apelado CARLOS ALBERTO SANTOS SOUSA SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA.

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 23.818)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE e ENÉAS COSTA GARCIA.

São Paulo, 8 de outubro de 2021.

ALEXANDRE MARCONDES, Relator

Ementa: Seguro saúde. Ação de obrigação de fazer c.c. repetição de indébito. Sentença de parcial procedência. Irresignação da ré. Insurgência da autora contra os reajustes anuais incidentes sobre o contrato coletivo de seguro saúde. Reajustes que não são, por si só, abusivos ou ilegais. Ré que, entretanto, não demonstrou atuarialmente a regularidade dos reajustes praticados. Contrato que conta com apenas 4 beneficiários. Falsa coletivização. Confirmação do expurgo dos índices de reajustes praticados e sua substituição pelos percentuais aprovados pela ANS para os contratos individuais/familiares. Precedentes desta Câmara e do STJ. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 294/299, de relatório adotado, ***julgou parcialmente procedente*** ação de obrigação de fazer cumulada com repetição de indébito movida por **Carlos Alberto Santos Sousa Sociedade Individual de Advocacia** em face de **Sul América Companhia de Seguro Saúde**, para (i) declarar a abusividade dos reajustes de 16,34%, 14,86% e 12,88% aplicados pela ré em dezembro de 2018, dezembro de 2019 e dezembro de 2020, respectivamente, substituindo-os pelos reajustes aprovados pela ANS para os contratos individuais/familiares; (ii) condenar a ré a restituir os valores pagos a maior pela autora, em razão da aplicação dos reajustes considerados abusivos, corrigidos

monetariamente desde os desembolsos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação; e (iii) condenar a ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios de 15% do valor da condenação.

Recorre a ré, sustentando, em breve síntese, que os reajustes aplicados ao contrato da autora são válidos e legais, ressaltando sua natureza coletiva e a não sujeição aos percentuais aprovados anualmente pela ANS. Afirma que os percentuais impugnados decorrem de cláusula clara, visível e inteligível, com a qual a autora anuiu sem coação ou qualquer vício de consentimento, bem como que apenas reajustes anuais e por mudança de faixa etária incidiram sobre o contrato *sub judice*. Insurge-se, ademais, contra o pedido de devolução de valores à autora, requerendo seja declarada a improcedência da ação (fls. 309/326).

Contrarrazões a fls. 333/341.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

A autora é beneficiária de *seguro saúde coletivo* contratado com a ré (fls. 30/31 e 35/43), tendo movido esta ação para expurgar os reajustes anuais incidentes sobre o respectivo contrato desde dezembro de 2018, limitando-os àqueles aprovados anualmente pela ANS para os contratos individuais/familiares, bem como para obter o ressarcimento das quantias pagas a maior (fls. 19/20).

Julgada antecipadamente a ação, concluiu a MM. Juíza de Direito *a quo* pela ausência de demonstração da regularidade dos percentuais impugnados pela autora, condenando a ré nos termos acima relatados (fls. 294/299).

A r. sentença deve ser preservada.

Em primeiro lugar, cumpre registrar que os reajustes por sinistralidade e/ou variação dos custos médico-hospitalares (cf. cláusula 25 - fl. 212) não são, por si só, abusivos ou ilegais. Nesse sentido o Eg. Superior Tribunal de Justiça consolidou o seguinte entendimento: "É possível o aumento da mensalidade do seguro coletivo por variação de custos ou aumento na sinistralidade" **(AgInt no AREsp** nº 1.116.850/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. 21/08/2018).

Daí porque não é o caso de declarar a nulidade de quaisquer cláusulas inseridas no contrato (o que, anote-se, não foi feito pela MM. Juíza de Direito *a quo*).

Entretanto, a confirmação da validade dos percentuais efetivamente aplicados ao seguro da autora realmente dependia de justificação idônea, fundada em cálculos atuariais *claros* e *precisos*, que simplesmente não foram apresentados.

Esse entendimento é pacífico nesta C. Câmara:

"*SEGURO SAÚDE - Contrato coletivo por adesão - Reajuste por sinis-*

Acesso ao Sumário

tralidade e por VCMH - Validade das cláusulas contratuais de reajuste - Inaplicabilidade de aumentos inidôneos e aleatórios, todavia - Ausência de demonstração do déficit na carteira do grupo e, portanto, da necessidade de majoração da mensalidade nos patamares efetivados - Hipótese de incidência dos índices autorizados pela ANS - Restituição de valores eventualmente pagos a maior determinada - Sentença mantida - Recurso desprovido." (**Apelação Cível nº 1010105-25.2019.8.26.0011, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 02/08/2021**).

"*Apelação Cível. Plano de saúde - Controvérsia a respeito da legalidade dos reajustes por sinistralidade e por variação de custo médico-hospitalar (VCMH) - Sentença de procedência parcial - Apelo da ré - Inexistência de abusividade na cláusula contratual que permite reajuste por sinistralidade e por VCMH - Ausência, entretanto, de demonstração dos fatores que levaram aos índices aplicados na apólice - Operadora que não depositou o valor dos honorários periciais, sendo declarada preclusa a prova pericial - Operadora que não cumpriu o ônus que lhe incumbia - Abusividade configurada - Substituição pelos índices de reajustes anuais aprovados pela ANS para planos individuais e familiares para o mesmo período - Devolução dos valores pagos a maior de forma simples, observado o prazo prescricional trienal. Nega-se provimento ao recurso.*" (**Apelação Cível nº 1012576-38.2019.8.26.0100, Rel. Des. Christine Santini, j. 11/06/2021**).

Assim também é a jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça: "*Não obstante ser idôneo o reajuste de mensalidade do contrato de plano de saúde coletivo, é assegurada a verificação de abuso do reajuste caso a caso*" (**AgInt no AREsp 1296459/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 23/10/2018**). E em linha semelhante: **AgInt no AREsp 1283521/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21/08/2018.**

No caso em exame a ré se limitou a defender genericamente a incidência dos reajustes, mas sem fornecer elementos que respaldassem atuarialmente os percentuais impugnados na ação.

Veja-se que apenas dois documentos foram apresentados com a contestação: o próprio contrato de seguro (fls. 183/271) e uma planilha unilateral que pouco (ou nada) esclarece sobre a matéria (fls. 272/273). E mesmo assim, a ré renunciou à instrução processual e sequer pleiteou a produção de provas adicionais (fl. 292).

Acesso ao Sumário

A solução de limitar os reajustes anuais aos percentuais aprovados pela ANS, ademais, está respaldada também pelo fato do seguro *sub judice* contar com apenas 4 (quatro) beneficiários (fls. 30/31), o que caracteriza a chamada *falsa coletivização* e atrai a incidência excepcional do regramento dos contratos individuais e/ou familiares.

Nessa linha, precedentes desta C. Câmara:

"*Plano de saúde. Contrato coletivo que beneficia apenas pequeno grupo familiar. Falsa coletivização. Reajustes por variação de custos e aumento de sinistralidade. Inaplicabilidade. Incidência do regime jurídico dos planos de saúde individuais e familiares. Substituição pelos índices autorizados pela ANS. Precedentes. Restituição da diferença a maior devida. Observada a prescrição trienal somente em relação ressarcimento de valores. Aumentos ocorridos há mais de três anos que refletem até os dias atuais. Honorários sucumbenciais que devem observar o valor da condenação. Recurso provido em parte.*" (**Apelação Cível nº 1074280-86.2018.8.26.0100, Rel. Des. Augusto Rezende, j. 24/08/2021**).

"*Apelação Cível. Plano de saúde - Ação revisional de contrato cumulada com repetição de indébito - Sentença de improcedência - Apela da autora - Controvérsia acerca da legalidade do reajuste por sinistralidade - Decisão proferida em ação revisional ajuizada anteriormente que afastou a modalidade coletiva do contrato firmado, em razão da 'falsa coletivização', e determinou a incidência do regime jurídico aplicável aos planos de saúde individual e familiar - Dever da operadora de cumprir a decisão proferida em processe já findo - Inaplicabilidade do reajuste por sinistralidade e por variação de custo médico-hospitalar (VCMH) na hipótese - Abusividade verificada - Incidência tão-somente dos índices anuais estabelecidos pela ANS - Sentença reformada para o fim de obrigar a ré a substituir os reajustes por sinistralidade aplicados pelos reajustes fixados pela ANS para os contratos individuais e familiares, bem como a restituir os valores pagos a maior. Dá-se provimento ao recurso.*" (**Apelação Cível nº 1022219-83.2020.8.26.0100, Rel. Des. Christine Santini, j. 19/07/2021**).

Mantida a r. sentença e desprovido o recurso, com fundamento no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, eleva-se a verba honorária devida pela ré para 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000587-13.2019.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que é apelante ASSOCIACAO DOS AMIGOS DE GUARATUBA, é apelado EDSON CAVALLARI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2021/37563)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA (Presidente sem voto), LUIS MARIO GALBETTI e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 8 de outubro de 2021.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL - Abuso de direito - Réu que, alegadamente, ajuíza ações desnecessárias contra a associação de moradores - Improcedência - Insurgência da autora - Descabimento - Inexistência de abusividade - Legítimo direito do réu de ajuizar demandas contra a associação que administra o loteamento - Réu que ajuizou apenas três ações em novembro de 2017 - Honorários advocatícios contratuais - Indenização pelos gastos com contratação de advogado que se restringe às hipóteses de inadimplemento de obrigação, previstas nos arts. 389, 395 e 404, do Código Civil, e que se referem a diligências extrajudiciais - Entendimento que vem se firmando no STJ - Hipótese diversa - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação, tirada contra a sentença de fls. 224/232 que julgou improcedente a ação de indenização por dano moral e material, movida por ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS DE GUARATUBA em desfavor de EDSON CAVALLARI.

Apela a autora (fls. 299/313), pedindo a reforma do julgado. Em suas razões, aduz que o réu abusou do direito de ajuizar ações e que por isso deve indenizá-la. Anota que o apelado sempre pede os benefícios da assistência judiciária. Afirma que todas as ações por ele movidas foram julgadas improcedentes. Diz que o excesso de demandas prejudica sua imagem e que precisa contratar advogados para defender-se. Argumenta que é legítima a pretensão de ressarcimento das despesas que precisou arcar com advogados e defende o cabimento do dano moral.

Preparo (fls. 314/315).

Dada a oportunidade de contrariedade (fls. 316), o recurso foi contrarrazoado (fls. 322/325).

Este processo chegou ao TJ em 27/08/2021, sendo a mim distribuído em

Acesso ao Sumário

08/09/2021, com conclusão em 08/09/2021 (fls. 334).

Caso estudado e voto concluído em 14/09/2021.

É o relatório.

Admito o recurso porque tempestivo.

O recurso não prospera.

É legítimo o direito do réu de ajuizar demandas contra a associação que administra o loteamento, em atenção ao princípio do Acesso à Justiça.

Foram apenas três processos ajuizados pelo ora réu contra a ora autora (1002524-29, 1002523-44 e 1002526-96) e todos distribuídos em novembro de 2017. Dois deles (exibições de documentos), segundo cópias apresentadas com a petição inicial, foram julgados improcedentes ou extintos sem julgamento de mérito na primeira instância (fls. 22/27 e 29/31). Cada qual tinha seu objeto. E só num deles o autor foi beneficiado pela assistência judiciária (fls. 29/31).

Em nenhuma das duas sentenças transcritas para este processo houve menção a qualquer abusividade do autor, ora réu apelado. Não houve condenação por litigância de má-fé.

Portanto, não houve abuso de direito por parte do réu e é natural e esperável que uma associação de moradores contrate advogados para defender-se de eventuais ações e demandas.

Assim, não há que se falar em danos morais.

Com relação ao pedido de ressarcimento pelos honorários advocatícios contratuais, importante fazer um breve histórico do meu entendimento. Posicionei-me, inicialmente, pela impossibilidade de se condenar o vencido, a título de danos materiais, ao pagamento, em favor do vencedor, dos honorários contratados por este junto a seu advogado. O fiz em voto divergente proferido na Apelação nº 990.10.297766-8, julgada em 17/11/2010.

Posteriormente, adotei o entendimento majoritário desta Câmara de que seria devida indenização pelos danos materiais decorrentes da contratação de advogado, com base no princípio da reparação integral, bem exposto em voto da lavra da Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 1134725/MG que cito, nos acórdãos de minha relatoria em que enfrentei o tema (Apelações nºs 0100750-73.2013.8.26.0562, 4000265-60.2012.8.26.0309, 0010020-84.2013.8.26.0005 e 9100873-74.2008.8.26.0000).

Contudo, em recentes julgados, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela impossibilidade do reconhecimento do direito à indenização ora debatida, inclusive com a revisão do posicionamento da Ministra Nancy Andrighi (Ação Rescisória nº 4.721, julgada em 26/11/2014, e EREsp nº 1.155.527/MG, julgado em 13/06/2012), e com o qual volto a coadunar, por estar convencido do acerto desta posição, após avaliação que agora se pode

Acesso ao Sumário

fazer, com o amadurecimento das reflexões acerca dos casos que me vem se apresentando, sempre à luz do Código Reale.

Como bem pontuado pela Ministra Nancy Andrighi, em voto vista proferido no EREsp nº 1.155.527/MG, se vigente a tese da reparação integral antes adotada e considerada a reciprocidade de direitos, na hipótese de uma demanda em que o requerido saísse vencedor, o autor, ao lhe pagar os honorários advocatícios contratados entre aquele e seu advogado, o estaria indenizando não por ato ilícito que tenha cometido, mas em razão do seu exercício do direito constitucional de ação. Esta justificativa, contudo, não é admissível para imposição desse ônus reparatório.

> "*A despeito disso, vislumbro motivo diverso a justificar a revisão do meu posicionamento, qual seja, a contrapartida que será gerada pelo reconhecimento do direito ao reembolso dos honorários contratuais. Com efeito, ao admitir que o autor deve ser indenizado pelo réu do que aquele gastou com seu patrono, haveremos, por simetria, de reconhecer também o direito do réu - em caso de total improcedência dos pedidos - de ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais que tiver pago. Nessa hipótese, a alegação feita no voto condutor - inexistência de ato ilícito gerador de dano indenizável - procede e ganha pertinência. Melhor explicando, muito embora tenhamos, por reciprocidade, de reconhecer o direito do réu de, resultando vencedor na ação (improcedência total dos pedidos), ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais pagos ao seu advogado, não terá o autor praticado nenhum ato ilícito capaz de dar ensejo a esse dever de indenizar. Na realidade, terá apenas exercido o seu direito de ação, constitucionalmente garantido (sendo certo que, no particular, não se está a cogitar das situações em que há abuso desse direito, com o ajuizamento de ações temerárias). Diante disso, a rigor não há como justificar o dever de indenizar do autor.*"

Observe-se que, na hipótese, a apelante pleiteia o ressarcimento dos honorários advocatícios contratados, com base no princípio da restituição integral.

Novamente, cumpre mencionar as razões expendidas pela Ministra Nancy Andrighi, no voto vista do referido EREsp nº 1.155.527/MG:

> "***Note-se, por oportuno, que a indenizabilidade dos honorários advocatícios, da forma como prevista nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, vem inserida no contexto do inadimplemento de uma obrigação, ou seja, pressupõe a prática de um ato ilícito. Feita essa constatação, conclui-se que, à luz dos mencionados dispositivos legais, são inexigíveis os honorários contratuais pagos em virtude do exercício, pela parte contrária, de um direito legítimo (de ação)***. *Dessarte, não obstante as considerações por mim tecidas no julgamento do REsp 1.027.797/MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 23.02.2011, penso que a expressão 'honorários de advogado', utilizada nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, deve ser interpretada de forma a excluir os hono-*

Acesso ao Sumário

rários contratuais relativos à atuação em juízo, já que ***a esfera judicial possui mecanismo próprio de responsabilização daquele que, não obstante esteja no exercício legal de um direito (de ação ou de defesa), resulta vencido, obrigando-o ao pagamento dos honorários sucumbenciais.***"

A respeito de honorários advocatícios nas ações judiciais, leciona Humberto Theodoro Júnior[1] que "**...as despesas processuais compreendem as custas e todos os demais gastos efetuados com os atos do processo, como indenização de viagem, diária de testemunha e a remuneração de perito e assistentes técnicos (art. 20, § 4º). ... Despesas são todos os demais gastos feitos pelas partes na prática dos atos processuais, com exclusão dos honorários advocatícios, que receberam do Código tratamento especial (art. 20, caput)**." (grifos não originais).

Prossegue Humberto (ob. Cit., item 79, p. 87) **"V**ê-se, assim, que o Código não inclui, no conceito genérico de despesas processuais, os honorários de advogado, e deu a estes um tratamento próprio.**"**.

E mais ainda diz Humberto, na mesma obra (item, 84, mesmo capítulo e §, p. 89), *verbis*: **"Mas o Código, em matéria de sucumbência, reserva um tratamento especial para a verba advocatícia, principalmente em dois aspectos: a) ...; b) por outro lado, pouco imposta o contrato firmado entre a parte e seu advogado, ou a quantia que efetivamente lhe foi paga. O ressarcimento dos gastos advocatícios será sempre feito conforme valor fixado pelo juiz na sentença (art. 20, § 3º).**".

Certo é que não abrangeu o legislador a possibilidade de incluir, entre as despesas, os honorários contratados.

Leciona Yussef Said Cahali: **"Não são reembolsáveis a título de honorários de advogado, as despesas que a parte enfrenta em razão do ajuste com o profissional a título de honorários, para o patrocínio de sua causa *in misura superiore a quella poi ritenuta*** côngrua ***dal giudice*****"**. (*in* Honorários Advocatícios, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, p. 393).

Nessa esteira, entendo que os honorários advocatícios a serem eventualmente ressarcidos nas hipóteses estritas dos artigos 389, 395, e 404, do Código Reale, são aqueles decorrentes de diligências extrajudiciais necessárias ao caso e, para as quais, havia lacuna na lei quanto ao seu ressarcimento. Nesse tocante cito, mais uma vez, a ponderação feita pela Ministra Nancy Andrighi no voto vista do EREsp nº 1.155.527/MG a respeito da questão:

"*Vale dizer, o termo 'honorários de advogado' contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o rece-*

Acesso ao Sumário

1 "Curso de Direito Processual Civil", 42ª ed., Forense, RJ, 2005, I Vol., Cap. I, § 12, item 77, p. 85.

bimento amigável da dívida.

Sendo necessário o ingresso em juízo, fica o credor autorizado a pleitear do devedor, já na petição inicial, indenização por esses honorários contratuais - pagos ao advogado para negociação e cobrança extrajudicial do débito - mas, pelos motivos acima expostos, não terá direito ao reembolso da verba honorária paga para a adoção das medidas judiciais.

Com isso, penso que ficam equacionados os direitos do credor e do devedor, do autor e do réu, compatibilizando-os não apenas às disposições do CC/02, mas também à coexistência, admitida por nosso ordenamento jurídico, de honorários advocatícios de naturezas distintas, contratuais e sucumbenciais."

Portanto, fundamento algum há para acolher a pretensão da apelante ao ressarcimento pelos honorários advocatícios contratados entre ela e seus patronos.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Em razão do resultado final do julgamento da ação, mantenho a distribuição dos ônus sucumbenciais fixados na sentença e arbitro os honorários advocatícios recursais devidos pela requerente em 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1060915-94.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA., é apelada TAMIRES MARQUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO PROVIDO. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.984)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Presidente), LUÍS ROBERTO REUTER TORRO e ALFREDO ATTIÉ.

São Paulo, 1º de outubro de 2021.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBI-

LIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR MORAL. Prestação de serviços. Telefonia. Cobrança indevida. Inclusão do nome da autora em plataforma de renegociação de débitos "Serasa Limpa Nome". SENTENÇA de parcial procedência. APELAÇÃO só da ré, que pugna pela exclusão da indenização moral, com pedido subsidiário de redução do "quantum" indenizatório arbitrado. EXAME: Serviço "Serasa Limpa Nome" que não se constitui de cadastro público negativo de dados acessível a terceiros, mas de mera plataforma da Internet que interliga credores e devedores, auxiliando a negociação de dívidas pendentes. Ausência de restrição nos cadastros negativos dos órgãos de proteção ao crédito. Ocorrência de aborrecimento, transtorno ou percalço do cotidiano, sem concretização de abalo psicológico apto a ensejar o dever de indenizar. Caso que comporta a aplicação da sucumbência recíproca. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "***Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débitos c.c. Indenização por Dano Moral***" ajuizada por Tamires Marques da Silva contra Sky Brasil Serviços Ltda. alegando "*in verbis*" que "*a) adquiriu há alguns anos o serviço de tv por assinatura SKY B FIT 2015 sob o nº 171776231 com a ré; b) foi surpreendida com o SCORE EXPERIAN baixo em razão de uma dívida atrasada em se nome concernente a uma fatura do ano de 2015; c) embora tenha realizado o pagamento da dívida em 15.10.2020, a requerida não excluiu o apontamento de seu nome; c) sofreu abalo moral. Por tais razões, requer a concessão de tutela antecipada para suspender a cobrança e excluir seu nome dos cadastros de inadimplentes. Além disso, pleiteou a declaração de inexigibilidade do débito e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais*" ("*sic*", fl. 123).

O MM. Juiz "*a quo*" proferiu a r. sentença apelada, decidindo "*in verbis*": "*...JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos, com fundamento no art. 487, I, do CPC, para: a) declarar a inexigibilidade do débito apontado na petição inicial; b) excluir definitivamente o nome da autora dos cadastros de inadimplentes, confirmando a antecipação de tutela concedida; c) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$7.000,00*

Acesso ao Sumário

(sete mil reais), quantia que será atualizada desde a sentença (Súmula 362 do STJ) e acrescida de juros de mora de 1% a contar do apontamento indevido (Súmula 54 do STJ). Vencida a ré (adotada a orientação da Súmula 326 do STJ, não cancelada pelo novo Código de Processo Civil), arcará com o pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados estes em 10% do valor da condenação." ("*sic*", fls. 123/126).

Inconformada, apela a ré pugnando pela exclusão da indenização moral, com pedido subsidiário de redução do "*quantum*" indenizatório arbitrado (fls. 133/144).

Anotado o Recurso (fl. 155), a autora apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença (fls. 269/272).

É o relatório, adotado o de fl. 123.

A Apelação comporta conhecimento, porquanto observados os requisitos de admissibilidade no tocante (v. artigos 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil).

Embora o r. entendimento do MM. Juiz "*a quo*", o Recurso merece prosperar.

Com efeito, à míngua de insurgência recursal por parte da ré quanto à inexigibilidade da cobrança questionada na inicial, restou incontroversa a questão, recaindo a discussão recursal sobre o pedido de indenização moral.

No que tange a essa pretensão, cumpre observar que a ocorrência de dano moral indenizável pressupõe ofensa a direito da personalidade, que é conceituado como um direito inerente à pessoa humana e à sua dignidade, tendo sido expressamente tutelado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme os artigos 11 a 21 do Código Civil e diversos dispositivos constitucionais, especialmente o artigo 5º da Constituição Federal, podendo ainda ser implícitos, como o direito ao esquecimento e à opção sexual (v. REsp 613.374/MG e REsp 1.334.087/RJ).

A reparação do prejuízo de ato atentatório a direito de personalidade, por sua vez, exige, a rigor, comprovação efetiva do dano, especialmente no caso em exame, porque não se configura "*in re ipsa*", não sendo possível presumir o abalo moral alegado.

Acesso ao Sumário

No caso vertente, não foi demonstrada a real ofensa a direito de personalidade para justificar a pretensão indenizatória. Ao que consta, não ocorreu ato ilícito apto a ensejar o dever de indenizar, não se vislumbrando mesmo a existência de elementos caracterizadores do cogitado abalo moral. A autora sofreu mera cobrança indevida, não havendo qualquer repercussão em sua vida privada tampouco indevida restrição de crédito, mesmo porque o serviço denominado "*Serasa Limpa Nome*" não se constitui de cadastro público negativo de dados acessível a terceiros, mas de mera plataforma da Internet que interliga credores e devedores, auxiliando a negociação de dívidas pendentes (v. fls. 27/31).

Assim, forçoso reconhecer que o dissabor em questão não passou da esfera do mero aborrecimento, transtorno ou percalço do cotidiano, circunstância que impunha a rejeição da indenização moral reclamada.

Resta o acolhimento do Recurso para afastar a indenização moral, com a aplicação da sucumbência recíproca.

A propósito, eis a Jurisprudência:

1051864-20.2019.8.26.0576

Classe/Assunto: Apelação Cível/Telefonia

Relator(a): Angela Lopes

Comarca: São José do Rio Preto

Órgão julgador*: 27ª Câmara de Direito Privado*

Data do julgamento: 09/03/2021

Data de publicação: 11/03/2021

*Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TELEFONIA - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA (INEXIGIBILIDADE DA DÍVIDA) - Autor que insiste na indenização por danos morais, narrando a cobrança de dívidas prescritas no site "SERASA LIMPA NOME" - Alegação de que a dívida indevida (porque não contratada por ele) e prescrita (vencida há mais de cinco anos) é utilizada para o cálculo de seu "score", sendo o dano, no caso, "in re ipsa" - Descabimento - Nome do autor que não foi negativado - **"SERASA LIMPA NOME" que não se trata de banco público de dados, acessível a terceiros, mas de plataforma da internet que interliga credores e devedores, auxiliando a negociação de dívidas** - Adesão à plataforma que é de livre escolha do consumidor, que pode acessar o site mediante login e senha, para pesquisar eventuais dívidas e propostas para renegociação, cujos dados somente podem ser acessados por ele - **Inexistência de mácula ao nome do consumidor** - A despeito de não estar esclarecida nos autos a utilização ou não das dívidas prescritas no cálculo do "score" do apelante, necessário observar a tese fixada pelo Col. STJ, no julgamento de recurso repetitivo, no sentido de que "O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados" (Tema 710) - Nos termos do art. 14 da Lei nº 12.414/2011 as informações*

Acesso ao Sumário

de adimplemento devem respeitar o limite máximo de 15 anos (e não o prazo prescricional da dívida) - Informações de adimplemento, desde que respeitado o prazo de 15 anos, que não são consideradas excessivas ou sensíveis, não se tratando de dano "in re ipsa", nos termos do recurso repetitivo - ***Não comprovação, ademais, de que o autor teve crédito negado, em razão de "score" incorretamente calculado - Autor que sequer narra quaisquer tentativas de solução, previamente ao ajuizamento da demanda, não se aplicando a teoria do desvio produtivo do consumidor - Prejuízo imaterial inexistente*** *- Precedentes deste E. TJSP - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO.*

1084051-20.2020.8.26.0100

Classe/Assunto: Apelação Cível/Bancários

Relator(a): José Tarciso Beraldo

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 37ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 14/04/2021

Data de publicação: 14/04/2021

Ementa: DANO MORAL - Inexistência - Dívidas que, embora prescritas, não são objeto de cobrança abusiva - Registro em portal dito "limpa nome" de banco de dados de proteção ao crédito - Acesso permitido apenas ao devedor e aos credores, sem feitio de desabono - Sentença que julgou parcialmente procedente a ação mantida - Apelação improvida.

1010732-13.2020.8.26.0005

Classe/Assunto: Apelação Cível/Bancários

Relator(a): Matheus Fontes

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 30/03/2021

Data de publicação: 30/03/2021

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA - DÉBITO - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA - APLICAÇÃO DO ARTIGO 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL - COBRANÇA DA DÍVIDA EM JUÍZO OU FORA DELE VEDADA - INSCRIÇÃO DO NOME EM PLATAFORMA DE RENEGOCIAÇÃO DE DÉBITOS - "SERASA LIMPA NOME" - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - MERO ABORRECIMENTO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - RECURSO EM PARTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

Impõe-se, pois, o acolhimento do Recurso da ré para afastar a indenização moral, ficando mantida no mais a r. sentença apelada pelos próprios e jurídicos fundamentos, arcando as partes, ante a sucumbência recíproca, com o

pagamento das custas e despesas processuais na proporção de metade cada lado, arbitrada a honorária devida ao Patrono de cada parte em valor correspondente a dez por cento (10%) do valor atualizado da causa, "*ex vi*" dos artigos 85, §2º, e 86, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, observada a "*gratuidade*" concedida ao autor na Vara de origem.

Diante do exposto, dá-se provimento ao Recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001157-83.2020.8.26.0650, da Comarca de Valinhos, em que é apelante CLAUDIO BROTTO, é apelado CLUBE DE CAMPO VALINHOS.

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 32.066)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente) e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 1º de outubro de 2021.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: ASSOCIAÇÃO - Ação de cobrança de despesas associativas de imóvel - Sentença de procedência - Apelo do autor aduzindo que a associação constituída, na verdade se trata de associação de moradores e não de um clube, reclamando também dos valores fixados a título de taxas em assembleias, sem que houvesse demonstração de liquidez das despesas e contas auferidas nas cobranças - Não acolhimento - Associação civil sem fins lucrativos constituída nos termos do artigo 53 e seguintes do Código Civil, à qual o réu aderiu por livre e espontânea vontade ao adquirir um lote no condomínio em questão, auferindo os benefícios e laser proporcionados por ela - Preexistência desta ao negócio, razão pela qual não poderiam o devedor alegar desconhecimento da obrigação assumida à ela aderir - Valores das taxas não impugnados em assembleia, órgão soberano para discutir sua exação - Não

Acesso ao Sumário

demonstração, ademais, de ilegalidade ou superfaturamento - Apelo desprovido.

VOTO

1. Ao relatório constante da sentença de fls. 246/250, acrescento que esta julgou procedente ação de cobrança ajuizada pela associação autora objetivando o pagamento de despesas de manutenção de condomínio clube, local onde o réu é proprietário de um lote com edificação, para condenar este ao pagamento de R$ 8.281,21, com os acréscimos requeridos, além de outras taxas de manutenção, encargos, taxas de consumo de água e parcelas do IPTU que vierem a vencer ao longo da demanda. Em razão da sucumbência, condenou o réu ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 15% sobre o da condenação.

Inconformado, apela o réu (fls. 252/265) insistindo nas teses contestatórias, impugnando a forma como os valores das taxas a mensalidades são fixados, posto que em assembleias com poucas pessoas, não havendo clareza e liquidez nas contas que supostamente são quitadas com o valor arrecadado. Além disso, aduz que, na verdade, são comercializados lotes e não títulos de clube, por isso ilegal a cobrança, por não se tratar de associação sem fins lucrativos, devendo ser desconstituída a associação, por ser, na verdade, uma associação de moradores.

Recurso regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões (fls. 269/282).

2. Pelo que consta dos autos, a autora ajuizou a ação objetivando a cobrança de taxas de despesas de manutenção, conservação, água e IPTU do réu na qualidade de proprietário do título nº 0143, com o Título Representativo de Cota do Fundo Social nº 433/TO, representante do lote nº 006, localizado na quadra nº 009, na Alameda das Quaresmeiras, no interior do Clube de Campo Valinhos.

Afirma para tanto que o requerido se encontra inadimplentes, deixando de quitar os débitos vencidos em 10/05/2019, 10/06/2019, 20/06/2019, 10/07/2019, 10/08/2019, 10/09/2019, 10/10/2019, 10/01/2020, 24/01/2020 e 10/02/2020.

Para acolher a pretensão, entendeu o Juízo *a quo* que o réu adquiriu, em 31/07/1979, de antigo proprietário, os direitos conferidos pelo Título de Sócio Proprietário de nº 433 (fls. 189-190), possibilitando a ele o uso e gozo privativos do lote de terreno nº 6 da quadra 9, e das benesses proporcionadas pela associação autora.

No que toca à formatação jurídica do autor, entendeu não haver nenhuma irregularidade em atrelar o direito de uso do solo à aquisição de título associativo, sendo certo que em direito privado não havendo vedação legal há permissão

Acesso ao Sumário

de adoção de formas não nominadas. No que se refere à cobrança das taxas associativas, multa e IPTU proporcional, aduziu que o autor logrou demonstrar que os valores correspondentes foram aprovados em assembleias dos dirigentes da associação (fls. 40/68 e 69/109), além de as obrigações de custeio pelos Sócios estarem previstas no Estatuto Social do Clube, não podendo o réu alegar ignorância quanto aos seus termos, já que é associado ao autor há quatro décadas.

Contra esta decisão, insurge-se o réu vencido, contudo, sem razão.

Da análise dos autos, verifica-se que a controvérsia se insurge acerca da legitimidade constitutiva da associação autora, bem como dos critérios e legalidade dos valores fixados nas cobranças de taxas de manutenção que recaem sobre os sócios.

Conforme faz prova o Estatuto Social da Associação Autora (fls. 12/35) e seu Cadastro na Receita Federal (fls. 36), esta é uma Associação Civil sem fins lucrativos e de duração indeterminada (fls. 12), fundada no ano de 1955 (antes do advento da Lei de Parcelamento de Solo Urbano).

O fato de ser cobrado taxa de transferência de Títulos e outros encargos, não descaracteriza a natureza da Associação.

Consta no artigo 3º do Estatuto Social que os Associados possuem é um "Titulo Representativo de Cota do Fundo Social", ao qual está vinculado o direito de uso de um lote de terreno e não direito de propriedade.

Aliás, observe-se também nos documentos juntados às fls. 189 a 195 que, efetivamente, o que o ora Recorrente adquiriu foi um Título Representativo de Cota do Fundo Social do Clube de Campo Valinhos e não um terreno.

Além disso, ainda que a associação estivesse interligada a venda do terreno, é lícita a criação de associação de moradores (proprietários ou possuidores) para prestar serviços de manutenção e benefícios do condomínio, pois não encontra essa atividade proibição na lei.

Quanto as taxas de IPTU, são devidas pelo réu na condição de titular de um imóvel, assim como as contas de consumo de água, já que há edificação construída no lote, bem como há provas de que aquele reside no local, como já elucidado pelo juízo de Primeiro Grau em seu *decisum*.

Em relação aos valores cobrados a título de taxas, conforme aclarado pelo juízo de primeiro grau: "*Já que no se refere à cobrança das taxas associativas, multa e IPTU proporcional, o autor logrou demonstrar que os valores correspondentes foram aprovados em assembleias dos dirigentes da associação (fls. 40-68 e 69-109), além de as obrigações de custeio pelos Sócios estarem previstas no Estatuto Social do Clube, não podendo o réu alegar ignorância quanto aos seus termos, já que é associado ao autor há quatro décadas.*" (fls. 249).

Portanto, se o réu não concordou com os valores das mencionadas taxas, ele deveria tê-las impugnado no momento em que discutida sua aprovação em

Acesso ao Sumário

assembleia geral, posto que este é o órgão soberano pra esse fim.

Nesses termos, a cobrança das despesas decorrentes da associação à apelada é legítima, não havendo óbice ao direito à satisfação dos débitos existentes. Tanto isso é verdade, que desde 1979 o devedor vem contribuindo com as devidas taxas e só recentemente resolveu deixar de quita-las sem uma justificativa lícita para fazê-lo.

Assim, colocados à disposição de todos os proprietários e possuidores os serviços prestados pela autora, há a obrigação destes em contribuir com sua cota parte, evitando-se o enriquecimento sem causa.

Nesse diapasão, deve ser mantida a r. sentença proferida, por ter dado correta solução à lide.

Por força do que dispõe o artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, imponho ao apelante vencido honorários advocatícios adicionais de 5% sobre o valor fixado na condenação de Primeiro Grau.

3. Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1040536-30.2018.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ALINE CRISTINA PEDROSO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MRV MRL XVI INCORPORAÇÕES LTDA.

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 45902)**

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

São Paulo, 4 de outubro de 2021.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA EM DECORRÊNCIA DE VÍCIOS CONSTRUTIVOS EM UNIDADE AUTONÔMA - INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DO COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DA 1ª A

10ª CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, POR FORÇA DO QUANTO DISPOSTO PELO ARTIGO 5º, ITENS "I.25" E "I.28", DA RESOLUÇÃO Nº 623 DE 2013, CONFORME EXPEDIDA PELO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA E. CORTE - JULGAMENTO ANTERIOR DE AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO NO FEITO QUE NÃO GERA PREVENÇÃO EM RAZÃO DA ESPECIFICIDADE DA MATÉRIA - PRECEDENTES NESSE SENTIDO - DETERMINAÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO - RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Tratam os autos de Recurso de Apelação interposto contra R. Sentença que vem encartada fls. 583/585, pela qual foi julgada improcedente Ação Indenizatória, esta proposta por **ALINE CRISTINA PEDROSO** contra **MRV MRL XL VII INCORPORAÇÕES SPE LTDA.**, momento em que o Juízo afastou a pretensão inicialmente formulada, assim condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais a que deu causa, bem como a arcar com os Honorários Advocatícios devidos, estes por sua vez fixados em percentual equivalente a 10% do valor total da causa, ainda que observada a gratuidade de justiça que a ela foi concedida na tramitação do feito.

Inconformada com os termos constantes da R. Sentença como proferida, dela recorre a ocupante do polo ativo da relação, conforme dão conta suas razões juntadas a fls. 595/611, clamando pela reforma do posicionamento adotado em 1º Grau, pois conforme alega, o Juízo deixou de apreciar com a devida correção a questão como colocada em debate nos autos, uma vez que se mostra de rigor a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos materiais por ela apontados, haja vista que resultou plenamente comprovado que a vaga de garagem objeto de discussão apresenta área menor do que aquela pela qual efetivamente pagou, esta que vem claramente indicada em contrato celebrado entre as partes. No mais, e ressaltando o fato de que o perito nomeado, quando apresentou seu trabalho, considerou de forma equivocada que a área gramada vistoriada faz parte da vaga de garagem que lhe pertence, ainda que esteja totalmente impossibilitada de fazer uso de tal espaço, não só por estar fisicamente indisponível, como também por fazer parte da área comum do condomínio, pediu pelo acolhimento do inconformismo como apresentado a desate, assim procedendo na busca de atingir a efetiva reforma da R. Sentença como agora atacada, de sorte a ter por julgada procedente a demanda, com a natural aplicação da inversão dos ônus decorrentes da sucumbência.

Acesso ao Sumário

Processado o recurso, a seguir vieram aos autos as devidas contrarrazões (fls. 789/797), momento em que a recorrida pugnou pela integral manutenção da R. Sentença que entendeu indevidamente hostilizada, subindo então o feito a esta E. Corte, de sorte a que viesse a ser reapreciada a matéria já regularmente decidida junto ao 1º Grau de Jurisdição.

É o relatório.

O recurso como intentado não deve ser conhecido, pois conforme se extrai da análise do todo processado, pretende a autora discutir questões relativas a demanda indenizatória/compensatória, estas relativas ao vício construtivo que apresenta o imóvel que foi adquirido junto a ocupante do polo passivo da lide, agora recorrida, pretendendo, em razão disso, atingir a efetiva modificação dos limites norteadores do entendimento que foi adotado em 1º Grau de Jurisdição.

Ora, nos termos do art. 5º, itens "I.25" e "I.28", da Resolução nº 623/2013, conforme emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a competência para conhecer e julgar os recursos interpostos contra Decisões proferidas em ações de natureza semelhante a que se vê debatida nos autos, passou a ser, preferencialmente, da 1ª a 10ª Câmara de Direito Privado da Corte.

Nesse sentido:

"**Processual. Competência recursal. Agravo de instrumento. Demanda indenizatória derivada de vícios construtivos em unidade autônoma objeto de incorporação. Negócio celebrado entre as partes que não se confunde com compromisso de compra e venda,** não sendo alcançado assim pela competência comum prevista na Resolução nº 813/2019, que alterou a Resolução nº 623/2013, ambas do TJSP. Compra e venda definitiva. Matéria afeta à Primeira Subseção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça, nos termos do art. 5º, I.25, da Resolução nº 623/2013. Agravo não conhecido, com determinação de redistribuição."

(TJSP; Agravo de Instrumento 2127585-40.2019.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Salto -3ª Vara; Data do Julgamento: 18/06/2019; Data de Registro: 18/06/2019)

"**COMPETÊNCIA RECURSAL. APELAÇÃO. Ação de indenização por danos materiais e morais, julgada parcialmente procedente. Compra e venda de bem imóvel. Vício construtivo. Inexistência de discussão acerca do compromisso de venda e compra. Competência das Câmaras da Subseção I de Direito Privado (1ª a 10ª Câmaras). Inteligência do disposto no art. 5º, incisos I.25 e I.28 da Resolução nº 623/2013 deste Eg. Tribunal de Justiça (alterada pela Resolução nº 813/2019). RECURSO NÃO CONHECIDO, determinada a remessa dos autos.**"

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação Cível 1001602-92.2018.8.26.0320; Relator (a): Sergio Alfieri; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/02/2020; Data de Registro: 11/02/2020)

"**RESPONSABILIDADE CIVIL. BEM IMÓVEL. VÍCIOS CONSTRUTIVOS. COMPETÊNCIA. O objeto da demanda diz respeito a obrigação de fazer e não fazer c.c. reparação de danos decorrentes de vícios construtivos em imóvel. A competência para julgar os recursos decorrentes de ações relativas a vícios construtivos em bem imóvel, bem como a responsabilidade civil relacionada à matéria da subseção, é de uma das Câmaras da Primeira Subseção da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, nos termos do art. 5º, I.25 e I.28 da Resolução nº 623/2013 do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Precedentes. RECURSOS DO AUTOR E DA RÉ NÃO CONHECIDOS, com determinação de redistribuição.**"

(TJSP; Apelação Cível 1032831-72.2015.8.26.0224; Relator (a): Berenice Marcondes Cesar; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/09/2020; Data de Registro: 25/09/2020)

Em complemento ao quanto já indicado, de rigor acrescentar que a questão já foi objeto de apreciação pelo Grupo Especial da Seção do Direito Privado, conforme conflito de competência a seguir destacado:

"**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA (35ª Câmara de Direito Privado X 2ª Câmara de Direito Privado). Controvérsia assentada em indenizatória por vícios construtivos, não tratando de condomínio edilício. Competência, na espécie, da Primeira Subseção de Direito Privado, nos termos do disposto no art. 5º, I. 25 e I.28, Res. 623/2013. CONFLITO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.**"

(TJSP; Conflito de Competência Cível 0024904- 94.2017.8.26.0000; Relator (a): Donegá Morandini; Órgão Julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/06/2017; Data de Registro: 08/06/2017)

Diga-se também que a prevenção eventualmente provocada por conta do Agravo de Instrumento nº 2096415-50.2019.8.26.0000, anteriormente distribuído e julgado por esta 16ª Câmara de Direito Privado, que tal situação não se mostra suficiente para determinar a competência desta Turma Julgadora, pois a análise do ponto então enfrentado não deve prevalecer sobre o critério de especialização da matéria, conforme imposição ditada pelas normas desta E. Corte, sendo este, inclusive, o entendimento adotado pelo C. Órgão Especial

Acesso ao Sumário

deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que se deu quando do julgamento do Conflito de Competência nº 0334678-22.2010, nos limites em que foi relatado pelo Desembargador José Santana, nos moldes em que julgado em 06/10/2010, ocasião em que assim se definiu a questão:

"***Dúvida de competência. Execução por título extrajudicial. Competência por motivo de prevenção e competência em razão da matéria. Sendo a primeira relativa e a segunda absoluta (improrrogável), prevalece, no caso, a competência em razão da matéria que, nos termos do Prov. 63/2004 foi atribuída, no caso, ao extinto Primeiro Tribunal de Alçada e, depois, nos termos do art. 2º, inc. III, letra 'b', da Resol. 194/2004, às Colendas 11ª a 24ª Câmaras. Dúvida procedente, declarada a competência da 17ª Câmara de Direito Privado suscitada***".

Pelas razões expostas, de rigor que não se conheça do Recurso como movimentado, o que se dá com determinação de remessa dos autos a uma das Câmaras competentes, esta que apreciando a questão como recolocada em debate no feito, deverá dar por dirimida a matéria que se busca rediscutir.

Pelo exposto, é caso de não se conhecer do recurso, o que se dá com determinação, para tanto observados os exatos limites do Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029895-40.2020.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante COMPANHIA LUZ E FORÇA SANTA CRUZ, é apelada BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS.

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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29505)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 5 de outubro de 2021.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS - Prestação de serviços - Energia Elétrica - Danos a equipamentos de segurada

da autora - Sentença que julgou procedente o pedido - Pretensão de reforma. INADMISSIBILIDADE: Seguradora que paga a indenização sub-roga-se nos direitos do segurado, desde que os documentos por ela apresentados não constituam prova unilateral. Art. 349 do CC e Súmula 181 STJ. Comprovação da regular apuração do sinistro. Apresentação de relatório de regulação de sinistro, bem como o **comprovante de pagamento à segurada. Laudo Pericial atestando que os danos sofridos pela segurada ocorreram em virtude de descargas atmosféricas (raios). Danos resultantes de raios ou de qualquer outro fato da natureza estão abrangidos pelo risco da atividade da ré. Desnecessidade do pedido administrativo. Não ocorrência de cerceamento de defesa. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.**

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por CPFL Santa Cruz - Companhia Jaguari de Energia S.A. contra a r. sentença de fls. 388/392, cujo relatório se adota, que julgou procedente o pedido formulado na ação de ressarcimento de danos movida por Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros, para condenar a ré ao pagamento da importância de R$2.926,38. Em razão da sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas, das despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da condenação.

Em suas razões recursais (fls. 395/409), a ré sustenta falta de interesse de agir ante a ausência de pedido administrativo para ressarcimento de danos elétricos. Alega que restou comprovado que nas datas informadas na inicial não houve registros de ocorrência, oscilação, interrupção ou falha na prestação dos seus serviços que pudessem ocasionar danos aos consumidores segurados. Destaca que ainda que seja considerada objetiva a sua responsabilidade, faz-se necessário demonstrar o nexo causal entre a sua conduta omissiva/comissiva e os danos causados nos equipamentos. Ressalta que pelos documentos anexados pela apelada a queima dos aparelhos ocorreu em razão de forte chuva com quedas de raios, fato que exclui seu dever de indenizar. Alega que os documentos juntados pela autora são completamente unilaterais, rasos e incompletos. Discorre sobre o dever da seguradora de preservar o bem danificado para ser periciado pela apelante na ação regressiva e sobre a responsabilidade do consumidor pelas instalações internas. Pleiteia o provimento do recurso para reforma da r. sentença.

Acesso ao Sumário

A autora apresentou contrarrazões a fls.434/458.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A ausência de reclamação administrativa não implica em falta de interesse de agir e é irrelevante para que o consumidor possa reclamar seus direitos judicialmente.

Não se pode exigir do segurado que espere a finalização do procedimento burocrático para ter o seu equipamento consertado ou substituído.

Cabe ressaltar que não houve cerceamento de defesa, porque os documentos trazidos são suficientes para esclarecer os fatos e as questões de direito, sendo desnecessária a produção de quaisquer outras provas.

No caso, a seguradora autora ajuizou ação de regresso contra a companhia de energia elétrica, para ressarcimento dos alegados danos causados à sua segurada, em razão de falha na prestação de serviço de fornecimento de energia, o que teria ocasionado danos elétricos.

De acordo com o art. 786 do Código Civil, o segurador sub-roga-se nos direitos e ações que couberam ao segurado contra o autor do dano, depois do pagamento da indenização.

Por sua vez, a Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal estabelece que: "***O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro***".

Assim, considerando-se que a autora se sub-rogou nos direitos dos segurados, aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor.

O pedido de reparação de dano decorre de fato do serviço (art. 14 do CDC), de forma que a inversão do ônus da prova é cabível e resulta do § 3º do art. 14 do CDC. Em tal situação, o prestador de serviços só não responde pelos danos se provar que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Por outro lado, os danos nos equipamentos da segurada restaram demonstrados, assim como o ressarcimento pela autora. Foi juntada a apólice, informação do sinistro, laudo técnico e relatório de regulação de sinistro, bem como comprovante de pagamento da indenização à segurada (fls. 43/213 e 373).

Em despacho saneador foi deferida a produção de prova pericial (fls. 323/324).

Consta do Laudo Pericial que não foi possível realizar análise ou vistoria nos bens avariados, uma vez que não foram preservados. Ainda assim, o Laudo concluiu que os aparelhos da segurada da autora apresentaram danos compatíveis com os provocados por surtos elétricos, gerados de uma descarga atmosférica/raio (fls. 347/362)

Ressalte-se que os danos resultantes de raios ou de qualquer outro fato da

Acesso ao Sumário

natureza estão abrangidos pelo risco da atividade da ré.

É entendimento desta Colenda 18ª Câmara de Direito Privado que:

"***E nem se diga que a descarga elétrica atmosférica (raio) configuraria caso fortuito ou força maior capaz de romper o nexo de causalidade.***

Isso porque, descargas atmosféricas são previsíveis, já que se trata de acontecimento inserido no risco negocial da atividade empresarial da ré, cujos danos deveriam ser evitados com o uso de tecnologia adequada, subsistindo o dever de indenizar." (Apelação nº 1020480-64.2019.8.26.0309, Rel. Des. HELIO FARIA, j. em 16.8.2021).

Também é o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça:

"***(...) a concessionária merece ser responsabilizada ante sua conduta omissiva e negligente, porquanto a queda de um raio não é um fenômeno natural, uma vez que, na qualidade de concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica, deve adotar de medidas preventivas, como por exemplo, instalar dispositivos de segurança eficazes para controlar a oscilação na tensão da energia elétrica sobretensão ou subtensão , que pode ser causada por raio, tendo como consequência, curto circuito e eventual incêndio***" (AREsp 139147; Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 01.08.2012).

No mesmo sentido tem decidido esta Colenda Corte que:

"***Ação regressiva de ressarcimento de seguradora - Descarga elétrica com danos em equipamentos de seguradas da autora.***

(...).

Ação regressiva - Danos em equipamentos do segurado da autora por oscilação de energia elétrica - Aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil objetiva - Assunção de risco administrativo, dada à qualidade da prestadora de serviço público ré - Exegese do art. 37, §6º, da CF c.c. art. 14, do CDC - Sobrecarga na rede elétrica constitui evento previsível que não configura força maior ou caso fortuito - Risco da atividade lucrativa explorada pela concessionária ré - Precedentes - Danos suficientemente demonstrados - Nexo de causalidade comprovado - Prova do pagamento da indenização securitária produzida - Sentença mantida - Recurso negado." (Apelação nº 1002643-02.2020.8.26.0619, rel. Des. FRANCISCO GIAQUINTO, j. em 9.6.2021).

Os precedentes jurisprudenciais acima citados enfrentam questão semelhante àquela dos autos, razão pela qual ilustram o julgamento.

Assim, a r. sentença deve ser mantida.

Quanto aos honorários recursais, cabe destacar que, diante do trabalho

Acesso ao Sumário

adicional realizado em grau recursal e do desprovimento da apelação interposta pela ré, cabível a majoração de referida verba honorária.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso. Em observância ao art. 85, § 2º e 11 do CPC, ficam majorados os honorários de sucumbência devidos ao patrono da seguradora autora de 15% para 20% sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009128-97.2019.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante/apelado ALEXANDRE AUGUSTO GALGANI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante TAM LINHAS AÉREAS S/A e Apelada IBÉRIA LINEAS AEREAS DE ESPANA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso do autor provido em parte e recurso da ré improvido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45716)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente) e REBELLO PINHO.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

CORREIA LIMA, Relator

Ementa: GRATUIDADE DA JUSTIÇA - Revogação do benefício - Situação não configurada de carência de meios - Condição de necessitado incompatível com a figura do postulante - Artigos 5º, LXXIV, da CF, 98, caput e 99, § 2º, do CPC de 2015 - Revogação mantida - Recurso improvido.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Transporte aéreo nacional - Extravio temporário de bagagem que alegadamente ocasionou o desempenho insatisfatório do autor em campeonato esportivo paraolímpico - Pretensão de indenização pelos prejuízos com as viagens, ligações telefônicas, combustível, pedágios e honorários de advogado consumidos para solucionar o infortúnio que o extravio de bagagens ocasionou - Descabimento diante da ausência de discriminação e prova

Acesso ao Sumário

da correlação entre os gastos e o infortúnio - Honorários contratuais de advogado que não integram perdas e danos do demandante - Pedido de indenização por lucros cessantes improcedente - Ausência de nexo de causalidade entre os quatro dias de extravio do equipamento esportivo do demandante e o suposto prejuízo financeiro sofrido concernente à classificação alegadamente insatisfatória no torneio esportivo - Dano moral bem configurado diante da angústia, constrangimento, transtorno, desgosto e frustração do autor de não ter à disposição seus pertences ao desembarcar - Arbitramento da indenização correspondente que deve ser realizado segundo o critério da prudência e razoabilidade - Majoração da indenização de R$30.000,00 para R$40.000,00 - Recurso do autor provido em parte e recurso da corré improvido.

VOTO

1. Trata-se de ação de indenização por dano material e moral (extravio de bagagens em voo com destino a Zagreb-Croácia e escala em Madrid-Espanha, situação que alegadamente ocasionou o desempenho insatisfatório do autor em campeonato esportivo paraolímpico, fls. 01/39, 46/73 e 76/82) intentada por Alexandre Augusto Calgabu em face de Tam Linhas Aéreas S.A. e Iberia Lineas Aéreas de Espana S.A., julgada procedente em parte pela r. sentença de fls. 420/433, declarada a fls. 443, de relatório a este integrado, que revogou a gratuidade da justiça concedida ao demandante e condenou as rés solidariamente ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$30.000,00. Em razão da sucumbência recíproca, o autor restou incumbido de arcar com 60% das custas e despesas processuais bem como com os honorários advocatícios arbitrados em "10% do valor da diferença entre o valor da sucumbência, ou seja, R$ 440.697,25 e o da condenação" (fls. 443), devendo as rés arcarem com os 40% restantes das custas e despesas do processo mais os honorários advocatícios do ex adverso arbitrados em 10% do valor da condenação.

Apelou o autor em busca da reforma aduzindo, em resumo, que (1) conquanto o valor de sua "bolsa atleta" seja de R$7.000,00, tem gastos extraordinários em razão de sua deficiência física, tais como fisioterapia quatro vezes por semana "para progredir em relação a alguns movimentos, medicamentos controlados, convênio médico diferenciado e aparelhos como cadeiras de rodas, que necessitam ser trocadas anualmente e custam em média R$25.115,00" (fls. 453) e cadeira de rodas específica para tomar banho, que também demanda troca anual, no valor médio de R$3.609,60, (2) além de todas as despesas expostas,

Acesso ao Sumário

o apelante ainda possui "contas referentes ao aluguel (fls. 329), pensão alimentícia de seu filho de um 1 ano e 4 meses (conforme certidão de nascimento a fls. 319), telefone (fls. 333 e 339), internet (fls. 336), combustível (fls. 321) e tratamentos psicológicos e neuro feedback com 08 (oito) sessões, no valor de R$1.200,00 no mês de maio (fls. 345), R$1.200,00 no mês de junho (fls. 346) e R$1.350,00 no mês de julho (fls. 347)" (fls. 454), (3) tem custo de vida muito mais elevado que um "cidadão comum", motivo pelo qual faz jus à manutenção da gratuidade da justiça que lhe foi concedida, (4) é atleta paraolímpico de tiro esportivo e custeou às próprias expensas sua viagem para a Croácia para participar da Copa do Mundo da modalidade, (5) houve o extravio de suas duas bagagens nas quais guardava todo o seu equipamento de competição (duas carabinas), (6) não conseguiu participar dos treinos do campeonato por falta do equipamento extraviado, (7) a localização tardia de suas duas bagagens (quatro dias de extravio) causou ao demandante prejuízo psicológico significativo e o impediu de realizar os treinos oficiais antes da competição, tanto é que obteve a 10ª posição no campeonato "sendo que precisaria estar em 8º lugar no mínimo para conseguir 'Bolsa Atleta Pódio'" (fls. 457) equivalente ao valor mensal de R$15.000,00, (8) a Constituição Federal e o Código do Consumidor garantem a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais e (9) o pedido inicial deve ser julgado integralmente procedente para condenar as rés ao pagamento de R$200.000,00, cada uma, a título de indenização por dano moral, totalizando R$400.000,00 ou em outro "patamar não inferior a R$100.000,00" bem como ao ressarcimento dos prejuízos materiais suportados pelo demandante "com as viagens realizadas, ligações, honorários de advogados, mensalidades do bolsa atleta que o autor deixou de ganhar com a sua colocação fora do pódio (...) na importância de R$370.697,25" (fls. 445/479).

A corré Tam Linhas Aéreas S.A. também apelou alegando, em síntese, que (1) o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável à hipótese examinada, (2) não se encontram presentes os pressupostos da responsabilidade civil, (3) "as bagagens ficaram retidas e perdidas pelas Autoridades Aeroportuárias de Madrid-Espanha, não tendo esta Companhia Aérea nenhuma ingerência sobre tal procedimento" (fls. 490), (4) as bagagens foram restituídas a tempo do demandante participar do torneio descrito na prefacial, (5) não há dano moral a ser indenizado e (6) o quantum indenizatório deve ser reduzido (fls. 480/499).

Acesso ao Sumário

As insurgências são tempestivas, ambas foram respondidas e apenas a da companhia aérea corré veio acompanhada do preparo (fls. 500/501) em razão do demandante postular pela manutenção da gratuidade da justiça.

É o relatório.

2. O recurso do autor comporta provimento em parte e o da companhia aérea improcede.

3. De acordo com as disposições do Código de Processo Civil (art. 98 e seguintes) e o parâmetro constitucional estatuído (art. 5º, LXXIV), a gratuidade da justiça não se destina a agraciamento incondicionado a toda pessoa física ou espólio.

Efetivamente, a disposição de regência não estabeleceu a presunção de pobreza como absoluta, mas apenas relativa (art. 99, § 3º) e não obstou, em muitas situações, o indeferimento de pretensão da espécie (art. 99, § 2º), a indicar que a relatividade da presunção de necessitado opera tanto em relação à parte adversa como em face do Julgador, que não é nem pode se comportar como um mero espectador inerte e sempre crédulo no processo civil moderno.

Consignem-se os comentários de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, em que observam:

"Dúvida fundada quanto à pobreza. O juiz da causa, valendo-se de critérios objetivos, pode entender que a natureza da ação movida pelo interessado demonstra que ele possui porte econômico para suportar as despesas do processo. A declaração pura e simples do interessado, conquanto seja o único entrave burocrático que se exige para liberar o magistrado para decidir em favor do peticionário, não é prova inequívoca daquilo que ele afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos 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. Cabe ao magistrado, livremente, fazer juízo de valor acerca do termo pobreza, deferindo ou não o benefício." (CPC Comentado. 11ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. RT, 2010. Comentário nº 2 ao artigo 4º da Lei nº 1.060/50, pág. 1.562).

Consentâneo com essa postura o próprio texto da Carta Magna de 1988 dispôs que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV).

No caso em análise, o demandante afirma que tem gastos extraordinários em razão de sua deficiência física, tais como fisioterapia quatro vezes por semana, medicamentos controlados, convênio médico e aparelhos como cadeiras de rodas, que necessitam ser trocadas anualmente e custam em média R$25.115,00 (fls. 453) e cadeira de rodas específica para tomar banho, que também demanda troca anual, no valor médio de R$3.609,60.

Nesse tocante, os comprovantes de pagamento trasladados a fls. 558/643 não demonstraram nenhum gasto equivalente à alegada troca anual de cadeira de rodas que alegadamente custa, em média, R$25.115,00.

Aliás, foram anexados diversos comprovantes de pagamento que, em sua grande maioria, pouco esclarecem sobre qual tipo de bem ou serviço estava sendo pago na oportunidade. Veja-se, por exemplo, o comprovante de fls. 625, que atesta tão somente o pagamento de R$58,80, sendo desconhecida a origem

Acesso ao Sumário

do gasto em questão.

Lado outro, gastos com mensalidade de celular (R$110,02, fls. 626), tv por assinatura/internet (R$163,87, fls. 626) e outros bens, produtos ou serviços do mesmo gênero atestam, por um lado, as despesas rotineiras do postulante da gratuidade da justiça mas, por outro, também comprovam a existência de capacidade patrimonial suficiente para custear padrão de vida incompatível com a alegada pobreza na acepção jurídica do termo.

Ato contínuo, o autor também afirma que possui "contas referentes ao aluguel (fls. 329), pensão alimentícia de seu filho de um 1 ano e 4 meses (conforme certidão de nascimento a fls. 319), telefone (fls. 333 e 339), internet (fls. 336), combustível (fls. 321) e tratamentos psicológicos e neuro feedback com 08 (oito) sessões, no valor de R$1.200,00 no mês de maio (fls. 345), R$1.200,00 no mês de junho (fls. 346) e R$1.350,00 no mês de julho (fls. 347)" (fls. 454) bem como que tem custo de vida muito mais elevado que um "cidadão comum".

Em contrapartida, a declaração de imposto de renda copiada a fls. 644/653 não comprova nenhum pagamento feito a título de pensão alimentícia. Consta um único pagamento realizado a título de plano de saúde no valor anual de R$3.956,62, equivalente a uma mensalidade de R$329,71.

Referido documento também atesta que o autor auferiu "rendimentos isentos e não tributáveis" em 2020 no valor de R$129.000,00, o que equivale à percepção mensal de R$10.750,00 bem como que possui bens e direitos no valor de R$124.531,15 (imóvel de R$49.195,58, automóvel de R$46.790,10 e "bem ou direito pertencente ao titular" disponível na Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil S.A. nos valores respectivos de R$23.563,69 e R$4.981,78).

Ora, quem é pobre na acepção jurídica do termo ao ponto de não ter condições de arcar com o pagamento das custas e despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio certamente também não deveria ter condições de acumular patrimônio ou de pagar por equipamento de tiro esportivo no mencionado valor de R$100.000,00.

Também é digno de nota que o autor declarou que a natureza de sua ocupação profissional é "servidor público de autarquia ou fundação municipal" (fls. 646), situação que faz parecer que possui "emprego garantido" e não corre o risco de ficar desempregado caso se distancie da carreira de atleta profissional.

Diante de tais considerações, ainda que o valor atribuído à causa seja de R$770.697,25, tem-se que o autor tem condições satisfatórias de pagar as custas e despesas processuais sem prejudicar o próprio sustento, motivo pelo qual a manutenção da revogação da gratuidade da justiça é medida que se impõe.

Superada essa questão prévia, passa-se à análise do mérito recursal cujo desfecho inevitavelmente já foi adiantado neste tópico do veredicto colegiado (manutenção da procedência parcial da ação).

Acesso ao Sumário

4. De proêmio, pede-se vênia para trasladar-se o bem elaborado relatório, que constou da r. sentença vergastada, acerca dos fatos narrados na petição inicial, in verbis:

"ALEXANDRE AUGUSTO GALGANI propôs ação de REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS, LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS em face das empresas de aviação TAM LINHAS AÉREAS S.A. e IBERIA LINEAS AÉREAS DE ESPANA S.A. Aduziu que é pessoa com deficiência física, possui tetraplegia, necessita de ajuda para locomoção e necessidades fisiológicas. É para-atleta de tiro esportivo, compete representando o país em diversas modalidades mundiais e, para tanto, realizou viagem juntamente com seu irmão, que foi para ajuda-lo, com destino a Zagreb-Croácia fazendo escala em Madrid-Espanha no dia 21 de julho de 2019 para participar de torneio/etapa da Copa do Mundo de Tiro Esportivo Paraolímpico em Osijek-Croácia. Esse campeonato era decisivo para que o Autor conseguisse receber e manter seu benefício 'Bolsa Atleta Pódio', cujos atletas que competiam devem estar ranqueados entre os 10 (dez) primeiros do mundo; o campeonato na Croácia era necessário para dar continuidade em suas participações em torneios mundiais, ressaltando-se que este torneio não teve patrocínio, ou seja, toda a viagem foi custeada pelo autor.

Para participar deste torneio, o autor treinou por 04 (quatro) meses, um treino extremamente difícil, com todo seu esforço para atingir o objetivo no torneio da Croácia.

Ao chegar (na Croácia), constatou o extravio de 02 (duas) de suas bagagens (...) justamente as duas malas que continham todo o equipamento de competição do autor, consistente em 02 (duas) carabinas, sendo uma de fogo e outra de ar comprimido e também as munições. Aduziu-se que todos os equipamentos são feitos exclusivamente para o autor, que possui tetraplegia.

Em busca de informação, a LATAM informou que as malas sequer haviam saído do Brasil mas as encaminharia no próximo voo, o que não ocorreu.

O autor teria que participar de 03 (três) provas. Devido ao incidente narrado, perdeu o treino oficial da primeira prova, além disso sofreu uma angustia extrema pois ficou só assistindo seus competidores; esse sentimento de angustia permaneceu por vários dias uma vez que a perda de seus equipamentos comprometeria sua participação nas Paraolimpíadas em Tóquio em 2020.

As bagagens apareceram no Aeroporto de Madrid-Espanha, onde foram novamente embarcadas no dia 24.07.2019, chegando somente no dia 25.07.2019 na Croácia, ou seja, após quatro dias do torneio. O autor conseguiu competir somente no último dia, tendo sido extremamente prejudicado em sua classificação, pois perdeu todos os treinos oficiais e, pior, teve seu psicológico abalado devido a todo o incidente, não conseguindo obter a concentração necessária, estava triste e vulnerável, [vindo a obter] apenas o 10º lugar no torneio, sendo que

Acesso ao Sumário

precisava estar em 8º lugar, no mínimo, para conseguir a 'Bolsa Atleta Pódio'.

O autor perdeu, a um só tempo, duas malas com seus equipamentos que chegam à monta de mais de R$100.000,00 (cem mil reais), [também] perdeu noites de sono, teve dispêndio de tempo e recursos financeiros de uma cidade a outra todos os dias para buscar informações de suas bagagem/equipamentos extraviados, perdeu treino oficial da competição, oportunidade de reconhecimento do local, inúmeras colocações no pódio da competição, sofreu grave abalo emocional vislumbrando a perda de toda sua carreira com o equipamento que levou mais de 05 (cinco) anos para ajustar às suas necessidades especiais.

Pretende a condenação das rés a indenizar o autor na reparação pelos danos morais no valor de R$200.000,00 (duzentos mil reais) para cada ré, totalizando o valor de R$400.000,00 (quatrocentos mil reais) ou em valor a ser arbitrado por esse MM. Juízo, devidamente corrigido com juros e correção monetária desde a data do evento danos, em patamar não inferior a R$100.000,00 (cem mil reais); em danos materiais pelas despesas suportadas com as viagens realizadas, ligações, honorários de advogados, mensalidades do bolsa atleta que o autor deixou de ganhar com a sua colocação fora do pódio por culpa exclusiva das empresas rés, na importância de R$370.697,25" (fls. 420/421).

O recurso de apelação manejado pelo demandante tem o objetivo de obter provimento condenatório que imponha às rés o dever de pagamento de indenização por dano material concernente aos prejuízos com as viagens, ligações telefônicas, combustível, pedágios e honorários de advogado consumidos para solucionar o relatado infortúnio a que não deu causa.

Entretanto, não se comprovou quais dos gastos descritos na prefacial tiveram relação direta com os problemas ocasionados pelo extravio das bagagens do demandante.

Deveras, os extratos de telefonia colacionados aos autos a fls. 79/80 compreendem o período de utilização da linha de 06.09.2019 a 05.10.2019, todavia, o fortuito descrito na vestibular ocorreu em entre os dias 21 e 24 de julho de 2019.

Acesso ao Sumário

As faturas de cartão de crédito, por sua vez, compreendem diversos gastos no período de 11.07.2019 a 06.08.2019 totalizando R$5.865,29 (fls. 82), sendo certo que o próprio autor reconheceu que não possui comprovantes referentes aos táxis, pedágios e refeições que teve de arcar nos trajetos (fls. 78).

Tal como bem observou o MM. Juízo singular, "em tal fatura havia saldo anterior de R$1.385,48, compras/débitos no valor de R$886,76 e saldo parcelado de faturas futuras de R$3.460,00 (...) constando também várias despesas realizadas antes e depois do infortúnio sem discriminação, pelo autor, de quais valores realmente se referem às despesas relacionadas à demora no despacho da bagagem, o que não é possível verificar sem tais informações (...) também não

é possível constatar se todas as viagens que o autor empreendeu eram realmente necessárias para a resolução da questão e também quais e se as ligações realizadas tinham ou não relação com o infortúnio" (fls. 430), concluindo o douto juízo a quo, de maneira escorreita, que não se mostra possível o acolhimento da pretensão autoral de condenação das rés à restituição de valores por falta de discriminação e prova da correlação entre os gastos e o infortúnio, além do que "geraria enriquecimento ilícito, na medida em que nela [na fatura de cartão de crédito] constam gastos que não possuem correlação com o infortúnio" (fls. 430).

Os honorários contratuais de advogado, por sua vez, não podem ser incluídos nos danos materiais sofridos pelo autor porque o contrato da parte com seu advogado é particular e de livre escolha, incluindo o valor acordado, não podendo ser repassado para a parte contrária que não participou do ajuste.

Nesse sentido, anota Theotonio Negrão, em seu "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", Saraiva, 44ª edição, ao artigo 20 do CPC que "os honorários advocatícios contratuais, porque decorrentes de avença estritamente particular, não podem ser ressarcidos pela parte sucumbente, já que esta não participou do ajuste".

E a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue a mesma orientação: "Os honorários advocatícios contratuais não se incluem nas despesas processuais do art. 82, § 2º, do CPC/2015 (art. 20 do CPC/1973) (STJ. 3ª Turma. REsp 1.571.818-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 09/10/2018 - Info 636). PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. INCLUSÃO NA INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os honorários advocatícios contratuais não integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, conforme o disposto nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002. Precedentes: REsp 1.480.225/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 11/9/2015; AgRg no REsp 1.507.864/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 25/9/2015; AgRg no REsp 1.481.534/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 26/8/2015). 2. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 746234/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/11/2015)".

O pedido de indenização por dano material concernente aos lucros cessantes, com suporte na teoria da perda de uma chance, também não colhe melhor sorte, eis que não estão presentes todos os pressupostos da responsabilidade civil (conduta, resultado danoso, nexo de causalidade e culpa).

In casu e tal como bem obtemperou o MM. Juízo singular, "somente em réplica o autor confirmou o recebimento da referida bolsa, imputando a conquista a outros campeonatos, cuja prova também não foi realizada (...) de toda

Acesso ao Sumário

forma, cai por terra a alegação do autor de que restou prejudicado o recebimento do valor de R$15.000,00 por dois anos, pois comprovado restou que foi contemplado com a 'bolsa pódio' no valor de R$11.000,00 mensais em novembro de 2019, ou seja, quatro meses após a participação no Campeonato Mundial da Croácia (...) nada fazendo crer que, em condições normais, ou seja, sem o atraso no despacho da mala, o autor teria melhor resultado" (fls. 431).

Sobre o tema, dispõe o art. 403 do Código Civil que "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

No escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

"não deve ser acolhido pedido de indenização por perdas e danos se a parte não descreve com precisão os prejuízos sofridos e os lucros cessantes, limitando-se a mencioná-los genericamente (RT 613/138).

(...)

A causa do dano deve ser necessária, ou seja, é a exclusiva, porque opera por si só, dispensadas as outras causas. O CC 403 determina que o dano seja efeito imediato e direto da inexecução. Assim, ao inadimplemento deve-se atribuir com exclusividade a causa do dano para que haja o dever de indenizar (Agostinho Alvim. Inexecução, n. 222, p. 313).

(...)

O legislador, portanto, quando adotou a teoria do dano direto e imediato, repugnou-lhe sujeitar o autor do dano a todas as nefastas consequências de seu ato, quando já não ligadas diretamente a ele. Agostinho Alvim concorda com essa tese. Afinal, não é justo decidir-se pela responsabilidade ilimitada do autor do primeiro dano." (Código civil comentado/Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. - 11. Ed. Ver. Ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, notas aos arts. 402 e 403 do CC, p. 759 e 760).

Em conformidade com a ensinança dos insignes doutrinadores, o art. 403 do Código Civil consagrou a teoria do dano direto e imediato como pressuposto de acolhimento do pedido indenizatório dos lucros cessantes. Em outras palavras, buscou o legislador afastar a nefasta responsabilidade ilimitada do autor causador do "primeiro dano", somente sendo possível o acolhimento do pleito de indenização se o prejuízo tiver relação direta e imediata com o ato lesivo, hipótese inocorrente na espécie.

Exemplo clássico mencionado pela doutrina para ilustrar a situação é o taxista, vítima de acidente de trânsito, que deixa de auferir renda em razão de seu veículo permanecer inativo em oficina mecânica para execução dos reparos indispensáveis. Neste caso, o causador do acidente, em regra, deverá ser responsabilizado pela renda que o taxista deixou de auferir neste período que ficou sem

Acesso ao Sumário

seu veículo para trabalhar.

Já em relação ao caso em exame, o autor argumenta que poderia ter conquistado melhor posição no campeonato caso tivesse participado de todas as etapas de treinamento oficial, todavia, não há nexo de causalidade entre os quatro dias de extravio do equipamento esportivo do demandante e o suposto prejuízo financeiro percebido concernente à "classificação insatisfatória" no campeonato.

Aliás, "caberia ao autor comprovar que a diferença de valores [entre a bolsa que passou a perceber e a que deixou de ganhar] se refere à classificação que deixou de obter, ou seja, era necessário comprovar quais os requisitos necessários para ser considerado 'atleta pódio', principalmente quais e quantos pódios que seriam necessários ser alcançados e qual a classificação mínima para receber a bolsa de maior valor, do que não se desincumbiu o autor" (fls. 431).

Desse modo, é possível concluir que a inadequação do serviço prestado pelas companhias aéreas rés, conquanto lamentável, não foi a causa direta e imediata do aludido prejuízo suportado pelo autor (não obter uma bolsa mais rentável em razão de não ter obtido classificação mais vantajosa no campeonato de tiro esportivo que participou), tudo indicando a impossibilidade de acolhimento do pedido indenizatório, em conformidade com o art. 403 da Lei Civil.

Enfim, a rejeição do pedido de indenização por dano material era mesmo a medida que melhor se adequa ao caso examinado.

5. No que tange à indenização pelo dano moral infligido, importa considerar que o entendimento do Recurso Extraordinário nº 636.331, que tramitou pelo rito da repercussão geral, não se aplica ao vertente caso, pois a presente demanda versa sobre indenização por dano moral decorrente da ineficiência do serviço de transporte aéreo nacional, ao passo que a Conversão de Varsóvia e de Montreal apenas são aplicadas para os casos de transporte aéreo internacional a fim de limitar o pleito de indenização por dano material, não havendo qualquer limitação para a indenização por dano moral. Assim, incide as normas do Código de Defesa do Consumidor, o qual não prevê qualquer limitação para o pleito de indenização pela lesão patrimonial e extrapatrimonial sofrida pela apelante (art. 6°, inc. VI, do CDC).

Fixada essa premissa, tem-se que a Lei Consumerista, fundada na teoria do risco da atividade, estabelece a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço por danos decorrentes de vícios de inadequação, quantidade e segurança, ou seja, a responsabilidade civil independente da prova de culpa na conduta do fornecedor de serviços, admitindo a exclusão da responsabilidade apenas quando o fornecedor provar que o defeito inexiste ou quando o dano decorre de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (arts. 14, caput, e § 3° e 20, da Lei n° 8.078/90).

Acesso ao Sumário

Rectius, todo aquele que se predispõe a exercer atividade econômica no mercado de consumo e que, em razão desse exercício, cause danos (material ou moral) ao consumidor, deverá repará-los, independentemente da demonstração de culpa em sua conduta, bastando que o consumidor prove o nexo de causalidade entre o serviço defeituoso e o dano por ele sofrido.

A Lei Consumerista também prevê como direitos básicos do consumidor "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" (inc. VI do art. 6º) e, para garantir o ressarcimento integral do consumidor pelos prejuízos decorrentes de vício ou defeito (fato) do produto ou serviço, o CDC impõe solenemente o princípio da solidariedade (ou responsabilidade solidária) de todos os integrantes da cadeia de produção que porventura tenha causado danos ao consumidor (parágrafo único do art. 7° e § 1° do art. 25).

Nesse contexto, não há controvérsia acerca do noticiado extravio das bagagens do autor, sendo certo que as rés não apresentaram justificativa plausível para o transtorno perdurar por quatro dias (excludente de responsabilidade), ônus que lhe cabiam, a teor do que dispõe o art. 373, II, do CPC.

Enfim, também restou incontroverso que a autor somente recebeu suas bagagens com seus instrumentos esportivos no quarto dia de realização do campeonato, denotando a falha na prestação do serviço, ensejadora de indenização pelo dano moral suportado.

Nesse sentido colhem-se v. arestos deste E. Sodalício:

"Indenização - Transporte aéreo internacional - Extravio temporário de bagagem - Danos materiais - Ausência de comprovação - Dano moral evidenciado - Fixação em R$ 10.000,00 que atende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Recurso parcialmente provido." (TJSP-17ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1012580-78.2019.8.26.0002-São Paulo, J. 27.09.2019, dpp, vu, Rel. Des. SOUZA LOPES).

"Apelação - Transporte aéreo - Extravio temporário de bagagem - Ação indenizatória - Sentença de acolhimento dos pedidos - Reforma parcial, para cancelamento da indenização por danos materiais e para a redução da indenização por danos morais - Verbas da sucumbência repartidas em proporção.

1. Legitimidade ativa - Autora que relata estar viajando com a família. Mera circunstância de constar o nome do seu marido no Relatório de Irregularidade com Bagagem - RIB não sendo bastante para retirar a legitimidade da autora para a demanda em exame, sabido que a etiquetagem da titularidade da bagagem, nas situações de pessoas viajando em grupo, notadamente integrantes de uma mesma família, se faz aleatoriamente, em vista dos nomes indicados nos bilhetes de passagem exibidos no ato. Importa que está demonstrado que a autora viajava com o marido e com os filhos.

Acesso ao Sumário

2. Responsabilidade civil - Bagagem temporariamente extraviada apenas sendo localizada e devolvida com um dia de atraso, isso evidenciando falha na prestação dos serviços e, pois, gerando responsabilidade civil.

3. Dano material - Despesas com a aquisição de vestuário, em substituição ao extraviado. Gastos esses que, efetivamente, não implicaram desfalque patrimonial para a autora, uma vez que os produtos adquiridos se incorporaram a seu patrimônio e porque recuperou ela a bagagem extraviada. Episódio devendo ser sopesado, sim, no arbitramento da indenização por dano moral. Sentença reformada nessa passagem.

4. Dano moral - Caracterização diante do presumido sofrimento experimentado pela autora, especialmente porque o episódio se deu em meio a uma viagem de lazer com a família. Exagerada, entretanto, a indenização estabelecida a esse título em primeiro grau (R$ 9.980,00). Indenização que se reduz para a importância de R$ 6.000,00. Sentença parcialmente reformada em tal capítulo.

5. Correção monetária e juros de mora - Atualização monetária contando-se da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ); juros de mora, da data da citação, por se tratar de responsabilidade de fundo contratual.

Deram parcial provimento à apelação." (TJSP-19ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1025697-62.2017.2017.8.26.0405-Osasco, J. 15.08.2019, dpp, vu, Rel. Des. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI).

Mostra-se mais que evidente que o dano moral decorreu da angústia, constrangimento, transtorno, desgosto e frustração do autor de não ter à disposição seus pertences ao desembarcar.

O dano moral decorreu das próprias circunstâncias em que os fatos ocorreram, ou seja, os fatos por si só são suficientes para demonstrar a lesão aos atributos inerentes aos direitos de personalidade.

Basta a demonstração do estado, não absolutamente corriqueiro, de aborrecimento, desassossego, frustração ou desconforto, gerador de transtornos em decorrência de ato ilícito ou de conduta reveladora de nexo causal com o resultado lesivo para que nasça a indenizabilidade do dano extrapatrimonial.

Fixada a premissa da indenizabilidade do dano moral exprobado, deve a indenização correspondente ser fixada de forma proporcional aos constrangimentos e sofrimentos advindos ao consumidor, atentando-se ao desconforto ou intensidade da ofensa infligida, à condição econômica da empresa ré e ao fator de desestímulo que impõe seja o agente exemplarmente advertido, inclusive com o intuito de dissuadi-lo de igual e novo atentado.

Ademais, é certo que, de um lado, há que dissuadir o autor do ilícito ou responsável para não reiterar a conduta lesiva (valor de desestímulo) e, de outro, compensar a vítima pelo vexame ou transtorno acometido. Não pode, no entanto, o dever reparatório ser convertido em instrumento propiciador de vantagem

Acesso ao Sumário

exagerada ou de enriquecimento ilícito nem tampouco ser irrisório.

Também devem ser levadas em consideração as peculiaridades do caso examinado, tais como que o noticiado extravio de bagagens claramente prejudicou o equilíbrio psicológico do autor na "etapa da Copa do Mundo de Tiro Paraolímpico", evento cuja qualificação regular era decisiva para que o demandante pudesse receber e manter seu benefício financeiro denominado "Bolsa Atleta Pódio" (atletas competidores deveriam estar ranqueados entre os 10 primeiros do mundo), etapa necessária para dar continuidade em suas participações em torneios mundiais (inclusive as paraolimpíadas de Tóquio inicialmente previstas para 2020).

Assim, sob o influxo do critério prudencial e da razoabilidade, observados os parâmetros retrocitados e as peculiaridades do caso examinado (autor teve o equilíbrio emocional prejudicado na Copa do Mundo de Tiro Esportivo que participou), de rigor a majoração da indenização por dano moral de R$30.000,00 para R$40.000,00, quantia esta mais condizente com a hipótese examinada.

6. Isto posto, improvido o da ré, dá-se provimento em parte ao recurso do autor para majorar a indenização por dano moral de R$30.000,00 para R$40.000,00, nos termos do item precedente.

Em razão da sucumbência recíproca, deverá o autor arcar com o pagamento de metade das custas e despesas do processo mais os honorários advocatícios do ex adverso arbitrados em 10% do valor pretendido a título de indenização por dano material (R$370.697,25, fls. 38).

As rés, por sua vez, arcarão com a outra metade das custas e despesas do processo mais a honorária da parte contrária arbitrada em 15% do valor da condenação a título de indenização por dano moral (R$40.000,00), nos termos dos arts. 85, §§ 2º e 11 e 86, caput, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003817-51.2019.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante RODRIGO MACHADO MARQUES ME, é apelado BONS ARES HOTEL LTDA.

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 30.201)**

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

São Paulo, 7 de outubro de 2021.
ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - MEDIAÇÃO - COMISSÃO DE CORRETAGEM - AUSÊNCIA DE CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO - VERBA INDEVIDA. O mediador só faz jus à remuneração se concluir, com sucesso, o negócio intermediado. Obrigação de resultado (aproximação útil das partes) não evidenciada. Elemento dos autos que revelam a venda do bem que seria objeto da permuta indicada, mas sem qualquer participação do autor. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A sentença de fls. 353/354 julgou **improcedente** a **ação de cobrança** de comissão proposta por **Rodrigo Machado Marques Me** contra **Bons Ares Hotel Ltda.** Diante da sucumbência, o autor foi condenado a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade.

Irresignado, o demandante interpôs, a fls. 357/371, recurso de apelação. Assinala que não houve falha na prestação dos serviços, sustentando que a hipoteca que incidia sobre o bem já havia sido baixada. Afirma que o contrato de fls. 109/114 comprova a obrigação do réu pelo pagamento da comissão, aduzindo ser devida a remuneração pela aproximação útil dos contratantes, ainda que tenha havido ulterior rescisão do contrato. Requer, portanto, o julgamento de procedência do pedido a fim de que seja remunerado pelos serviços efetivamente prestados.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos legais para sua admissibilidade. Contrarrazões a fls. 375/383.

É o relatório.

Cuida-se de **ação de cobrança** de comissão, aduzindo o autor, em síntese, que houve a aproximação útil das partes, de modo que faz jus à percepção da comissão pela intermediação imobiliária.

Sem razão, contudo.

Contrato bilateral, acessório, consensual, oneroso e aleatório, com tipificação nos artigos 722 a 729 do Cód. Civil, o contrato de corretagem se exaure com a exitosa aproximação das partes interessadas na conclusão do negócio jurídico.

Acesso ao Sumário

O pressuposto mais elementar da comissão de corretagem consiste na aproximação útil entre comprador e vendedor. Entende-se por aproximação útil aquela que leva à conclusão do negócio em razão direta da interferência do corretor. E vale lembrar que a intermediação é contrato de resultado (Cód. Civil, art. 725)[1].

Por isso, para que o corretor faça jus à comissão pelos serviços de intermediação é necessária a conjugação de três requisitos: ***a)*** autorização para mediar; ***b)*** aproximação das partes; e ***c)*** resultado útil, realizando-se o negócio nas condições propostas em razão de sua interferência. Disso resulta que o mediador só faz jus à remuneração, se concluir, com sucesso, o negócio intermediado.

O mediador vende o resultado útil do seu trabalho, vale dizer, somente fará jus à comissão por corretagem, se o negócio for concluído por força do serviço prestado, conforme a melhor doutrina e jurisprudência. Não comprovado que o negócio realizado tenha sido concluído em razão direta do seu trabalho, a improcedência da ação é de rigor.

Nos termos do art. 723 do Cód. Civil, exige-se do corretor diligência e prudência no negócio, com a prestação de todas as informações necessárias para a sua realização. Em outras palavras, a função do corretor não é a de simples aproximação das partes. Ele também deve cuidar para que o negócio possa ser levado a efeito e para tanto deve prestar informações sobre os riscos do negócio, documentação do imóvel e outros fatores que podem influir na execução do contrato.

No que se refere ao contrato de prestação de serviços de fls. 109/114, bem como à procuração pública outorgada pelos alienantes ao autor, cuida-se de questão negocial cujos efeitos se estendem unicamente às partes da contenda, não prejudicando terceiros (*res inter alio acta*).

O fato é que o imóvel pertencente a Maria do Carmo Figueiredo Pupo e Olavo de Figueiredo Pupo, que seria objeto da permuta noticiada pelo autor, foi alienado pelos proprietários a terceiro - Plano Empreendimentos Imobiliários Ltda. (fls. 230/233) e não ao hotel requerido, e sem qualquer ingerência do autor, tampouco sob nenhuma obrigação do apelado.

Dessa maneira, não demonstrada, nos lindes do processo, a exitosa aproximação das partes capitaneada pela apelante, não há se falar em pagamento da corretagem.

Finalmente, dando cumprimento ao disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoram-se os honorários de sucumbência para 12% sobre o valor da causa, observada a gratuidade.

Postas estas premissas, **nega-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

1 Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0009164-91.2011.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado HOSPITAL E MATERNIDADE SÃO MIGUEL PAULISTA S/A, são apelados/apelantes JOSE NERIS ELOY, JOSE ELOY, ITALICA SAÚDE LTDA. (MASSA FALIDA) e MARIA FABIANA SEOANE DOMINGUEZ SANT ANA (ADMINISTRADOR JUDICIAL), Apelados AVICCENA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. e CAPITAL CONSULTORIA ASSESSORIA LTDA. (ADMINISTRADOR JUDICIAL).

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 apelos das corrés e Deram provimento em parte ao recurso dos autores. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.516)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente), MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação de indenização por danos morais e materiais - Falha na prestação dos serviços médicos e hospitalares - Legitimidade passiva do plano de saúde requerido configurada - Alegação de erro médico-hospitalar no atendimento do irmão dos autores que o levou a óbito dentro do Hospital - Sentença de procedência em parte - Insurgência das partes - Responsabilidade objetiva de clínicas e hospitais que somente pode ser elidida por comprovação de inexistência de falha na prestação de serviços ou culpa exclusiva do consumidor - Não observância do protocolo de atendimento médico para investigação dos problemas que causaram septicemia no paciente em curto espaço de tempo - Segundo atendimento médico que inspirava maior cuidado com o paciente - Prontuário médico incompleto e ausência de envio do exame de raio X para a perícia no IMESC - Liberação do falecido que apresentava quadro de sepse comprovada pelo atestado médico que o liberou das atividades laborais

Acesso ao Sumário

por 3 dias - Óbito ocorrido menos de 2 horas a partir a entrada no nosocômio, no dia em que o paciente completaria 45 anos - Laudo pericial e documentos acostados aos autos que confirmam a caracterização de falha na prestação de serviços hospitalares - Prova técnica bem elaborada - Presença do dever de indenizar - Dano moral caracterizado - Fixação do valor de indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor que se mostra insuficiente diante da perda do irmão no dia do seu aniversário - Montante arbitrado que comporta majoração para R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada autor, em observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade - Danos materiais referentes às despesas com luto, funeral e sepultura - Descabimento - Ausência de prova do desembolso de tais verbas - Sentença modificada parcialmente - Recursos das requeridas não providos e apelo dos autores provido em parte.

VOTO

Vistos,

Ao relatório de fls. 651/653, acrescento ter a r. sentença julgado parcialmente procedente o pedido, para condenar os réus Hospital e Maternidade de São Miguel S/A, Massa Falida de Aviccena Assistência Médica Ltda. e Massa Falida de Itálica Saúde Ltda., de forma solidária, a indenizar os autores pelos danos morais sofridos no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada, corrigidos pela Tabela Prática do TJSP a contar da data da sentença e acrescidos de juros de 1% ao mês, a partir da data da citação. Em razão da sucumbência recíproca, condenou cada parte a arcar com o pagamento de metade das custas e despesas processuais, fixando os honorários dos patronos em 10% do valor atribuído à condenação, vedada a compensação, observado o disposto no artigo 98, §3º, do mesmo diploma legal, ante a gratuidade deferida (fls. 84).

O corréu Hospital e Maternidade São Miguel interpôs recurso de apelo (fls. 662/674), pugnando pela reforma da r. sentença para que o feito seja julgado improcedente, com a inversão dos respectivos ônus. Defende a inexistência de nexo de causalidade entre a conduta dos seus prepostos e o óbito do paciente, irmão dos autores. Argumenta que o paciente não recebeu "alta", por ter sido direcionado ao setor de "Observação". Aduz que para que se possa responsabilizar a instituição, apesar da responsabilidade ser caracterizada como objetiva, há necessidade de apuração de defeito no serviço. Afirma que quando o paciente

Acesso ao Sumário

teve a "piora" no quadro, foi colocado em "observação".

Os autores interpuseram recurso de apelo (fls. 679/694), pugnando pela reforma parcial da r. sentença. Argumentam que o "quantum" indenizatório foi fixado em valor ínfimo, levando-se, em consideração o sofrimento experimentado por eles em decorrência do óbito do irmão ocorrido dentro do nosocômio, quando estavam se dirigindo à "observação" para levá-lo para a casa, diante do recebimento de nova "alta" hospitalar. Acreditam que a quantia equivalente a 300 salários mínimos revela-se mais condizente com o caso concreto, notadamente porque o irmão faleceu dentro do hospital no dia de seu aniversário de 45 anos. Invocam a incidência da Súmula 944 do C. Superior Tribunal de Justiça. Pretendem a condenação da parte requerida ao pagamento das despesas com luto, funeral e sepultura, salientando que tais despesas gozam de presunção absoluta, nos termos do documento de fl. 19.

A corré Massa Falida de Itálica Saúde Ltda. interpôs recurso de apelo (fls. 695/702). Pleiteia, preliminarmente, a concessão da gratuidade processual, tendo em vista a falência decretada. Argui a ilegitimidade passiva sob a alegação de não ter havido demonstração da relação entre ela e os fatos narrados, o que afastaria a sua responsabilidade pela conduta do Hospital corréu, a quem atribui culpa exclusiva pelo resultado.

Contrarrazões pela Massa Falida de Aviccena Assistência Médica (fls. 707/711e fls. 751/755), pelos autores (fls. 712/719 e fls. 720/731), pelo Hospital e Maternidade São Miguel S/A (fls. 739/749) e pela Massa Falida de Itálica Saúde (fls. 760/766 e fls. 772/778).

Os recursos foram recebidos e processados.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Inicialmente, não há que se falar em concessão dos benefícios da gratuidade judiciária à corré Massa Falida de Itálica Saúde Ltda. No entanto, determino a isenção quanto ao recolhimento do preparo do recurso de apelo (fls. 695/702), nos moldes do disposto no artigo 98 do Código de Processo Civil, a fim de que o presente recurso possa ser conhecido.

A preliminar de ilegitimidade passiva invocada pela apelante Massa Falida de Itálica Saúde não comporta acolhimento, tendo em vista o fato de ter assumido os clientes da carteira da corré Massa Falida de Aviccena, de sorte que a partir de tal momento passou a integrar a cadeia de consumo. Os documentos colacionados a fls. 212/224 comprovam a sucessão empresarial havida entre as operadoras Aviccena e Itálica, restando patente, assim, legitimidade passiva da corré Massa Falida de Itálica Saúde.

No mérito, cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais interposta pelos irmãos do paciente Vanderlei Eloy, que veio a óbito dentro

Acesso ao Sumário

das dependências do Hospital requerido, após segundo atendimento hospitalar, diante do quadro de "piora" após ter recebido alta no primeiro atendimento. Alegam, os autores, em síntese, a patente responsabilidade da parte requerida em ressarci-los, em razão da ausência de adequado atendimento ao *de cujus*.

Consta dos autos que no dia 30/03/2006 o irmão dos autores apresentou quadro de mal estar, com dores do estômago e vômitos e por isso deu entrada no Hospital e Maternidade São Miguel, estabelecimento credenciado pelo plano de saúde que possuía, ora corré. Após avaliação, foi medicado e liberado pelo nosocômio, certo que, diante da ausência de melhora, mesmo após as medicações prescritas, retornou ao nosocômio réu no dia 01/04/2006, e mesmo após insistência dos autores para que o irmão ficasse internado para investigação do mal que lhe acometia, recebeu liberação para voltar para a casa. Consta, ainda, que ao se dirigirem ao setor de "observação" do Hospital para levarem o irmão para a casa, viram que o mesmo já tinha ido a óbito.

A requerida, por sua vez, alega, em síntese que, ao contrário do quanto aduzido pelos autores, não há nexo de causalidade, diante da prestação adequada dos serviços médicos.

O processo foi sentenciado (fls. 421/423), com o acolhimento da tese de prescrição, todavia, a sentença foi anulada em decisão de embargos de declaração (fls. 430/431), ante o reconhecimento de inexistência da prescrição. Após, o feito teve o seu normal prosseguimento com a realização de prova oral e pericial.

A ação foi julgada parcialmente procedente.

Por primeiro, destaca-se ser inequívoca a existência de relação de consumo entre as partes litigantes, figurando o "de cujus" como contratante dos serviços prestados pela requerida. A verificação de relação de consumo permite a análise da controvérsia à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Isto porque as clínicas médicas e os estabelecimentos hospitalares, na condição de fornecedores de serviços, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, conforme preleciona o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Diferentemente da responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico, na condição de profissional liberal, que é enquadrada como subjetiva (inteligência do artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor), a responsabilidade do prestador de serviços (clínicas e hospitais) é vista como atividade empresarial, sujeita, portanto, ao dever de segurança que deve ser garantido ao consumidor, não sendo necessária a discussão de sua culpa em caso de defeitos nos serviços prestados. Com efeito:

> "Não há, assim, nenhuma incompatibilidade entre a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e a responsabilidade objetiva solidária estabelecida no Código do Consumidor, mesmo em face dos enormes riscos de certos tipos de cirurgias e tratamento, tendo em vista que o hospital só responderá quando o evento decorrer de defeito do serviço.

Acesso ao Sumário

Para afastar a sua responsabilidade, bastará ao hospital provar que não houve defeito na prestação do seu serviço" **(CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 399)**.

Neste sentido, ainda, entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACOLHIMENTO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. MANUTENÇÃO. 1. A responsabilidade civil do hospital é objetiva pelos danos causados, na condição de fornecedor, aos consumidores, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor. A exceção prevista no § 4º do referido dispositivo legal, cuidando da responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais, incluindo-se aí os médicos. 2. Com a exclusão do nexo de causalidade pelas instâncias ordinárias, fica afastada a responsabilidade civil objetiva da entidade hospitalar. 3. Embargos declaratórios acolhidos para prestar esclarecimentos, mas sem alteração do resultado do julgamento. **(EDcl no AgRg no Ag 1261145/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 15/05/2014)**

Estabelece o § 3º do Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor a possibilidade de elidir a responsabilidade se demonstrada a ausência de vício na prestação de serviços ou ainda culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Neste contexto, conforme reconhecido, o atendimento prestado ao falecido Sr. Vanderlei se deu única e exclusivamente nas dependências da requerida.

Analisando detidamente os autos, em especial, o laudo pericial realizado e os depoimentos das testemunhas ouvidas, conclui-se que efetivamente houve falha no atendimento prestado.

Na ficha de atendimento do hospital do dia 30/03/2006 constou que o paciente deu entrada com dor em tórax com irradiação para as costas, com sintomas há 1 dia (fls. 133). Já na ficha de atendimento do dia 01/04/2006 - apenas 2 dias após o primeiro atendimento médico - observa-se que o paciente apresentou quadro de queda do estado geral toxemiado e que foi solicitada radiografia do tórax e foi medicado com Benzetacil, tendo sofrido parada cardiorrespiratória enquanto estava na "observação" (fls. 140).

De acordo com o laudo pericial, o segundo atendimento não observou o protocolo de atendimento e a boa técnica, pois o quadro do paciente inspirava cuidados, porque a situação clínica já apresentava gravidade com descrição de "*quadro toxêmico com evolução para óbito em período curto inferior a 2 horas.*" (fls. 504). Ainda, pelo que se extrai das apurações da médica perita, o Prontuário do autor continha informações insuficientes, deixando os prepostos do nosocômio de anotar informações elementares a respeito de todas as condu-

Acesso ao Sumário

tas médicas adotadas em relação ao paciente.

Nesse sentido, a "Expert" assim se manifestou (fls. 499/509): "***A terapia instituída nesse segundo atendimento não pode ser considerada como a ideal, visto que observado quadro de toxemia e prescrito o medicamento Benzetacil, que não seria a terapia de primeira escolha em situação que se mostrava decorrente de septicemia.*** *(...) Conforme os dados apresentados(-sic) prontuário médico hospitalar,* ***o quadro clínico do periciado necessitava de cuidados médicos intensivos*** *(sic) apresentou um quadro (sic) queda do estado geral que* ***necessitava de uma melhor avaliação clínica, as descrições de prontuário médico do exame físico se apresentam insuficientes (sic) não há descrição detalhada do exame de abdômen*** *sendo realizados apenas os exames de sangue e de tórax,* ***não há descrições em prontuários dos resultados de exames realizados durante a internação do periciado. Não há descrições dos sinais vitais*** *do periciando durante o atendimento médico e enfermagem não há dados suficientes para avaliação do quadro geral do periciando durante sua internação.*" (fls. 504). - grifei

O cenário exposto pela perita evidencia o atendimento deficitário dispensado ao paciente pelos prepostos do nosocômio diante da gravidade do quadro apresentado (septicemia) e a falta de observância dos preceitos médicos até mesmo no preenchimento do Prontuário do paciente, o qual está incompleto quanto aos procedimentos adotados e resultados de exames realizados, o que já demonstra a falha na prestação dos serviços médicos que se dispõe a oferecer.

Se tanto não bastasse, ao contrário do quanto sustentado pelo Hospital e, embora não conste do incompleto prontuário médico do paciente, restou comprovado pelos autores que o irmão havia recebido a liberação para voltar para casa no dia do segundo atendimento hospitalar, quando veio a óbito, o que restou corroborado pelo Atestado médico de fls. 25, pelo qual o paciente deveria ficar afastado das atividades laborais do dia 01/04 ao dia 03/04. Logicamente se há um atestado médico para justificar a necessidade de afastamento do paciente ao trabalho não é preciso nenhum esforço para concluir que o hospital havia dado "alta médica" para o paciente no mesmo dia em que este apresentou quadro grave de septicemia.

Importante consignar que a perita foi expressa ao relatar que "***o quadro de septicemia é uma emergência médica*** *devendo ser sempre realizado (sic) as* ***investigações das causas para tratamento imediato. O risco de morte por sepse*** *é de até 30%. No caso de sepse grave, este risco é de 50%, enquanto no choque séptico é de 80%. A causa da morte foi de sepse por peritonite, o diagnóstico de úlcera não foi realizado durante a avalição médica do periciado evoluiu para sepse decorrente de peritonite.*" (fls. 505) - grifei

Assim, não se pode acolher a tese do hospital de que teria adotado todos os protocolos médicos em relação ao paciente que veio a óbito em menos de 2 (duas) horas da entrada ao atendimento médico junto ao nosocômio. Com efeito,

nesse curto espaço de tempo, mesmo com a apresentação de septicemia pelo paciente - que havia sido atendido anteriormente no hospital no dia 30/03/2006 -, foi liberado e recebeu atestado médico para afastamento do trabalho do dia 1 ao dia 3 de abril.

Nesse sentido o laudo pericial consignou que "*quadros de infecções graves devem ser tratados em ambientes hospitalares para melhor monitoramento dos sinais vitais e intervenções se necessárias.*" (fls. 507), cautela não adotada pelo nosocômio em relação ao irmão dos autores.

Digno de nota, ainda, que o hospital não disponibilizou para a "expert" o exame de Raio x de tórax mencionado no prontuário médico. Cumpre transcrever a resposta da perita ao quesito 7: "*Há solicitação do pedido de raio x de tórax em prontuário, porém não há descrição do exame e o mesmo não (sic) foram apresentados nos autos enviados ao IMESC.*" (Fls. 508).

Destarte, diante das alegações, documentos colacionados aos autos e das provas produzidas, em especial, a pericial, resta patente a falha na prestação de serviços em relação ao paciente falecido, de sorte que a parte requerida deve ser responsabilizada pelos danos causados.

Importante salientar que caberia à parte requerida colacionar aos autos documentos aptos a comprovar de forma cabal o pronto atendimento ao paciente e o seu devido acompanhamento de acordo com a gravidade que apresentava, o que não ocorreu.

Destarte, deve ser mantido o reconhecimento da responsabilidade da parte requerida de indenizar, tendo em vista a desídia de seus prepostos para investigar as causas da septicemia para tratamento adequado, em ambiente hospitalar, notadamente porque o laudo pericial concluiu que o segundo atendimento médico ao paciente não seguiu preceitos de boa prática médica.

Nesse sentido, julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS. Falha no atendimento médico. Paciente com antecedente de neoplasia de mama, que sofreu duas internações no nosocômio réu. Segunda internação em que a autora apresentou aumento do volume abdominal e alteração de hábito intestinal. Nova internação um dia após a segunda alta, onde foi constatada a necessidade urgente de hemodiálise. Morte da paciente. Laudo pericial que concluiu existir relação entre o óbito e o tratamento que a paciente foi submetida. Perito que constatou que, na segunda internação, não caberia alta da paciente, pois apresentava considerável agravamento da função renal com indicação para introdução de medidas específicas. Agravamento do estado de saúde da paciente com evolução em óbito. Nexo de causalidade demonstrado. Obrigação de indenizar. Quantum fixado em 100 salários mínimos que se entremostra razoável e adequado. Honorários advocatícios fixados sobre a condenação, nos

Acesso ao Sumário

termos dos parâmetros do art. 85 do CPC. Não cabimento de fixação por equidade. Valor que não se entremostra exacerbado, considerando o trabalho desenvolvido pelo causídico e o tempo do serviço, já que a ação foi ajuizada em 2017. Sentença mantida. Honorários advocatícios majorados. Recurso não provido, com observação.

(TJSP; Apelação Cível 1003205-76.2017.8.26.0405; Relator(a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/09/2021; Data de Registro: 17/09/2021);

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Erro médico. Responsabilidade Civil. Erro Médico. Danos Morais. Ação julgada improcedente. Provas que demonstram não ter havido o correto e abrangente procedimento para tentar identificar o problema de saúde. Ocorrência de óbito por erisipela. Teoria da perda de uma chance. Procedimentos evidentemente falhos e que demonstram evidente negligência e imperícia que devem ser punidos. Sentença modificada. Sucumbência invertida. Majoração dos honorários advocatícios. Fixação de indenização por danos morais. Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível 1005266-05.2018.8.26.0071; Relator (a): Fábio Quadros; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/02/2021; Data de Registro: 08/03/2021)

O apelo do plano de saúde, de igual modo, não prospera, já que, assim como o hospital, responde de forma objetiva pelos danos causados ao paciente, na exegese do artigo 14 da Lei n. 8078/90, como alhures consignado.

Assim, os apelos das correqueridas não comportam provimento.

O objeto recursal do apelo da autora diz respeito ao capítulo da sentença que arbitrou o *quantum* indenizatório em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada irmão e quanto às despesas funerárias.

Os danos morais restaram configurados na hipótese, tendo os autores (irmãos do falecido) sofrido com a perda do ente familiar em razão de erro médico, no dia em que o falecido completaria 45 anos de vida, tratando-se de conduta que extrapola o mero dissabor cotidiano, merecendo reparação pecuniária.

Acesso ao Sumário

No que tange ao valor da indenização, de se consignar que o dano moral não pode representar uma premiação, destinando-se à justa compensação pelos danos experimentados, não podendo caracterizar enriquecimento sem causa, estritamente vedado pelo ordenamento jurídico. Não pode, ademais, mostrar-se ínfimo a ponto de não indenizar condignamente o atingido, devendo adequar-se à gravidade do fato e suas consequências. A fixação de seu valor deve atender, pois, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Desta feita, o valor arbitrado em R$ 10.000,00 para cada autor (2 irmãos do paciente falecido) não se revelou adequado à espécie, posto que sequer terá

o caráter de reprimenda da conduta da parte requerida.

A fixação do *quantum debeatur* deve ser 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*" (CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil. 9ª edição São Paulo: Atlas, p. 98).

No caso dos autos, considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a análise da situação econômica das partes, considerando, ainda, que os irmãos do falecido não residiam com ele e dele não dependiam financeiramente, bem como que o falecimento ocorreu no dia do aniversário do irmão paciente, o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada autor se mostra mais adequado para a hipótese, devendo ser corrigido monetariamente desde a fixação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça) e acrescido de juros de mora a contar da data citação, afastando-se o pleito de majoração para 300 salários mínimos, incabível à espécie.

Quanto ao pedido dos autores para a condenação das rés ao pagamento das despesas com luto, funeral e sepultura, razão não lhes assiste.

No caso em apreço, os autores não trouxeram comprovação dos gastos efetivados com as despesas do funeral, de modo que fica mantido o indeferimento do pedido de indenização quanto a tais verbas, restando consignado que o documento de fls. 19 foi emitido em nome de Manoel José da Silva, terceiro estranho à lide. Assim, não tendo os autores comprovado os gastos efetivados a título de despesas de funeral, não podem ser ressarcidos por montante não desembolsado.

Assim, diante da falha na prestação de serviços oferecida pela parte requerida, comprovada, em especial, pela prova pericial realizada, de rigor a manutenção do dever de indenizar os danos morais sofridos pelos autores pela perda do irmão.

Destarte, nos termos do disposto no artigo 85, §11 do Código de processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte autora para 12% sobre o valor atualizado da condenação.

Em face do exposto, pelo voto, Nega-se provimento aos apelos das corrés e Dá-se provimento em parte ao recurso dos autores, nos termos ora enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000855-38.2021.8.26.0450, da Comarca de Piracaia, em que é apelante LAIDE MAR-

Acesso ao Sumário

TINS DE JESUS DOS SANTOS, é apelado TERCASA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33361)**

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

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - REVISÃO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - SUBSTITUIÇÃO DO ÍNDICE IGPM PELO IPCA - POSSIBILIDADE - Sendo certo que os efeitos da Pandemia (COVID-19) impactam a sociedade de maneira geral, de rigor o provimento do recurso, para o fim de determinar o reajuste pelo IPCA, a incidir sobre as parcelas vincendas do contrato de financiamento imobiliário. RECURSO PROVIDO

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 77/81, cujo relatório se adota, que julgou **IMPROCEDENTE** o pedido. Diante da sucumbência, condenou o autor ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Entendeu o MM. Magistrado *a quo*, que era descabida a revisão do contrato de financiamento imobiliário para que fosse alterado o índice de correção monetária, ante a ausência de abusividade.

Irresignado, o autor apelou.

Aduziu, em suma, que não deixou de pagar nenhuma parcela do contrato de financiamento por 8 anos, contudo, em razão do aumento brusco do IGPM, o contrato passou a se tornar excessivamente oneroso, ultrapassando o valor da renda auferida com sua aposentadoria.

Processado o apelo independentemente do recolhimento do preparo respectivo (parte beneficiária da justiça gratuita), vieram contrarrazões, tendo os autos vindo a este Tribunal.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Trata-se ação de revisão de contrato de financiamento imobiliário, relativo a compromisso de compra e venda de imóvel, em que pretende a parte autora tão somente a alteração do índice de correção monetária.

Nos termos do art. 478 do Código Civil, a Teoria da Imprevisão, adotada nas relações e contratos paritários, busca equilibrar as relações jurídicas, afetadas por situações extraordinárias e imprevisíveis. Dessa forma, com base nos princípios da conservação dos contratos, do equilíbrio econômico, é possível alterar - ainda que temporariamente - as obrigações das partes.

Importante lembrar que, não se olvida esta Relatora que o princípio da força obrigatória dos contratos está insculpido no valor jurídico da promessa e na confiança legítima, situação essa que somente permitiria uma mínima intervenção judicial com o fito corretivo de modo a preservar a manutenção do contrato.

Desse modo, com relação ao índice de reajuste a ser aplicado, mormente neste período excepcional, ao que parece, não se mostra adequado que o fator de reajuste mensal fique atrelado à variação do dólar, que atualmente, está totalmente fora de parâmetro, ou seja, aumentando muito, por conta da crise geral e mundial que a Pandemia está causando na economia.

Diante desse cenário é razoável, em prol do princípio do equilíbrio contratual e da viabilidade de manutenção do contrato, considerando-se, inclusive, a função social dos contratos - que abarcam o giro da economia, a manutenção dos empregos e o cumprimento dos contratos para segurança jurídica dos mesmos - que se adeque a obrigação contratual à realidade atual e excepcional, revendo meu posicionamento exarado no julgamento do Recurso nº 2032724-91.2021.8.26.0000, entendo ser o caso de substituir o índice de reajuste (IGPM), portanto, pelo IPCA, mais condizente com a situação atual no Brasil, como forma de composição do poder de compra da moeda.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA - REVISÃO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - SUBSTITUIÇÃO DO ÍNDICE IGPM PELO IPCA - POSSIBILIDADE - É característica da tutela de urgência a antecipação dos efeitos que se alcançariam ao final do processo, mormente quando há perigo de perecimento e de tornar irreversível a medida buscada, sendo desnecessária a existência de certeza quanto ao provimento do recurso, pois, tal como ocorre no caso dos autos, o dano pode ser agravado tornando-se inócuo o provimento jurisdicional após o transcurso de largo lapso temporal. - Sendo certo que os efeitos da Pandemia (COVID-19) impactam a sociedade de maneira geral, de rigor a antecipação parcial dos efeitos da tutela, para o fim de determinar o reajuste pelo IPCA, até o julgamento

Acesso ao Sumário

da demanda. RECURSO PROVIDO

(TJSP; Agravo de Instrumento 2207295-41.2021.8.26.0000; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franco da Rocha - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 17/09/2021; Data de Registro: 17/09/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AÇÃO REVISIONAL. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. Decisão interlocutória que defere pedido de tutela de urgência, para o fim de substituição do IGP-M para o IPCA-E. Acerto da decisão recorrida. Presença dos requisitos do art. 300 do CPC/2015. Contrato de compromisso de compra e venda de imóvel regulado pelo Código de Defesa do Consumidor. O estabelecimento de índice de correção monetária se justifica para a preservação do poder aquisitivo da moeda, em razão da inflação, e não para proporcionar o enriquecimento indevido da parte contrária (art. 884 do CC/2002) e a alteração, sob via transversa, do preço pactuado entre as partes. Autor que demonstrou, suficientemente, seja pela aplicação da teoria da imprevisão (art. 478 do CC/2002), em razão de evento extraordinário e imprevisível (Pandemia COVID-19), seja pela teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico, a flagrante desproporção pela utilização do IGP- M como índice de correção monetária do contrato firmado, o que causará inegável desequilíbrio na relação contratual e desvirtuará a própria natureza da cláusula contratual que prevê a utilização do referido índice. Alteração que também se justifica no dever de solidariedade (art. 3º, I, da Constituição Federal), na cláusula geral da função social do contrato (art. 421 do CC/2002), que gera eficácia externa ao contrato, bem como na cláusula geral da boa-fé objetiva e em seus deveres anexos de proteção e cuidado (art. 422 do CC/2002), com eficácia interna. Ademais, o princípio do pacta sunt servanda não se justifica para permitir o abuso do direito (art. 187 do CC/2002) nas relações entre particulares. Substituição acertada para o IPCA-E. Correção da decisão, todavia, quanto ao valor exato a ser pago (decisão ultra petita no ponto). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2201872-03.2021.8.26.0000; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Bárbara d'Oeste - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/09/2021; Data de Registro: 21/09/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Locação Comercial - Ação renovatória - Tutela de urgência - Pretensão à concessão da antecipação dos efeitos da tutela para o fim de determinar a substituição do índice de reajuste do contrato de locação, do IGP-M para o IPCA - Indeferimento em primeiro grau - Inconformismo da autora - Cabimento, em parte - Alegação de que

Acesso ao Sumário

o IGP-M não se mostra adequado ao reajuste do contrato de locação, pois em desacordo com a realidade do mercado de imobiliário - Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual verificados nos autos a permitir a substituição provisória do índice secundário de reajuste para hipótese de extinção indexador convencionado (INPC/IBGE), o qual deve ser aplicado diante da excepcionalidade da circunstâncias econômicas atuais, a evitar o desequilíbrio contratual entre as partes - Presença dos requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil - Precedente desta C. Câmara - Decisão modificada - Recurso provido, em parte.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2087180-88.2021.8.26.0000; Relator (a): Jayme de Oliveira; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/09/2021; Data de Registro: 20/09/2021)

Destarte, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para declarar a alteração do índice de correção monetária previsto no contrato pelo o IPCA, a incidir nas parcelas vincendas do contrato.

Diante da sucumbência, condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010983-83.2020.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FRANCISCO PEREIRA ACUNA, é apelado BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

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 42522)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. Mútuo com cláusula de alienação fiduciária de veí-

culo. Preservação da taxa de juros remuneratórios validamente convencionada. Admissibilidade da capitalização dos juros expressamente convencionada. Aplicação ao caso das Súmulas 539 e 541, do Superior Tribunal de Justiça. Hipótese em que não há na cédula válida pactuação do emprego da comissão de permanência. Consideração de que, no período de inadimplemento, serão devidos juros remuneratórios à taxa estipulada para o período de normalidade, juros legais de mora e multa de 2% sobre o débito. Sentença de improcedência reformada em parte. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Recurso em parte provido.

Dispositivo: deram parcial provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 259/262, de relatório adotado, que, em ação revisional de cédula de crédito bancário, julgou improcedente o pedido inicial.

Sustenta o recorrente, em síntese, que a taxa de juros remuneratórios praticada pelo banco é abusiva, onera excessivamente o contrato e supera a média de mercado, por isso que deve ser declarada sua abusividade. Acrescenta que a capitalização dos juros é indevida, buscando seja reconhecida sua ilegalidade. Assevera que não é cabível a cumulação da comissão de permanência com outros encargos.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.

Espectro da demanda.

Versam os autos sobre ação revisional de cédula de crédito bancário em que o pedido inicial foi julgado improcedente; recorre o autor e o recurso por ele interposto comporta parcial provimento.

Taxa de juros remuneratórios.

Não se justifica o pleito de limitação da taxa de juros remuneratórios convencionada na cédula de crédito bancário impugnada (fls. 25/27), valendo anotar que tal encargo foi estipulado de forma expressa e válida em referido ajuste [2,13% ao mês e 28,77% ao ano, campos 5.1 e 5.2 (fls. 25)], de sorte que não há respaldo legal para a limitação dos juros à taxa média de mercado, haja vista que tal providência importaria em modificação unilateral do que foi pactuado pelas partes, em afronta ao princípio do *pacta sunt servanda*, inolvidável a circunstância de que, consoante assinalado, a cláusula contratual em que estipulada a taxa

Acesso ao Sumário

de juros em análise não vulnera o ordenamento jurídico vigente.

Capitalização dos juros.

Tendo sido pactuada a capitalização dos juros na cédula de crédito em análise, tanto é que a taxa de juros anual é superior ao duodécuplo da taxa mensal [2,13% ao mês e 28,77% ao ano, campos 5.1 e 5.2 (fls. 25)], tal prática não constituiu ilegalidade que cumpra ser proclamada.

Bom é realçar, neste passo, que a Súmula n. 539, do C. Superior Tribunal de Justiça, já deixou assentado que "é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/2/2000 (MP 1.963-17/00), reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada", bem assim que a Súmula n. 541, também do C. Superior Tribunal de Justiça, preconiza 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".

Encargos moratórios.

Mas os encargos moratórios não podem prevalecer nos moldes em que pactuados, valendo anotar, neste passo, que não foi convencionado na cédula de crédito bancário em exame o emprego da comissão de permanência, a par do que é manifestamente abusiva a previsão de taxa de juros de mora, para o período de inadimplemento, no patamar de 8,10% ao mês (campo 6 - fls. 25).

Destarte, não remanescendo dúvida de que o encargo de que ora se cuida é, de fato, ilegal e excessivamente oneroso ao autor, de rigor seja vedada a aplicação da taxa de juros moratórios de 8,10% ao mês, prevista para o período de inadimplemento, devendo ser empregada, no período de anormalidade contratual, a taxa de juros remuneratórios originalmente pactuada na questionada cédula, juros moratórios de 1% ao mês e multa de 2%, observados os contornos da Súmula n. 472, do C. Superior Tribunal de Justiça.

Dispositivo.

Em suma, esgotados nestes pontos o questionamento validamente devolvido à apreciação do tribunal, acolho em parte o recurso e julgo parcialmente procedente o pedido inicial para deixar assentado que, no período de inadimplemento e até final pagamento, deverão ser computados os juros remuneratórios previstos para o período de normalidade, juros legais de mora e multa de 2% sobre o débito, observados os contornos da Súmula n. 472, do C. Superior Tribunal de Justiça. Diante desse quadro, tem-se por configurada a sucumbência recíproca, mas não equivalente, de sorte que arcará o autor com o pagamento de 70% das custas processuais e a ré com os 30% remanescentes, arbitrados os honorários advocatícios em 20% sobre o valor atribuído à causa [R$ 13.092,45 (fls. 20)], observado o mesmo critério e proporção para a quantificação da verba

Acesso ao Sumário

honorária devida ao advogado de cada uma das partes.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1044134-91.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEXANDRE JESUS PINTO CIDADE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TRASNFORMADORES E SERVIÇOS DE ENERGIA DAS AMÉRICAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.906)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCOS GOZZO (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA e JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

HÉLIO NOGUEIRA, Relator

Ementa: Apelação Cível. Ação de indenização. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Conexão. Existência de ação de indenização, ajuizada anteriormente, que versa sobre o mesmo contrato. Prevenção estabelecida por julgamento anterior da E. 18ª Câmara de Direito Privado. Exegese do artigo 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível que objetiva a reforma da respeitável sentença de fls. 343/345, que, em ação de indenização, julgou improcedentes os pedidos e condenou o autor ao pagamento de todas as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, em favor da vencedora, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, ressalvada a gratuidade da justiça.

O autor, não conformado com a decisão, apela (fls. 426/430).

Alega, em síntese, ter ingressado com a presente ação indenizatória em face da apelada visando a condenação desta ao pagamento da indenização es-

tabelecida no artigo 27, 'j', da Lei nº 4.886/65, devido ao término da relação contratual. Juntou documentação a fls. 14/96.

Aduz não ter incorrido em nenhum dos motivos citados no artigo 35, pelo que faz jus ao recebimento da indenização prevista na norma legal, e não paga pela recorrida.

Argumenta que o fato de a rescisão ter sido motivada pelo fim do prazo estabelecido contratualmente, o que tornaria incabível o pedido indenizatório, não tem amparo legal, pois não consta no rol de motivos justos para rescisão previstos no art. 35 da Lei nº 4.886/65.

Frisa que a legislação não prevê a exclusão da obrigação de indenizar em decorrência de rescisão ante o fim do prazo estabelecido contratualmente.

Assevera, no mais, que após findo o contrato com a apelada TAEC, em menos de 2 (dois) meses firmou outro ajuste, porém, com sua pessoa jurídica individual, naquela ocasião, com a TSAL - Toshiba América Do Sul, como sabido, todas pertencentes ao mesmo conglomerado encabeçado pela Toshiba Corporation, ressaltando que no pertinente a este segundo contrato, que pode ser considerado uma prorrogação do primeiro (ambos os contratos possuem o mesmo teor), o recorrente também já distribuiu ação judicial pleiteando pela indenização nos moldes estabelecidos na legislação.

Pugna, assim, pelo integral provimento da apelação, para reformar a respeitável sentença.

Em contrarrazões, a apelada postula seja negado provimento ao recurso e mantida na íntegra a r. sentença (fls. 365/373).

É o relatório.

Não se conhece do recurso, porque há Câmara preventa.

Versam os autos sobre ação indenizatória, onde o autor alega ter firmado contrato de representação comercial com a requerida, em 01/04/2015, para agenciar e promover as vendas de produtos da "TOSHIBA".

Com o fim da relação, em 31/03/2016, alega que a empresa ré não o indenizou na quantia devida. Portanto, requer a condenação da ré ao pagamento de R$ 70.182,65 (setenta mil cento e oitenta e dois reais e sessenta e cinco centavos) a título de indenização.

Com efeito, o apelante alega (fls. 347/362) que "*teve que ingressar com duas demandas para tentar ver seu direito a uma mínima indenização legal reconhecidos: - a presente demanda, que promove na pessoa física, que compreende um contrato de representação comercial celebrado entre a Ré e a pessoa física do Autor, e que compreendeu o período de Janeiro/2015 a Março/2016, e; - outra demanda em curso e que segue para produção de prova pericial, sob n. 1041942-88.2020.8.26.0100 (ambas defendidas pela mesma banca advocatí-*

Acesso ao Sumário

cia, inclusive), neste caso, proposta pela pessoa jurídica constituída pelo Autor da presente (União Virtual Comércio Eletrônico e Representação Comercial Eireli), compreendendo contrato de representação comercial para o período de Maio/2016 a Novembro/2017" (fl. 349).

Em consulta ao sistema informatizado deste Tribunal, verifica-se que a referida Ação Indenizatória n. 1041942-88.2020.8.26.0100, proposta anteriormente à presente ação, em 22/05/2020, nela fora objeto o mesmo contrato desta indenizatória, e houve a interposição de Agravo de Instrumento nº 2169070-49.2021.8.26.0000 e Agravo Interno nº 2169070-49.2021.8.26.0000/50000, os quais foram recebidos pela E. 18ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do douto Desembargador Israel Góes Dos Anjos.

Reza o art. 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal que "a Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os outros recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados".

Nesse sentido, tendo que ambas as ações derivam do mesmo contrato e da mesma relação jurídica, conquanto versem sobre períodos diversos, a controvérsia jurídica entre ambas é idêntica.

Sendo assim, para respeitar o princípio do juiz natural, de rigor a remessa dos presentes autos para processamento e julgamento pela E. Câmara preventa.

Ante o exposto, por meu voto, não se conhece do recurso, com determinação de sua redistribuição à E. 18ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004407-87.2020.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D Oeste, em que é apelante TOTVS S/A, é apelado VERSATRONIC MOTORES ELÉTRICOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27468)**

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

São Paulo, 15 de outubro de 2021.

FÁBIO PODESTÁ, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULOS - Prestação de serviços de licenciamento e suporte de software - Inaplicabilidade do CDC - Software adquirido pela autora que se destina ao incremento de suas atividades - Contrato de cessão de uso de software coligado ao de implantação do sistema, cujos serviços são executados por empresa diversa - Formalização de distrato da implementação do sistema antes mesmo dos serviços serem concluídos pela empresa franqueada - Ausência de adimplemento contratual por parte da requerida/apelante, a justificar a cobrança levada a efeito, visto que o uso da licença é inerente à implantação do sistema, que não restou concretizada - Consequente rescisão do contrato coligado de licenciamento e inexigibilidade dos valores cobrados por força da avença que se impõe - Precedentes desta C. Corte - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de "*ação de rescisão contratual c/c declaração de inexigibilidade de títulos*" ajuizada por **VERSATRONIC MOTORES ELÉTRICOS LTDA**. em face de **TOTVS S/A**, julgada **procedente**, pela r. sentença de fls. 134/137, cujo relatório adoto, para o fim de decretar a rescisão do contrato celebrado entre as partes, sem qualquer reconhecimento de culpa, e para declarar a inexigibilidade de todos e quaisquer valores relativamente a essa mesma avença, condenando a requerida ao pagamento dos ônus sucumbenciais, com honorários advocatícios arbitrados em R$ 2.000,00.

Apela a ré, às fls. 140/154, sustentando preliminar de nulidade e cerceamento de defesa (fls. 143, item III). No mérito, afirma: (i) a inexistência de relação de consumo (fls. 145, item IV.1); (ii) os serviços de implantação do software, contra os quais se insurge a autora, foram contratados com a empresa IP SÃO PAULO SISTEMA DE GESTÃO EMPRESARIAL LTDA., que não integra o mesmo grupo econômico que a apelante (fls. 149, item 39); (iii) as partes firmaram contrato exclusivo de licenciamento e suporte de software (fls. 149, item 40); (iv) inexiste qualquer responsabilidade da apelante quanto ao contrato de implantação (fls. 150, item 42), que é desvinculado do contrato de

Acesso ao Sumário

licenciamento (fls. 150, item 44); (v) desenvolveu e disponibilizou o software, cumprindo com suas obrigações contratuais (fls. 150, item 46 e fls. 153, item 56), sendo, portanto, legítimos os valores recebidos (fls. 153, item 57); (vi) realizou a baixa das faturas emitidas, após o pedido de cancelamento dos CNPJs (fls. 154, item 64).

Recurso tempestivo, preparado e contra-arrazoado às fls. 160/170.

É o relatório.

Inicialmente, rejeita-se a alegação de nulidade da r. sentença e cerceamento de defesa (suscitada às fls. 143, item III), visto que o feito já contemplava os elementos suficientes para a solução da demanda, tornando desnecessária e despicienda a produção de outras provas, ressaltando-se que cabe ao juiz determinar as pertinentes para a instrução do feito, indeferindo aquelas inúteis ou protelatórias (art. 370, parágrafo único, CPC), e, na hipótese, eventual produção de prova oral não afastaria a conclusão tirada a partir do conjunto fático-probatório documental já constante dos autos.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Inaplicável, na espécie, o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a autora não se adequa ao conceito de destinatário final (CDC, art. 2º), já que o software adquirido se destina ao incremento de suas atividades mercantis.

Em que pese as alegações da apelante, o contrato de licenciamento de uso do software é coligado ao de implantação do sistema, pois, apesar de aparentemente independentes, são funcionalmente interligados, na medida em que a licença do software não tem razão de existir sem a respectiva implantação, e vice-versa.

E, nesse sentido, formalizado distrato da implementação do sistema (às fls. 52/56) antes mesmo dos serviços serem concluídos pela empresa franqueada IP SÃO PAULO SISTEMA DE GESTAÇÃO EMRESARIAL LTDA. - contratada para tanto, às fls. 26/43 -, não se cogita do alegado adimplemento contratual por parte da apelante, a justificar a cobrança levada a efeito (fls. 66), visto que a finalidade principal do contrato celebrado entre as partes, qual seja, permitir a utilização do software, somente se concretizaria com o regular funcionamento do sistema, que sequer chegou a ser instalado.

Logo, considerando-se que o uso da licença é inerente à implantação do sistema, que não restou concretizada, e fora, inclusive, rescindida (às fls. 52/56), era mesmo o caso de se decretar a rescisão do contrato coligado de licenciamento, e declarar, por conseguinte, a inexigibilidade dos valores cobrados por força da avença.

Nesse sentido, a jurisprudência desta C. Corte:

*RESCISÃO CONTRATUAL, DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. **Contrato de ces-***

Acesso ao Sumário

são de direito de uso de software e serviços complementares (ré Totvs) e de implantação do software (ré IDX). *Inobservância do cronograma estabelecido e não entrega do produto.* ***Mera disponibilização do software, a ser implantado por outra empresa. Serviço que se revela ineficaz. Inutilidade da prestação. Coligação contratual. Resolução de ambos os contratos de rigor***. *Relação de consumo não vislumbrada. Inexistência de solidariedade. Resolução por inadimplemento (art. 475 do CC) que dispensava aviso prévio. Existência de justa causa para o término da avença. Negativação do nome de pessoa jurídica. Dano moral caracterizado (Súmula 227 do STJ). Indenização devida. Quantum reduzido para R$10.000,00. Recursos parcialmente providos.* (Apelação Cível 1002350-78.2021.8.26.0269; Relator Desembargador: Milton Carvalho; 36ª Câmara de Direito Privado; Dje: 21/09/2021).

Prestação de serviços (cessão de uso de software e outros serviços de implantação do sistema). Resolução contratual. contratos coligados. Forçoso reconhecer que a adesão ao contrato de cessão de direito de uso de software ("CDU") e serviços mensais de software ("SMS") envolvem a implantação do recurso oferecido pela Ré, o que demonstra o vínculo de dependência recíproca. Assim, se são contratos coligados, a solução do empasse deverá ser a mesma para os fatos litigiosos. *culpa da fornecedora pela falha prestação do serviço. sentença de parcial procedência mantida. Está demonstrado nos autos que a Ré não cumpriu a contento com as suas obrigações decorrentes dos contratos. Ademais, os infortúnios experimentados pela Autora não podem ser considerados insignificantes, como pretende defender a Apelante. À míngua de demonstração de uma causa excludente de responsabilidade, o reconhecimento da culpa da Ré pela resolução do contrato era mesmo medida que se impunha, nos termos previstos no artigo 475 do Código Civil. Apelação não provida.* (Apelação Cível 1035449-43.2016.8.26.0001; Relatora Desembargadora: Sandra Galhardo Esteves; 12ª Câmara de Direito Privado; Dje: 25/05/2021).

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ***PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LICENÇA E USO DE SOFTWARE - IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA QUE NÃO SE APERFEIÇOOU*** *- FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS EVIDENCIADA - RÉS QUE NÃO SE DESINCUMBIRAM DO ÔNUS, NOS TERMOS DO ART. 373, II, CPC/2015 -* ***NÃO DEMONSTRADA REGULARIDADE NA EMISSÃO DOS TÍTULOS E O CONSEQUENTE PROTESTO DOS MESMOS*** *- INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO BEM RECONHECIDA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.* (Apelação Cível 1014075-62.2015.8.26.0564; Relator Desembargador: Paulo Roberto de Santana; 23ª Câmara de Direito Privado; Dje: 17/12/2018).

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

Acesso ao Sumário

Em virtude do que estabelece o art. 85, § 11, do CPC, majoram-se os honorários sucumbenciais devidos pela apelante para R$ 2.500,00.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010672-43.2020.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A., é apelado JPS COMÉRCIO DE FRUTAS E LEGUMES LTDA.-ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 46820)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente), ERICKSON GAVAZZA MARQUES e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 20 de outubro de 2021.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Plano de Saúde - Execução de Título Extrajudicial - Embargos à Execução - Inaplicabilidade da Resolução 412, da ANS - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Cobrança abusiva de aviso prévio relativo à rescisão de contrato de plano de saúde coletivo, ante a desvantagem do consumidor - Nulidade do artigo 17 da RN 195 da ANS declarada em Ação Civil Pública - Aplicação - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença de fls. 96/99 que julgou procedentes os embargos à execução, para declarar extinta a exigibilidade dos prêmios vencidos em 05/09/2019 e 05/10/2019 e, por consequência, julgou extinta a execução, condenando a embargada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da execução.

Recurso (fls. 103/112): pugna pela reforma do julgado, alegando inaplicabilidade da Resolução Normativa 412, da ANS, pois cuida-se de contrato de plano de saúde coletivo empresarial, devendo serem aplicadas as regras do artigo 17, da Resolução 195, daquela agência; que a RN 455 foi publicada em 30.03.2020, devendo atingir apenas os contratos firmados a partir deste período, não se aplicando ao caso, devendo ser considerada lítica a cobrança de aviso prévio de 60 dias.

Tempestivamente interposto o recurso, foram apresentadas as contrarrazões (fls. 118/123) e verificando-se presentes os requisitos de admissibilidade, fica recebido em seus regulares efeitos.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório, ao qual se acresce o da sentença.

De início salienta-se serem aplicáveis aos planos de saúde, as disposições do Código de Defesa do Consumidor, porquanto e segundo Cláudia Lima Marques,

> "*[...] apesar da L.9656/98, na sua versão atual, nominar os antigos contratos de seguro-saúde como planos privados de assistência à saúde, indiscutível que tanto os antigos contratos de seguro-saúde, os atuais planos de saúde, como os, também comuns, contratos de assistência médica possuem características e sobretudo uma finalidade comum: o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor e de sua família ou dependentes. Mencione-se, assim, com o eminente Professor e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que: 'Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro- saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código[...]* ""[1].

Além do mais, tal entendimento hoje está pacificado, com a edição da Súmula 608 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado segue:

> "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão*".

Consta da inicial que as partes entabularam contrato coletivo de plano de saúde em agosto de 2017; que em 03.09.19, a apelada solicitou o cancelamento do contrato através do SAC e em 05.09, encaminho carta, constando a solicitação, conforme orientação recebida por uma atendente.

No entanto, a apelante após a rescisão ajuizou execução de título extraju-

1 Contratos no Código de Defesa do Consumidor - 4ª ed. p.399

Acesso ao Sumário

dicial com vistas à cobrança das mensalidades dos meses de setembro e outubro, cuja cobrança considera abusiva e da qual se defende por meio da presente demanda, julgada procedente e motivo do inconformismo ora analisado.

Pois bem.

Verifica-se que a apelante, inconformada com a declaração da inexigibilidade da cobrança, pretende seja a r. sentença reformada, defendendo a sua legalidade.

Parcial razão assiste a recorrente, pois inaplicável ao caso, as regras da Resolução Normativa 412, da ANS, pois referente a contratos individuais e familiares.

Em relação à necessidade de cumprimento de aviso-prévio de sessenta dias para a rescisão contratual, em razão da existência de cláusula contratual expressa, tem-se que o cumprimento deste período não pode ser aplicado, visto que o contrato já vigorava por mais de doze meses quando houve o pedido de cancelamento, além de tratar-se de imposição excessivamente onerosa ao consumidor.

Assim e ainda que exista cláusula contratual expressa quanto à necessidade de haver o pagamento dos prêmios durante o período de 60 dias após o pedido de cancelamento do contrato, o Código de Defesa do Consumidor dispõe 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;

..."

Saliente-se 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.

Ademais disso, há decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0136265-83.2013.4.02.51.01 no sentido de que a exigência de fidelidade contratual e cobrança por cobranças por rescisão contratual estão proibidas, por considerar que a situação autorizada pelo artigo 17, da Resolução Normativa nº 195/09 da ANS coloca o consumidor em desvantagem exagerada, ferindo as normas do CDC.

Nesse sentido:

"Apelação Cível - Plano de saúde - Ação declaratória de inexigibilidade

Acesso ao Sumário

de débito cumulada com obrigação de fazer - Controvérsia quanto à legalidade da cobrança das mensalidades no período de notificação prévia de 60 dias para cancelamento do contrato coletivo - Cláusula contratual de exigência de aviso prévio que tem 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 - Abusividade da cláusula contratual que exige notificação prévia de cancelamento de 60 dias reconhecida - Impossibilidade de cobrança das mensalidades após a solicitação de cancelamento do contrato - Inexigibilidade do débito reconhecida - Dever da operadora de retirar o nome da autora dos órgãos de proteção ao crédito - Sentença reformada. Dá-se provimento ao recurso".*

(AC 1013932-95.2019.8.26.0576, 1ª Câmara de Direito Privado, Relatora Desembargadora Christine Santini, j. 11/06/2020).

"PLANO DE SÁUDE COLETIVO EMPRESARIAL. RESILIÇÃO. Denúncia vazia da estipulante antes do decurso do prazo contratual de 12 meses. Hipótese dos autos que retrata, na verdade, resolução do contrato por inadimplemento da operadora do plano de saúde, possibilitando extinção imediata do contrato. Ausência de prova acerca de previsão contratual relativa ao cumprimento de aviso prévio por parte do segurado. Ré que nem sequer juntou aos autos o contrato de plano de saúde em que se fundamenta a cobrança realizada. Fundada dúvida acerca da natureza dos indébitos, a indicar que se trata de multa compensatória por desrespeito à aludida cláusula de fidelidade. Imposição de multa compensatória por violação da cláusula de fidelidade. Inadmissibilidade. Disposição abusiva, à luz da legislação consumerista. Cláusula autorizada pelo art. 17, §1º, da Resolução Normativa ANS nº 195/09. Dispositivo normativo declarado nulo no julgamento da ação coletiva nº 0136265-83.2013.4.02.5101, que tramitou pelo TRF2. Dano moral configurado. Indevida inscrição do nome da autora em cadastro de proteção ao crédito. Possibilidade de fixação de dano moral em favor de pessoas jurídicas. Súmula 227 do STJ. Manutenção do quantum indenizatório fixado pela r. Sentença, suficiente a atender às funções reparatória e punitiva. Sentença mantida. Recurso improvido".

(AC 1021619-92.2019.8.26.0554, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Francisco Loureiro, j. 27/07/2020).

Assim, não é possível a cobrança das mensalidades posteriores ao pedido de cancelamento, salientando-se que a decisão proferida na ação civil pública é anterior ao contrato entabulado entre as partes, sendo indiferente o fato de ter

Acesso ao Sumário

sido publicada a nova Resolução pela ANS em data posterior.

Destarte, dá-se parcial provimento ao apelo, apenas para declarar a inaplicabilidade, ao caso, da Resolução 412, da ANS, mantendo-se, quanto ao mais, a r. sentença recorrida.

Essas as razões pelas quais se entende ser caso de dar-se parcial provimento do recurso interposto, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente à outra conclusão, inclusive no tocante a eventual prequestionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003208-40.2020.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante EMERSON ALEXANDRE ANUNCIAÇÃO, são apelados NEOFARM EMP IMOBILIARIOS S/A, LUCIANO OLIVEIRA BATISTA, INALDO CATARINO DOS SANTOS, PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEVI, UNIÃO FEDERAL - PRU e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34125)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente sem voto), HERTHA HELENA DE OLIVEIRA e MARIA SALETE CORRÊA DIAS.

São Paulo, 22 de outubro de 2021.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: USUCAPIÃO - CONCESSÃO DE GRATUIDADE - INDEFERIMENTO DA EXORDIAL - INVIABILIDADE - DECISÃO PUBLICADA DE FORMA INCOMPLETA - SENTENÇA ANULADA -

APELO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível, vituperando a R. sentença de fls., que julgou extinta Ação de Usucapião, sem resolução do mérito, indeferida a exordial, não providenciando o Autor complementação determinada pelo Juízo, insuficientes as informações prestadas e documentos trazidos.

Insurge-se o Requerente, aduzindo da erronia da publicação do despacho, o qual mandou à complementação de informações e documentos, somente publicado parte do decisório, evidente o prejuízo para o Apelante se mantida a extinção, cumprida a parte publicada, necessária a anulação do decisório. Pediu gratuidade.

É o brevíssimo relato.

À guisa de exórdio, ante os documentos carreados às fls. 11/14, fica deferida a gratuidade para o Autor.

No mais, a insurgência está em obra de se receber; ver que a decisão que mandou à complementação da exordial (fls. 30/32), fôra publicada somente em parte, de acordo com a Certidão de fls.33.

Desta feita, malgrado a facilidade do processo eletrônico, a intimação para o cumprimento dos atos é indispensável, evidente a nulidade da R. sentença e prejuízo para o Autor com a extinção do feito, inviável a presunção de intimação da parte acerca da integralidade do decisório.

Nesse sentido, já decidiu este Desembargo:

"EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - Não recolhimento das custas - Publicação incompleta da decisão - Ausência de intimação da parte autora - Nulidade - Sentença anulada - Recurso provido" (AC nº 1019238-23.2016.8.26.0003; Rel. Des. Alcides Leopoldo; V.U. j. 6/4/2018).

Desta feita, DEFERE-SE PROVIMENTO ao recurso; anulada a sentença, e retornando os autos para o Primeiro Grau, com a publicação correta do decisório e abertura de novo prazo para as correções apontadas.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cí-

Acesso ao Sumário

vel nº 2175439-59.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é embargante MOACYR COLLACO (POR CURADOR) e Interessado MARCOS AVELAR COLLAÇO (CURADOR(A)), é embargado EXMO. SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR RELATOR DA 20. CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38586)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente), RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, NUNCIO THEOPHILO NETO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR e CORREIA LIMA.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: RECURSO - Embargos de declaração - Inexistência de contradição, omissão, obscuridade, equívoco ou erro material - Embargos rejeitados.

VOTO

Vistos.

Contra a r. decisão monocrática de fls. 88/94, que julgou o mandado de segurança em questão extinto, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, ingressa a parte impetrante com embargos de declaração, sustentando que: (a) "o Impetrante aqui Embargante interpôs o recurso de Agravo Interno contra a r. decisão proferida pelo Eminente Desembargador impetrado que ao apreciar o seu Recurso de Agravo de Instrumento indeferiu pedido de efeito suspensivo nele formulado"; e (b) "impõe-se o acolhimento dos presentes Embargos de Declaração fim de seja desfeita a omissão na r. decisão embargada, pois o Embargante formulou sim o Recurso de Agravo Interno contra a r. decisão proferida no Agravo de Instrumento que lhe negou o efeito suspensivo solicitado no aludido recurso de modo a permitir que a presente ação constitucional tenha o seu curso regular".

É o relatório.

A r. decisão monocrática embargada não padece dos vícios previstos no art. 1.022, do CPC/2015.

Não existe na r. decisão monocrática manifesto equívoco, que autorize o recebimento dos presentes embargos declaratórios, com efeito infringente do

Acesso ao Sumário

julgado.

Da simples leitura da r. decisão monocrática, no qual foram especificados as normas aplicáveis e os julgados para casos análogos, no que interessa aos presentes embargos de declaração, verifica-se que foi decidido que: **(i)** "1. Impõe-se a extinção do presente mandado de segurança, sem julgamento do mérito, pois ausente o interesse de agir, ante a inadequação da via eleita, hipótese prevista no art. 485, VI, do CPC/2015"; **(ii)** "1.1. Quanto ao cabimento de mandado de segurança contra ato judicial, adotam-se as seguintes orientações: **(a)** da Súmula 267 do Eg. STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição" (Súmula 267/STF); **(b)** dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: **(b1)** "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL SUJEITO A RECURSO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 267/STF. PRECEDENTES. **1. Na forma estabelecida no art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533/51, não cabe impetração de mandado de segurança como sucedâneo de recurso legalmente cabível. 2. Após as inovações trazidas pela Lei n. 9.139/95, mandado de segurança contra ato judicial somente é admitido nos casos de decisão judicial teratológica. 3. 'Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição' (Súmula n. 267/STF). 4. Recurso ordinário desprovido.**" (STJ-4ª Turma, RMS 24.252/SP, 5el. Min. João Otávio Noronha, v.u., j. 27/05/2008, DJe 09/06/2008 LEXSTJ vol. 229 p. 98, o destaque não consta do original); **(b2)** "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO CABIMENTO DO MANDAMUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO JUDICIAL. NÃO VERIFICAÇÃO DE NENHUMA EXCEPCIONALIDADE APTA A AUTORIZAR O RECEBIMENTO DO WRIT. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. **Não é cabível a impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal (Súmula 267/STF). 2. Excepcionalmente, é admissível o manejo do mandado de segurança contra ato judicial, quando tratar-se de decisão judicial manifestamente ilegal, abusiva ou teratológica ou quando impetrado por terceiro prejudicado (Súmula 202/STJ). 3. Na hipótese dos autos, não ocorreu nenhuma das duas excepcionalidades. Não se trata de decisão judicial manifestamente ilegal, abusiva ou teratológica, tampouco as impetrantes podem ser consideradas terceiras prejudicadas pelo ato dito coator.** 4. Se o recurso cabível para discutir a decisão dita coatora era mesmo o agravo de instrumento efetivamente interposto pelas partes, logo seu julgamento com trânsito em julgado tornou prejudicada a discussão trazida no presente mandado de segurança. 5. Agravo regimental improvido" (STJ-3ª Turma, AgRg no Recurso em MS 47.956-MS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, v.u., j. 27/06/2017, DJe 02/08/2017, o destaque não consta do original); **(b3)** "AGRAVO INTERNO NO RECURSO OR-

Acesso ao Sumário

DINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. SÚMULA 267 DO STF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE, TERATOLOGIA OU CARÁTER ABUSIVO NA DECISÃO COMBATIDA. SÚMULA 267/STF. 1. É **incabível o mandado de segurança quando impetrado contra decisão judicial sujeita a recurso específico ou transitada em julgado, mormente porque tal remédio constitucional não representa panaceia para toda e qualquer situação, nem é sucedâneo do recurso específico ou da ação rescisória. Inteligência da Súmula 267/STF. 2. O mandado de segurança somente pode ser impetrado contra ato judicial, quando cristalizado o caráter abusivo, a ilegalidade ou a teratologia na decisão combatida, situação que não ocorreu nos autos.** 3. Agravo interno não provido" (STJ-4ª Turma, AgInt no Recurso em MS nº 51.888 - RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 23/05/2017, DJe 26/05/2017, o destaque não consta do original); **(b4)** "AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. DECISÃO JUDICIAL RECORRÍVEL. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE OU TERATOLOGIA. SÚMULA 267/STF. AGRAVO IMPROVIDO. 1. **Em atenção ao enunciado da Súmula 267/STF, em regra é incabível mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso. Precedentes. 2. Não foi evidenciado pelo recorrente que recorrente o caráter abusivo ou teratológico do ato judicial impugnado.** 3. Agravo interno não provido" (STJ-2ª Turma, AgInt no Recurso em MS nº 54.114 - RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, v.u., j. 22/08/2017, DJe 28/08/2017, o destaque não consta do original); **(b5)** "ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO, NA ORIGEM, CONTRA DECISÃO JUDICIAL NÃO INQUINADA DE ABUSIVIDADE OU TERATOLOGIA. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO DA SERVIDORA DESPROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 1. Extrai-se dos autos que o writ foi impetrado contra ato judicial que atribuiu efeito suspensivo à Apelação manejada pela UFMG, a fim de evitar o pagamento imediato de determinadas parcelas vencimentais devidas à Servidora. 2. **Esta Corte tem entendimento de que somente é cabível Mandado de Segurança das decisões judiciais ilegais, proferidas com abuso de poder ou teratológicas, o que não se verificou nos presentes autos. Precedentes: AgRg no MS 22.653/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 15.12.2016 e, no mesmo sentido, AgInt no RMS 43.662/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 7.12.2016. 3. A impetração de Mandado de Segurança contra ato judicial é, na tradição do Direito Constitucional e processual brasileiros, iniciativa judicial de natureza especialíssima e, por isso mesmo, somente admitida em casos de extremada especialidade. 4. A doutrina jurídica mais autorizada sobre o tema ensina - e a jurisprudência dos**

Acesso ao Sumário

Tribunais confirma - que o pedido mandamental, para adversar decisão judicial, deve demonstrar que se trata de ato teratológico, ou seja, exótico, bizarro, agressivo da normalidade da atuação do Magistrado e capaz de produzir sobre a relação jurídica controvertida prejuízo de monta que não possa ser reparado. Além do mais, requer-se que inexista, no ordenamento jurídico, medida processual recursal apta a obviar os efeitos da decisão enfocada no writ. 5. Agravo Interno da Servidora desprovido" (STJ-1ª Turma, AgInt no Recurso em MS nº 44.690 - MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 06/06/2017, DJe 19/06/2017, o destaque não consta do original); e (c) de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery anotam: "**Ato judicial. Função cautelar do MS.** O mandado de segurança, salvo situações excepcionais, não se afeiçoa à figura de uma ação de impugnação autônoma de atos judiciais, mantendo-se como colmatador das lacunas do sistema recursal. Assim, sua função é permitir que os recursos propiciem resultado eficaz, se e quando providos. Ou seja, o *writ* assume em regra, respeitados os posicionamentos em contrário, um papel nitidamente cautelar, assegurando, assim, o resultado útil de recurso interposto, motivo pelo qual se investiga para sua concessão a presença do *periculum in mora*, consistente na presença de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, e do *fumus boni iuris* que ressuma da teratologia da decisão judicial atacada pelo *mandamus*" (1º TACivSP, 4ª Câm., MS 523724, rel. Juiz Donaldo Armelin, v.u. j . 29.10.1992). No mesmo sentido: "O mandado de segurança impetrado com vistas à comunicação de efeito suspensivo a agravo tem natureza cautelar e depende, para sua concessão, da demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*" (STJ, 4ª t., RMS 5444-6-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, v.u., j. 30.5.1995, DJU 4.9.1995, p. 27834); **(iii)** "1.2. Na espécie, da análise dos autos, verifica-se que a r. decisão impugnada, no presente mandado de segurança, indeferiu pedido de efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 2134109-82.2021.8.26.0000, nos seguintes termos: 'Trata-se de agravo de instrumento interposto por Moacyr Collaco contra a r. decisões interlocutórias (fls. 221 e 233 do processo) que, em cumprimento de sentença, deliberaram que a ação rescisória ajuizada pelo executado, ora agravante, não goza de efeito suspensivo; portanto, (i) não há empecilho ao praceamento do imóvel; (ii) é desnecessário se constar no edital ser o requerido pessoa incapaz, tampouco a existência de ação pauliana, pois 'tratando-se de título definitivo, caracterizado pela coisa julgada, eventual procedente da ação somente acarretará a obrigação de o exequente recompor o o réu às perdas e danos decorrentes da privação do bem, devendo ser prestigiada a segurança jurídica e o terceiro de boa-fé'. Irresignado, pretende o recorrente, a suspensão imediata do cumprimento da sentença e sua posterior anulação, uma vez que, na ação principal, objeto de ação rescisória, apesar de o executado ser pessoa incapaz, o Ministério Público não atuou como fiscal da lei. Pugna pela concessão do efeito suspensivo e, ao final,

Acesso ao Sumário

pelo provimento do recurso. Decido. Presentes os requisitos dos artigos 1016 e 1017 do CPC, recebo este recurso de agravo de instrumento. Em sede de cognição sumária e provisória, principalmente pelo fato de o cumprimento de sentença estar embasado em título executivo judicial e terem sido afastadas as impugnações apresentadas pelo executado, ora agravante, inclusive em segundo grau, homologando-se a avaliação dos imóveis, denego o efeito suspensivo ao presente agravo' (fls. 68/69). Da leitura da inicial, depreende-se que pleiteiam os impetrantes, no presente mandado de segurança, que 'seja concedida em seu favor uma liminar no sentido de que o seu recurso de agravo de instrumento de nº 2134109-82.2021..26.0000 em curso perante a Egrégia 20ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça seja processado com efeito suspensivo, suspendendo por consequência a realização de atos de alienação através do leilão que se processa no cumprimento de sentença na primeira instância'"; **(iv)** "1.3. No que tange à r. decisão impugnada, o presente writ foi impetrado em **28.07.2021**. Na espécie, nos termos da orientação *supra*, reconhece-se a falta de interesse de agir da parte ora impetrante, parte agravante executada em cumprimento de sentença, ante a inadequação da via eleita, pela impetração de mandado de segurança, objetivando a reforma da r. decisão monocrática do Exmo. Des. Relator impetrado, que indeferiu de efeito suspensivo em agravo de instrumento, buscando suspender leilão designado, visto que a r. decisão monocrática em questão pode ser impugnada por recurso próprio, qual seja, agravo interno, nos termos do art. 1.021, do CPC/2015, e art. 253, do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça, sendo certo que o mandado de segurança não pode ser impetrado como sucedâneo de recurso (Súmula 267/STF). Destarte, de rigor, a extinção do presente mandado de segurança, sem julgamento do mérito, ante a falta de interesse de agir, pela inadequação da via eleita, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015, prejudicada a apreciação do pedido de liminar. Nesse sentido, para casos análogos, mas com inteira aplicação à espécie, a orientação dos julgados extraídos do site deste Eg. Tribunal de Justiça: **(a)** "**MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração contra decisão monocrática da Relatora Sorteada que não conheceu do recurso de apelação interposto pelo autor - Descabimento - Ato judicial recorrível por meio de agravo de interno - Inteligência do art. 253 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça e do art. 1.021 do CPC/2015 - Mandado de segurança não é sucedâneo recursal - Aplicação da Súmula 267 do STF - Petição inicial indeferida**" (10º Grupo de Direito Privado, Mandado de Segurança Cível 2081838-04.2018.8.26.0000, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 20/08/2018, o destaque não consta do original); e **(b)** "**PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO JUDICIAL - Decisão agravada que indeferiu monocrática e liminarmente mandado de segurança impetrado contra ato coator praticado pelo Relator de recurso de agravo de instrumento, que negou a**

Acesso ao Sumário

concessão de tutela de urgência recursal - Decisão contra a qual cabia a interposição de recurso de agravo interno (CPC, art. 1.021; RITJSP, art. 253), com a possibilidade de obtenção de efeito suspensivo (CPC, art. 995, par. ún**.) - Ausência de teratologia ou abuso de poder na r. decisão impetrada - Inteligência e aplicação dos arts. 5º, II, e 10 da Lei nº 12.016/2009, dos arts. 253 e 255 do RITJSP, e da Súmula nº 267 do E. STF, ainda em plena vigência - Precedentes do E. STF** - Recurso desprovido" (1º Grupo de Direito Público, Agravo Interno Cível 2075428-56.2020.8.26.0000, rel. Des. Carlos von Adamek, j. 29/06/2020, o destaque não consta do original)".

Esses fundamentos são mais que suficientes para rejeitar os embargos de declaração.

O não acolhimento das teses da parte embargante não caracteriza omissão, nem afronta aos dispositivos legais mencionados nos embargos de declaração.

Não se vislumbra contradição alguma a ser sanada, porquanto inexistentes proposições inconciliáveis na r. decisão monocrática embargada.

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 da r. decisão monocrática embargada.

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).

Ante o exposto, **os embargos de declaração são rejeitados.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2182771-14.2020.8.26.0000/50002, da Comarca de Sorocaba, em que são embargantes CONSTRUTORA JULIO & JULIO LTDA., JULIO E JULIO CONCREMAX LTDA., JULIO & JULIO MINERAÇÃO LTDA. e JULIO JULIO ASFALTOS LTDA., é embargado EXMO. SR. DESEMBARGADOR DA 16ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45674)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente sem voto), VICENTINI BARROSO, MIGUEL PETRONI NETO, MAURO CONTI MACHADO, COUTINHO DE ARRUDA, ACHILE ALESINA e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 3 de setembro de 2021.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DIRIGIDOS AO ACÓRDÃO DE FLS. 42/46, PELO QUAL FOI NEGADO PROVIMENTO A RECURSO DE AGRAVO INTERNO INTERPOSTO PELOS EMBARGANTES - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO, PORQUE A TURMA JULGADORA NÃO APRECIOU, DE MANEIRA EXPRESSA, AS RAZÕES RECURSAIS COMO DEDUZIDAS, NOTADAMENTE NO QUE DIZEM RESPEITO AO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA QUE IMPETRARAM, BEM COMO ACERCA DA POSSIBILIDADE DO RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL SEM A NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - ACÓRDÃO QUE EXPLICITA COM SUFICIÊNCIA OS MOTIVOS QUE GERARAM O CONVENCIMENTO DO ÓRGÃO JULGADOR, COM CONCENTRAÇÃO NO NÚCLEO DA RELAÇÃO JURÍDICA TORNADA LITIGIOSA - INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES A SE SUPRIR - ADEQUAÇÃO DO ACÓRDÃO ATACADO AO CASO CONCRETO, INCLUSIVE NO QUE DIZ RESPEITO A REJEIÇÃO DO AGRAVO INTERNO, PORQUE EXPRESSAMENTE AMPARADA POR LEI A PROVIDÊNCIA ADOTADA - EXEGESE DO ART. 1.021, §4º, DO CPC EM VIGOR - EMBARGOS REJEITADOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de Embargos de Declaração interpostos por **CONSTRU-**

TORA JULIO & JULIO LTDA., JULIO E JULIO CONCREMAX LTDA., JULIO JULIO MINERAÇÃO LTDA., e JULIO JULIO ASFALTOS LTDA., estes dirigidos ao Acórdão que vem encartado a fls. 42/46, pelo qual foi negado provimento a Recurso de Agravo Interno interposto pelos Embargantes, uma vez tirado contra R. Decisão Monocrática que vem a fls. 306/310, pela qual não foi conhecido Mandado de Segurança impetrado contra R. Decisão que vem copiada a fls. 227/229, nos moldes em que proferida pelo **EXMO. SR. DESEMBARGADOR MIGUEL PETRONI NETO**, na condição de Relator do Recurso de Apelação nº 1027145 -27.2018.8.26.0602, recurso este que foi interposto contra R. Sentença proferida em Embargos à Execução opostos por **SOBRENCO ENGENHARIA LTDA.**, o que se deu diante do reconhecimento da presença de deserção.

Inconformados com os termos definidos pelo Acórdão proferido, dela recorrem os impetrantes, conforme dão conta por meio de suas razões que vem juntadas a fls. 01/30, o que fazem na busca de ter por aclarado o entendimento adotado por parte desta Turma Julgadora, sustentando para tanto que o Acórdão guerreado foi omisso no tocante ao adequado cabimento do "mandamus" que impetraram contra a V. Decisão que foi proferida em feito de Relatoria do Exmo. Desembargador Miguel Petroni Neto, conforme lançada em Embargos de Declaração, e não da Decisão por ele proferida que não conheceu do Apelo como interposto, uma vez reconhecida indevidamente deserção.

Não bastasse o quanto exposto, sustentam ainda a efetiva possibilidade do recolhimento do preparo recursal, a se dar sem a necessária atualização da base de cálculo que foi determinada pelo então Relator Exmo., aspecto este que, tivesse sido devidamente observado, permitiria o efetivo conhecimento do Apelo por eles interposto. Por fim, dão conta da indevida aplicação da penalidade prevista pelo artigo 1.021, §4º, do CPC, uma vez que por se tratarem de autores da demanda executiva intentada contra "Sobrenco Engenharia e Comércio Ltda.", devem ser tidos como os verdadeiros e únicos interessados na regular tramitação do feito, o que impede o reconhecimento de eventual comportamento protelatório, de sorte a justificar a penalidade indicada, razão pela qual pediram pelo acolhimento de seus reclamos, na busca de ter por sanadas as incorreções como por eles apontadas.

Devidamente processado o recurso, a interessada, conforme dá conta a certidão de fls. 37/39, apresentou sua devida manifestação, momento em que vieram então os autos a este Relator, de sorte a ser reapreciada a matéria como já colocada e recolocada em debate no curso do desenrolar do processo.

É o relatório.

Os Embargos Declaratórios como opostos não merecem prosperar, pois conforme se verifica do bojo das razões de inconformismo, os embargantes pre-

Acesso ao Sumário

tendem rediscutir as questões dos autos, contestando as conclusões da Decisão embargada, o que equivale a dizer que os presentes Embargos Declaratórios apresentem nítido caráter infringente, sendo que para esse fim não se presta o recurso manejado.

Ademais, o Juiz não precisa fundamentar de forma exaustiva todos os aspectos de sua Decisão, pois: "***O Poder Judiciário, para expressar sua convicção, não precisa se pronunciar sobre todos os argumentos suscitados pelas partes...***" (STJ, REsp 38.544, SP), não se devendo descartar, ainda, a verdadeira lição transcrita em RJTJESP - Lex 79/224, que assim define: "***O magistrado sentenciante não está obrigado a debater ou rebater, ponto por ponto, as razões das partes. Colhe delas apenas o que é relevante para fundamentar o julgado e até as despreza de todo, sem que se increpe de nulidade***".

Assim, de rigor ter em conta que a pretensão recursal como exteriorizada deve ser no todo rejeitada, uma vez que, consoante reiteradamente decidido, os Embargos Declaratórios só têm lugar quando presentes omissão, contradição, ou até mesmo obscuridade, desde que apurada no corpo do julgado, não comportando, portanto a rediscussão, seja da causa, seja da Decisão aos quais dirigidos, sendo certo, ademais, que eventual erro na apreciação da prova, ou até mesmo na interpretação dos textos de Lei, não possam ser corrigidos pelo acionamento da via dos Embargos de Declaração.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente vem decidindo, que: "***Os embargos de declaração são recurso de natureza singular, cujo objetivo é a declaração do verdadeiro sentido de uma decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão (CPC, art. 535), não se prestando a corrigir decisão supostamente errada, nem lhe sendo, em regra, característico o efeito modificativo***" (EDAGA n.º 273.930/SP, DJU de 8/10/01, rel. Min. Castro Filho)

Portanto, bem se nota que os embargantes pretendem ver reformada a Decisão como proferida, lançando mão, todavia, de caminho processual que se mostra inadequado a esse fim. Consoante ensinamentos colhidos de Nelson e Rosa Maria Nery, em verdade se mostra totalmente permitido entender que: "***Os embargos de declaração têm finalidade de completar a decisão em que haja omissão ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo, da decisão embargada, mas sim, integrativo ou declaratório. Como regra, não têm caráter substitutivo, modificativo ou infringente do julgado. Não mais cabem quando há dúvida na decisão (CPC 535, I, redação da L. 8.950/94 1º)***" (Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, pág. 781).

Diante de tais elementos, forçoso concluir que inviável se mostra a utilização do recurso integrativo, quando a pretensão, na realidade, implica em se

Acesso ao Sumário

reapreciar os limites do julgado, de sorte a que a prestação jurisdicional seja alterada para atender as expectativas dos embargantes, isto porque "omissão não se confunde com insatisfação" (EDcl no AgRg no Resp nº461.809-RN, Rel. Min. Gilson Dipp).

Superados tais aspectos, e apenas para que não se alegue nova omissão, necessário dizer com relação a aplicação da penalidade que foi reconhecida em desfavor dos embargantes, que razão também não assista aos seus reclamos, uma vez que a sanção prevista pelo artigo 1.021, §4º, do CPC de 2015, decorre da manifesta inadmissibilidade/improcedência do Agravo Interno, o que de fato resultou reconhecido pela Decisão atacada. Além do mais, e como bem destacou a empresa interessada em sua manifestação de fls. 37/38, a própria Jurisprudência do C. STJ, esta que foi indicada pelos embargantes, demonstra a efetiva adequação da penalidade em questão, aspecto este que fulmina, e agora em termos definitivos a pretensão como apresentada a novo desate, no sentido de que possam obter a modificação da Decisão atacada.

Diante de tal situação, de rigor entender que o Acórdão como proferido tenha dado adequada e correta solução a demanda em desate, porque proferido com plena observância de seus limites, motivo pelo qual deve a Decisão Colegiada ser integralmente mantida, o que se dá com efetiva base em seus adequados fundamentos.

Pelo exposto, é caso de se rejeitar aos Embargos Declaratórios como opostos, para tanto observados os exatos limites do Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1013211-07.2019.8.26.0007/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante DELCIR ANTONIO DE BRITO (JUSTIÇA GRATUITA), é embargada FINANCEIRA ITAÚ CBD S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª 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 50296)**

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

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de declaração. Erro material verificado. Dano moral fixado em R$5.000,00 conforme constou na ementa e parte final do voto. Embargos declaratórios acolhidos, sem efeitos modificativos.

VOTO

Delcir Antonio de Brito opõe estes declaratórios contra o acórdão de fls. 485/498 sustentando erro material no julgado. Alega que constou na parte dispositiva do Acórdão embargado valor de dano moral, contrário ao da fundamentação. Pugna pelo acolhimento dos embargos. Recurso processado.

É o relatório.

Os embargos são acolhidos.

Primeiramente, ressalta-se ser desnecessária a intimação do embargado, por tratar-se de mera correção de erro material, sem efeitos modificativos no julgado.

Pois bem, conforme dispõe o artigo 1.022, do Código de Processo Civil, a seara de aplicação dos embargos de declaração limita-se à existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material na decisão embargada.

E, de fato, houve erro material no acórdão embargado ao mencionar, no teor do voto, a fixação do "quantum" indenizatório em R$7.000,00 [fls. 495].

A ementa e parte dispositiva constaram corretamente o montante efetivamente arbitrado de R$5.000,00.

Assim, onde se lê às fls. 495/496: "Desse modo, calcando-se em tais balizas, fixa-se a indenização por dano moral no patamar de R$ 7.000,00, [...]", leia-se "**Desse modo, calcando-se em tais balizas, fixa-se a indenização por dano moral no patamar de R$ 5.000,00,[...]**".

Ante o exposto, acolhem-se os embargos, apenas para sanar erro material, sem modificar o resultado do Acórdão.

Acesso ao Sumário

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2201793-58.2020.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é reclamante CLEIDE

DE LIMA LEITÃO, é reclamado EXMO(A) SENHOR(A) DESEMBARGADOR(A) RELATOR(A) DA 15ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo 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 38382)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente), SIMÕES DE VERGUEIRO, VICENTINI BARROSO, MIGUEL PETRONI NETO, MAURO CONTI MACHADO e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 2 de setembro de 2021.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Reclamação contra V. Acórdão da 15ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, que julgou procedente agravo de instrumento interposto pelo interessado - reclamante que busca anular o referido decisum - sustenta que o agravo não devia ser conhecido diante da ausência dos requisitos do art. 1.015 do CPC, bem como a ocorrência de nulidade por ausência de intimação do advogado atualmente constituído tanto na ação originária quanto na irresignação instrumentária - situações descritas que não se subsomem às hipóteses previstas no art. 988 do Código de Processo Civil - descabimento da via escolhida - decisão reclamada já transitada em julgado - reclamação não conhecida.

VOTO

Vistos, etc...

Trata-se de Reclamação proposta em face do Acórdão proferido pela **15ª Câmara de Direito Privado** deste Tribunal, nos autos do **Agravo de Instrumento nº 2042259-15.2019.8.26.0000**, que deu provimento ao recurso do **Itaú Unibanco S/A**, para reconhecer a preclusão do direito de a ora reclamante questionar os cálculos apresentados por ele, bem como para afastar a multa que lhe fora imposta por litigância de má-fé.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que foi instaurado o incidente de **Cumprimen-**

Acesso ao Sumário

to de Sentença nº 0016135-26.2018.8.26.0562 buscando executar a decisão que julgou procedente o pedido da autora, e determinou o recálculo das prestações do financiamento desde o primeiro reajuste, respeitando-se a evolução salarial da requerente, e computar o valor pago a maior na amortização das parcelas e, ainda, amortizar o saldo devedor em caso de existir eventual montante remanescente.

Intimado, o executado apresentou impugnação sustentando que já cumprira a obrigação constante na sentença exequenda, recalculando o contrato de mútuo nos termos do PES/CP, e que a exequente fora intimada em várias oportunidades, nos autos da ação de conhecimento, mas não se manifestou sobre os cálculos apresentados por ele, requerendo, ao final, a extinção do cumprimento de sentença.

Assim, após analisar as manifestações das partes, o MM. Juiz "a quo", proferiu decisão entendendo não cumprida a obrigação de fazer, aplicando ao banco multa por litigância de má-fé, determinando o prosseguimento da execução.

Contra tal decisão, interpôs o executado o **Agravo de Instrumento nº 2042259-15.2019.8.26.0000**, distribuído à **15ª Câmara de Direito Privado**, ao qual foi dado provimento em **10/10/2019**, acolhendo a impugnação apresentada, para reconhecer a preclusão do direito de a ora reclamante questionar os cálculos apresentados pelo banco, afastando, consequentemente, a multa imposta por litigância de má-fé, sob o fundamento de que, embora o banco tivesse insistido em afirmar que efetuou o cumprimento da obrigação de fazer e pedido a extinção da ação, ante o cumprimento das obrigações impostas, o patrono da autora se manifestou, concordou com o montante referente aos honorários advocatícios, silenciando quanto aos cálculos apresentados pelo banco, e, ainda, que não há prova de que o advogado Jorson Carlos de Oliveira tenha renunciado ao mandato outorgado, como alega a agravada, cabendo anotar que o referido Acórdão transitou em julgado em **08/11/2019**.

Insurge-se, pois, a reclamante contra o referido V. Acórdão, sustentando o desacerto da decisão que não acolheu a sua alegação de que o pedido de extinção foi realizado pelo seu advogado somente em relação aos seus honorários advocatícios, que o causídico renunciou ao mandato outorgado, e que a reclamante, embora tivesse constituído novo advogado, ele não foi intimado dos cálculos apresentados, o que caracteriza nulidade passível de ser sanada por meio desta Reclamação.

A esse passo, verifica-se que o art. 988 do Código de Processo Civil, estabelece que:

"***Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério*** Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência".

Dessa forma, à evidência, os fatos descritos nas razões recursais apresentadas não se subsomem a quaisquer das hipóteses previstas no referido artigo.

Importa anotar, ainda, que a correção da decisão atacada deve ser buscada, se o caso, pelos meios processuais adequados, não sendo a Reclamação a via correta para discussão da matéria posta em deslinde.

Ademais, ainda que assim não fosse, é de se observar que o V. Acórdão combatido, proferido em **10/10/2019**, transitou em julgado em **08/11/2019**, como se vê no andamento processual do referido recurso.

A propósito, o art. 988, §5º, I do CPC dispõe que "é inadmissível a reclamação: I - proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada".

Destarte, por tais razões, é de rigor o não conhecimento das razões recursais.

Isto posto, ***NÃO SE CONHECE*** da apresente Reclamação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2130260-05.2021.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é reclamante MARIA DAS GRAÇAS, é reclamado MM JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO DE DIADEMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinto o processo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.113)**

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

São Paulo, 20 de outubro de 2021.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECLAMAÇÃO - Propositura contra decisão que não admitiu o processamento do recurso de apelação porque interposto em face de decisão interlocutória - Decisão de caráter interlocutório, suscetível da interposição e agravo de instrumento, não de reclamação - Inadequação da via eleita - Reclamação, ademais, que não se encaixa em nenhuma das hipóteses permissivas do artigo 988 do CPC, nem mesmo sob o ângulo entrevisto pela parte, de ofensa à competência e à autoridade deste Tribunal de Justiça, que está e continua presente, na hipótese, des'que manejado o recurso adequado e cabível - Extinção do processo da reclamação por faltar à reclamante interesse de agir, na modalidade adequação. Processo julgado extinto sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inc. VI, do CPC.

VOTO

Trata-se de reclamação formulada em face de decisão que, nos autos da "*suscitação de dúvida registral inversa*" (Proc. 1013273-36.2020.8.26.0161), não conheceu da apelação do interponente da dúvida, por não ser o recurso cabível contra decisão interlocutória (fls. 113, ref. fls. 90 dos autos de origem).

Alega a reclamante: **a)** a decisão do reclamado violou a norma do art. 1.010, § 3º, CPC, usurpando o juízo de admissibilidade, competência esta única e exclusiva deste Tribunal de Justiça em sede de recurso de apelação, na qual a reclamante figura como autora e como requerido o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica; **b)** na "suscitação de dúvida registral inversa" objetiva o registro de imóvel adquirido com recursos seus e deixados para ela em processo de divórcio, homologado e transitado em julgado, sendo recusado pelo Oficial de Registro de Imóveis; **c)** o Juízo "*determinou a juntada do pedido de dúvida o Oficial de Registro de Imóveis*"; **d)** a suscitante informou que a ação trata exatamente de pedido de dúvida registral inversa, que é aceita por este Tribunal, sendo desnecessária a exigência do pedido perante o Oficial de Registro de Imóveis; **e)** porém, o juízo determinou o arquivamento do processo, observando que eventual inconformismo deverá ser manifestado mediante recurso; **f)** em face do princípio do duplo grau de jurisdição, interpôs recurso de apelação, mas o juízo dela não conheceu por entender não ser o recurso cabível, usurpando o juízo de admissibilidade de competência exclusiva do Tribunal (art. 1.010, § 3º, CPC), e determinou o arquivamento dos autos; **g)** assim, cabível a reclamação para preservar a competência do Tribunal diante da clara violação de competência exclusiva do Tribunal pertinente ao juízo de

Acesso ao Sumário

admissibilidade (art. 988, i, CPC); **h)** cumpridas as formalidades (art. 1.010, §§ 1º, 2º e 3º, CPC), os autos devem ser remetidos ao Tribunal, independentemente de juízo de admissibilidade, pois esse é de competência exclusiva do juízo *ad quem*, e não *a quo*; **i)** a decisão, que "*defenestrou a competência deste E. Tribunal quanto ao juízo de admissibilidade, não está de acordo com o atual Código de Processo Civil, mas sim, com o ... de 1973, logo, fora de consonância com a norma vigente*"; **j)** necessária a suspensão do processo originário, pois, se não suspenso, será arquivado, impedindo sua subida, inviabilizando o acesso à Justiça e o direito de ação, e restarão prejudicados os princípios da economia e celeridade processual, podendo acarretar prejuízos ainda maiores para o Judiciário e para a reclamante.

Requer: **i)** a concessão de liminar (arts. 989, II, e 932, II, CPC) para "*suspensão dos atos impugnados (fls. 71, 77 e 90 do processo de nº 1013273-36.2020.8.26.0161, até o julgamento final da presente reclamação, visando o não arquivamento do feito*"; **ii)** a citação do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica (arts. 677, § 3º; 683, parágrafo único e 690, parágrafo único, CPC) ou, alternativamente, por carta endereçada para o local indicado, observada a gratuidade de justiça; **iii)** requisição de informações à MM. Juíza prolatora do ato impugnado (art. 989, I, CPC); **iv)** prioridade na tramitação da reclamação (Lei 10.741/2003); **v)** a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita (art. 5º, LXXIV, CF; 98 e ss. CPC; e 4º da Lei 1.060/50), pois afirma ser pessoa hipossuficiente, sem condições de arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios sem prejuízo de seu sustento próprio e de sua família; **vi)** a produção de prova, caso se entenda necessária a instrução probatória.

Por fim, requer seja julgada a "*reclamação procedente, '**in totum**', com a cassação das decisões impugnadas (fls. 71, 77 e 90) do processo de nº 1013273-36.2020.8.26.0161, e a confirmação do processamento da apelação, determinando a intimação da parte apelada para ofertar contrarrazões e a ulterior subida dos autos para regulares processamento e julgamento perante este E. Tribunal*".

É o relatório.

1. A reclamante propôs procedimento de *suscitação de dúvida registral inversa*.

Despachando a peça inicial, o digno Juízo observou e dispôs (fls. 81), no aqui interessante, o seguinte:

> "Esclareça o(a) autor(a) se foi atendido ao quanto determinado na lei 6.015/1973, conforme abaixo transcrito:
>
> '*Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indica-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do ofi-*

Acesso ao Sumário

cial, ou não a podendo satisfazer, será o título, ***a seu requerimento e com a declaração de dúvida****, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo-se ao seguinte*'

Isso porque, a dúvida somente pode ser declarada pelo oficial, não sendo possível a chamada '*dúvida inversa*', que era dirigida ao juiz diretamente pela parte, sem intermediação do oficial de registro. A única exceção para tal procedimento pelo interessado é na hipótese de negativa do cartório".

A autora insistiu na propositura, afirmando caber "suscitação de dúvida registral inversa e requer(eu) o regular andamento do feito" (fls. 85/88).

Diante disso, acrescentou o digno Juízo que, "*para que haja prosseguimento da dúvida inversa, primeiramente, deverá a autora comprovar se houve pedido de dúvida à Oficial de Registro de Imóveis, bem como demonstrar que decorreu o prazo de 30 (trinta) sem tal providência*" (fls. 89).

A recorrente, instada, disse que a comprovação da recusa do Oficial está às fls. 50/51 e ser pacífico o cabimento da suscitação proposta. Pediu o prosseguimento (fls. 92/3). O Juízo observou que o tal documento não é nota de devolução, mas protocolo do formal de partilha, e mandou que se cumprisse o determinado (fls. 94; 71 dos principais).

A peticionária insistiu ainda uma vez, agora se afirmando tolhida no seu direito constitucional de acesso à Justiça e à razoável duração do processo (fls. 97/99; 74/76 dos principais).

O digno Juízo conservou o decidido, agora de forma incisiva (fls. 100; 77 dos principais):

"Fls. 74/76: A decisão foi tomada não há nada a ser acrescentado. Eventual inconformismo deverá ser manifestado mediante a interposição de recurso".

Dessa decisão **a reclamante de agora interpôs apelação** (fls. 103/112), recurso cujo processamento o Juízo trancou porque, "***tratando-se de decisão interlocutória, não conheço apelação apresentada às fs. 80/89, por não ser o recurso cabível***" (fls. 113).

Inconformada, em vez de interpor agravo de instrumento, a autora promoveu esta ação de reclamação.

Para evidenciar a conduta que a reclamante resolveu adotar, registro que nos autos de origem (em pesquisa realizada em 18.06.2021), posteriormente à apresentação desta Reclamação, foi certificado em 11.06.21 o decurso do prazo para apresentação de recurso cabível e, na mesma data, foi proferida decisão determinando o retorno do processo ao arquivo (fls. 93 e 94).

2. O histórico acima é revelador de que a autora do procedimento de dú-

Acesso ao Sumário

vida inversa resolveu se valer de medida inteiramente inadequada para o escopo de reverter a negativa de seguimento da apelação. Isso, em que pese também sustentar que ao Magistrado não cabia assim proceder, porque o juízo de admissibilidade da apelação o novo estatuto processual reservou para o Relator na Segunda Instância (art. 1.010, §§ 1º, 2º e 3º, e 1.011, do Código de Processo Civil).

Mas, se o Juízo exorbitou de sua função e resolveu trancar o processamento do recurso por ato que constitui decisão interlocutória, cabia à parte manejar o recurso cabível para invertê-la.

Não se perca de vista que a reclamação objetiva a cassação, não apenas da decisão que indeferiu o processamento da apelação (90 dos autos principais), mas também das anteriores, de fls. 71 e 77 dos mesmos autos.

3. O procedimento da Reclamação estava previsto nos arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que instituiu "*normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*".

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em seu artigo 1.072, IV, revogou expressamente os arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, passando a dispor sobre o instituto nos arts. 988 a 993, agora conferindo-lhe a natureza jurídica de ação, com procedimento especial. Dispõe o art. 988, no que interessa aqui:

> "**Art. 988**. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
>
> I - preservar a competência do tribunal;
>
> II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
>
> III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;
>
> § 1º. A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir."

O Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, a seu turno, dispõe em seu art. 195:

> "**Art. 195**. A reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade de suas decisõesou a observância de suas súmulas, ou de seus enunciados de precedentes proferidos em julgamento de casos repetitivos, ou em incidentes de as-

Acesso ao Sumário

sunção de competência, será processada na forma da legislação vigente" (redação dada pelo Assento Regimental nº 552/2016).

A Constituição do Estado de São Paulo, de sua vez, estatui no art. 74, X:

"**Artigo 74**. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:

(...)

"**X** - a reclamação para garantia da autoridade de suas decisões; (...)."

4. O exame dos autos evidencia que o fundamento do reclamo não se encaixa em nenhuma das hipóteses elencadas, sobretudo as do rol do artigo 988 do Código de Processo Civil.

Havendo recurso específico, inadmissível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal para admitir a reclamação, até porque sequer demonstrada a necessidade de sua utilização para substituir o agravo de instrumento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem assentado desde há muito, que, em casos tais, incognoscível é a reclamação, pois não se pode concebê-la "*como substitutivo de recurso*" (1ª Seção - Rcl. nº 668/DF, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, J. 24.05.2000, DJU 01.08.2000), sendo ela incabível mesmo quando "*apresentada em fase processual onde existe decisão sujeita a recurso específico*" (1ª Seção - Rcl. 2.136-AgRg Rel. Min. JOSÉ DELGADO, J. 08.11.2006, DJU 27.11.2006).

A respeito, ensina PONTES DE MIRANDA que "*reclamação não é recurso; é ação contra ato do juiz suscetível de exame fora da via recursal*". Acrescenta:

> "Sua finalidade é rechaçar o ato do juiz, em si, ou porque usurpe competência do tribunal superior, ou porque não tenha reconhecido à decisão do tribunal a eficácia que ela tem, ou porque haja retardado a remessa do recurso, ou de outro remédio processual, que seja da competência do tribunal, ou de outro corpo superior. Nada tem isso com o conceito de inovação, que se liga ao atentado; há violação de linhas de competência ou de eficácia sentencial ou despacho de tribunal superior ou retardamento em entregar materialmente ao tribunal superior os dados para o exercício da sua jurisdição" (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V. Forense. 1974. p. 384).

Portanto, por não se vislumbrar na hipótese qualquer afronta a decisão desta Corte, nem usurpação de sua competência, inviável se apresenta o prosseguimento deste procedimento.

Como já decidiu este Tribunal, em situação semelhante, envolvendo decisão que deixou de processar a apelação por não ter sido proferida sentença:

Acesso ao Sumário

"RECLAMAÇÃO - Oposição contra decisão do MM. Juiz de primeiro grau que deixou de processar recurso de apelação por não ter sido proferida sentença nos autos - Inadmissibilidade da utilização da Reclamação, que tem natureza jurídica de ação, para questionar decisão passível de impugnação por meio de recurso ordinário que pode ser dotado de efeito suspensivo ativo - Caráter secundário e subsidiário da reclamação, e não principal ou alternativo - Inadmissibilidade - Negativa de processamento da apelação que não era de competência do magistrado, mas que, 'in casu', evitou danos maiores ao direito das partes, na medida em que impediu a suspensão do processo de embargos do devedor em relação aos demais embargantes - Hipótese de rejeição da Reclamação - Reclamação rejeitada." (Reclamação 2174752-87.2018.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador JACOB VALENTE, j. 12.12.2018).

O voto condutor desse julgamento bem salientou, com apoio também na doutrina de Tereza Arruda Alvim ('Comentários ao Código de Processo Civil', coordenador Cássio Scarpinella Bueno, Saraiva Jur, 2017, volume 4, pág. 775).

"Segundo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, reflete hipótese de exercício do direito de ação, e não substitui ação rescisória ou os recursos cabíveis contra a decisão sob discussão; resta evidente, portanto, seu caráter secundário ou subsidiário, não se podendo vulgarizar sua utilização e nem permitir que seja substitutiva de recurso ordinário.

"No dizer de Ricardo Leonel de Barros, em obra coordenada por Cassio *Scarpinella Bueno:*

"'Dessa forma, já havia argumentos suficientes para se afirmar que só se revelaria viável a reclamação, quando diante das circunstâncias do caso concreto fosse possível afirmar sua indispensabilidade. Diante subsistência, no caso concreto, de via recursal potencialmente apta a reverter o quadro de inobservância da autoridade de julgado ou desrespeito à competência, torna-se desnecessário, portanto, inviável o uso da reclamação.

"'Caso não se adote tal entendimento, correr-se-á o risco de transformar a reclamação, dado o excesso de seu emprego, em realidade a inviabilizar o trabalho nos tribunais, bem como em mecanismo de chegada direta aos tribunais superiores, atalhando o itinerário ordinário pelo qual devem tramitar os processos' ('Comentários ao Código de Processo Civil', coordenador Cassio Scarpinella Bueno, Saraiva Jur, 2017, volume 4, pág. 245/246).

"Parece razoável, concluir que a Reclamação seria cabível contra ato do juiz que deixasse de preservar a apelação, mas não para impugnar

Acesso ao Sumário

decisão interlocutória que fosse proferida nesse sentido. Não se trata de jogo de palavras, mas de reconhecimento expresso de que a Reclamação não é substitutiva de recurso ordinário, mormente de recurso ao qual é possível a atribuição de efeito suspensivo ativo, como é o caso do agravo de instrumento".

Como antes assinalado, além da decisão que negou seguimento à apelação, a reclamante objetiva a cassação de outras três, anteriormente lançadas pelo Juízo. A circunstância é irrelevante, porque tais decisões, a que a autora resistiu, acabaram por desaguar noutra, ou seja, na que não conheceu da apelação. E tais decisões anteriores, mais que a de indeferimento da apelação jamais poderiam ser revistas pela via da reclamação.

5. Ante o exposto, julgo extinto o processo da reclamação, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, por falta de interesse processual na modalidade adequação.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2122536-47.2021.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA, é agravado IPMMI INSTITUTO DAS PEQUENAS MISSIONÁRIAS DE MARIA IMACULADA HOSPITAL MATERNO E INFANTIL ROCHA MARMO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o Relator sorteado, que declara, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.106)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS, vencedor, JOÃO ALBERTO PEZARINI, vencido, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 31 de agosto de 2021.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – IPTU – Exercícios de 2017 e 2018 – Exceção prévia de executividade acolhida – Compromisso de compra e venda que não exime o proprietário da responsabilidade fiscal – Legitimidade passiva concorrente – Possibilidade de a Fazenda Pública escolher o sujeito passivo da exação – Súmula 399 do STJ – Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, nos autos da execução fiscal[1] para cobrança de IPTU de 2017 e 2018, acolheu exceção prévia de executividade para excluir a executada *IPMMI - Casa de Saúde Stella Maris* do polo passivo, por ilegitimidade passiva. A agravante pugna pelo prosseguimento do feito em face da executada excluída, porquanto parte legítima para figurar no

1 Valor da execução fiscal em outubro/2020: R$ 2.619,43.

polo passivo da execução fiscal por ser proprietária do imóvel tributado.

Recurso recebido e processado com resposta.

Relatado.

O recurso merece provimento.

Com efeito, o débito tributário recaiu sobre o imóvel compromissado à venda em favor de *Juvenal Romano Tomé* e sua esposa *Georgina Aureliano Tomé*, contudo, sem prova de que a escritura definitiva tenha sido submetida ao registro imobiliário (fls. 32). Assim, tanto o proprietário promitente vendedor, como o possuidor compromissário comprador, respondem solidariamente pelos tributos incidentes sobre o imóvel, podendo ambos figurar como sujeito passivo na execução fiscal. Por isso, a Fazenda Pública pode ajuizar a execução em face de ambos ou escolher apenas um deles para buscar a satisfação do crédito tributário, sem embargo de eventual direito de regresso. Até porque, as convenções particulares não servem de fundamento para desonerar a obrigação tributária, como preconizam os arts. 123 e 130, do CTN, de modo a prevalecer o disposto nos artigos 32 e 34, do CTN e na Súmula 399, do STJ – *Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU.*

Nesse sentido, o entendimento expresso no REsp. nº 1.204.294/RJ, do Superior Tribunal de Justiça, em que foi Relator o Ministro MAURO CAMPBELL, da 2ª Turma, julgado em 14/05/2011, além de diversos outros julgados daquela mesma Corte: REsp 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 18/06/2008; AgRg no REsp 1022614/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 17/04/2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJ 08/02/2008; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 11/09/2007; REsp 8689.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 01/08/2007; REsp 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 20/02/2006.

Importante asseverar que o compromisso de compra e venda, ainda que averbado à margem da matrícula do imóvel, não constitui ato translativo da propriedade.

Em suma, *ex vi* do artigo 123, do CTN, o instrumento particular não exonera o proprietário vendedor da obrigação tributária sobre o imóvel objeto do negócio, enquanto não formalizado o registro de transmissão da propriedade (CC, art. 1.245), pois, sem ato translativo nem recolhimento do ITBI, *os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis* (CTN, art. 130), devem ser suportados pelo proprietário ou pelos possuidores a qualquer título, ficando a critério da Fazenda Pública escolher contra quem ajuizará a execução fiscal.

Por tais razões, **dá-se provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 34.449)

Divirjo da maioria.

Extrai-se dos documentos anexados aos autos pela excipiente (fls. 32 dos autos da execução), que referido imóvel foi vendido a Juvenal Romano Tomé e Georgina Aureliano Tomé, por contrato de compromisso de venda e compra firmado em 1º/8/1980, registrado na matrícula nº 14.372 (R.1) com transferência da posse sobre imóvel tributado.

Ainda que não houvesse registro no Cartório de Registro de Imóveis, afigura-se induvidosa a transferência da posse a terceiros, que passaram a exercê-la com *animus domini*, tudo a afastar a responsabilidade dos recorridos.

Tal conclusão é sufragada pela melhor jurisprudência:

"ILEGITIMIDADE 'AD CAUSAM' – Execução fiscal – Imposto predial e Territorial Urbano – Imóvel tributado objeto de compromisso de compra e venda – Sujeito passivo da obrigação tributária em causa que passa a ser o compromissário comprador – Incidência do artigo 34 do Código Tributário nacional – Solidariedade daquele com o real proprietário do imóvel, o compromissário vendedor, inocorrente – Legitimidade passiva para a execução, exclusivamente, do compromissário comprador do imóvel em causa – Recurso provido".[2]

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Legitimidade 'ad causam' ativa – Possibilidade do exercício da demanda pelo compromissário comprador, assim reconhecido no próprio ato de lançamento tributário, por recair diretamente sobre ele as consequências da execução – Arguição repelida".[3]

Assim, a existência de instrumento particular, ou público, com a consequente transferência da posse, afastam a responsabilidade tributária da excipiente, sendo esta, portanto, parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução fiscal.

Neste contexto, correta a decisão atacada ao decretar extinção da execução apenas para a excipiente, e determinar o prosseguimento da cobrança em face dos devedores remanescentes.

Acolhido o incidente, mantém-se a condenação do Município ao ônus de sucumbência.

Posto isso, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Desembargador

Acesso ao Sumário

2 AI nº 1.210.787-0, relator Oséas Davi Viana, TJSP.

3 Apelação nº 759.909/3, relator Antônio Rigolin, TJSP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2161583-28.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante CELIA REGINA LEBRE, é agravado SECRETÁRIO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

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 35.708)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 16 de agosto de 2021.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE CAMPINAS. VACINAÇÃO. COVID-19. Pretensão à imunização com a vacina 'Coronavac' e não a 'AstraZeneca', tendo em vista o fator de risco para trombose. Descabimento. De acordo com os esclarecimentos técnicos da autoridade coatora, não há previsão de indicação ou contraindicação de uma vacina específica para a condição de saúde apresentada pela impetrante. Restou ainda demonstrado que o Município de Campinas está seguindo os critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde e pelo Governo estadual. Além disso, não cabe ao Judiciário interferir nos critérios adotados pelo Administrador Público em questão tão complexa. Ausente a relevância do fundamento a embasar a concessão da liminar. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão[4] que, em mandado de segurança impetrando por Célia Regina Lebre em face de ato do Secretário de Saúde do Município de Campinas, visando obter o direito de ser imunizada com a vacina "Coronavac", indeferiu a liminar.

Sustenta a Agravante, em síntese, que tem problemas graves de saúde e,

4 *Fls. 12/13.*

Acesso ao Sumário

por recomendação médica, foi indicada a imunização contra a COVID-19 com a vacina "Coronavac". Alega que não se trata de escolha de vacina e sim de preservação da vida, tendo em vista que a vacina atualmente disponível ("AstraZeneca") pode lhe causar danos irreversíveis. Requer a concessão da antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso.

O recurso foi processado sem a concessão da medida de urgência pleiteada (fls. 37/38).

O Agravado ofereceu contraminuta (fls. 41/110).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Como é cediço, no procedimento célere do mandado de segurança, o magistrado tem o livre arbítrio para conceder ou negar a liminar pleiteada. A lei não fixa parâmetros, apenas impõe o preenchimento dos requisitos do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, ou seja, relevância do fundamento e possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação se houver demora do provimento jurisdicional.

Nesse diapasão leciona Hely Lopes Meirelles: "*a liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade.*"[5]

Portanto, resta a esta Corte, em sede do recurso interposto, cingir-se exclusivamente aos requisitos autorizadores da concessão da medida pleiteada.

Na hipótese vertente, a impetrante alega ser portadora de câncer e está em tratamento quimioterápico, que compromete seu sistema imunológico. Ajuizou o presente mandado de segurança objetivando ser imunizada com a vacina "Coronavac", tendo em vista que a "AstraZeneca", disponibilizada no Município de Campinas, pode acarretar danos à sua saúde, tendo em vista o risco de trombose.

O MM. Juiz *a quo* indeferiu a tutela de urgência, decisão contra a qual foi interposto o presente recurso.

Em uma análise perfunctória da matéria em apreço, não se vislumbram os requisitos para a concessão da medida liminar pleiteada, visto que, de acordo com os esclarecimentos técnicos da autoridade coatora, não há previsão de indicação ou contraindicação de uma vacina específica para a condição de saúde apresentada pela impetrante, conforme se depreende do trecho a seguir transcrito:

> "*(...) as ações e estratégias de imunização no Município de Campinas – incluindo-se indicações e/ou contraindicações de cada um dos imunobiológicos/vacinas disponíveis – vêm sendo planejadas seguindo*

Acesso ao Sumário

5 *Mandado de Segurança - 30ª edição - São Paulo: Malheiros, p. 82.*

a orientação do Programa Nacional de Imunização (PEI), sempre em consonância com os documentos técnicos vigentes. Nesse contexto, os diversos grupos populacionais – por faixa etária, pela presença e tipo de comorbidades e condições de saúde – vêm sendo imunizadas conforme os ditames das normas técnica estabelecidas pelo PNI (...).

Diante do exposto, em resposta ao Pedido de Liminar, cabe apontar que, à luz das recomendações constantes na Norma Técnica vigente, não há previsão de indicação/contraindicação de um imunobiológico/vacina específico para a condição de saúde apresentada pela requente."[6]

A corroborar a manifestação da Secretaria Municipal de Saúde, foi juntado aos autos documento elaborado pelo Governo do Estado de São Paulo, que apresenta as diretrizes e orientações técnicas e operacionais para a Campanha de Vacinação contra a COVID-19, o qual aborda a questão dos eventos adversos, inclusive o risco de trombose, informando que se trata de evento raro e muito específico e que não há qualquer precaução ou contraindicação às vacinas disponíveis.[7]

Portanto, não obstante o estado de saúde da Agravante, não se vislumbra a demonstração inequívoca de que a vacina "AstraZeneca" irá provocar trombose ou qualquer outro dano à sua saúde.

Ademais, considerando que o Supremo Tribunal Federal assegurou o exercício da competência concorrente aos entes federativos no combate à pandemia da Covid-19[8], não cabe ao Judiciário interferir nos critérios adotados pelo Administrador Público, notadamente em questão tão complexa.

Nesse contexto, ausente a relevância do fundamento a embasar a concessão da liminar, de rigor a manutenção da r. decisão agravada, pois em consonância com os fundamentos ora esposados.

No mais, diante da atual situação processual, inviável maior digressão sobre a matéria.

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2197235-09.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ELISABETH DA SILVA, são agravados ESTADO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito

6 *Fls. 49/50.*
7 *Fls. 51/110.*
8 *ADI 6341/DF e ADPF 672/DF.*

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 47.992)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 13 de setembro de 2021.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Antecipação 3ª dose – Vacina – Tais prioridades foram estabelecidas no Plano Nacional de Imunização, de cujo comitê fazem parte cientistas e médicos com expertise na área, as quais foram definidas com base nos conhecimentos científicos atuais – Além disso, tal pretensão, se viável, importaria em exclusão de outras pessoas com prioridades a fim de beneficiar a agravante, situação que implicaria na consequente impossibilidade de vacinação daquelas, o que fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como bem observou o julgador de primeiro grau – Diante desse quadro, mostra-se totalmente inviável a reanálise do critério de revacinação balizado por aquele comitê gestor, para o fim de substituí-lo por decisão judicial, sem qualquer respaldo científico – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado por **Elisabeth da Silva** contra ato que considera ilegal do **MM. Juiz de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública desta Capital**, *Dr. Fausto Dalmaschio Ferreira*, e consistente em indeferir a liminar pleiteada nos autos da ação ordinária que moveu contra a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento retirado de decisão interlocutória (fls. 65) que indeferiu a liminar que buscava a antecipação para aplicação da 3ª dose da vacina contra o *Coronavírus*, em razão da baixa imunidade adquirida, pelo fato de contar com 70 anos de idade, e ainda porque será submetida a procedimento médico para tratamento de câncer no fígado.

Para fins de concessão da tutela de urgência é necessário que se eviden-

Acesso ao Sumário

ciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300, *caput*, do novo Código de Processo Civil, como se verifica dos ensinamentos extraídos da obra "Breves comentários ao novo Código de Processo Civil":

> "3. (...) A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder 'tutela provisória'.
>
> 4. (...) é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo na demora ("pericolo di tardività", na clássica expressão de Calamandrei, Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari cit.). Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito." (Coordenadores Teresa Arruda Alvem Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, Ed. 2015, Editora Revista dos Tribunais, p. 782/783).

Assim, verifica-se que necessário se faz a presença do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, bem como a probabilidade do direito para a concessão da tutela de urgência, requisitos estes denominados comumente de *fumus boni iuris* e *periculum in mora.*

Este, contudo, não é o caso dos autos.

Não há certeza da existência do *periculum in mora*, a aplicação na agravante dessa terceira dose por certo causará a não aplicação em outra pessoa que ainda não tomou nenhuma ou que só tomou a primeira, põe ambas em risco, concretamente maior.

Considere-se o Poder Executivo, em virtude da impossibilidade de revacinação imediata, causada pela escassez de vacinas, traçou um plano para atendimento da forma mais igualitária possível, o que demonstra inexistir omissão estatal passível de correção pelo Judiciário.

Acesso ao Sumário

Note-se que tais prioridades foram estabelecidas no Plano Nacional de Imunização, de cujo comitê fazem parte cientistas e médicos com expertise na área, as quais foram definidas com base nos conhecimentos científicos atuais.

Além disso, tal pretensão, se viável, importaria em exclusão de outras pessoas com prioridades a fim de beneficiar a agravante, situação que implicaria na consequente impossibilidade de vacinação daquelas, o que fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como bem observou o julgador de primeiro grau.

Diante desse quadro, mostra-se totalmente inviável a reanálise do critério

de revacinação balizado por aquele comitê gestor, para o fim de substituí-lo por decisão judicial, sem qualquer respaldo científico.

Por tais razões, cabível a manutenção da r. decisão atacada.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2199929-48.2021.8.26.0000, da Comarca de Pompéia, em que é agravante GIAN LUCAS BORTOLOTE CAMARGO, é agravado EIXO SP CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.068)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente) e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 13 de setembro de 2021.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Isenção tarifária em praça de pedágio de tarifa. Morador da cidade Oriente-SP que alega oneração excessiva para o deslocamento diário até o município de Pompéia-SP onde trabalha, bem como suposta inexistência de rota alternativa. Probabilidade do direito não comprovada. Dilação probatória. Necessidade. Decisão agravada. Manutenção. Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls.27/28 dos autos principais que indeferiu pedido de antecipação da tutela "inaudita altera pars", eis que ausente elementos de convencimento da probabilidade do direito.

Irresignado, recorre o autor. Narra que a decisão agravada indeferiu pedido de antecipação da tutela para determinar a suspensão da cobrança de tarifa de pedágio até o julgamento da ação. Afirma possuir domicílio no município de Oriente-SP e que necessita viajar de segunda à sábado até a municipalidade de

Acesso ao Sumário

Pompéia-SP para trabalhar na empresa UNIPAC, onde desempenha a função de operador de máquinas. Ocorre que parte agravada instalou praça de pedágio no KM 476, no município de Oriente-SP, em torno de 3,1km da propriedade do agravante, sem qualquer aviso ou comunicação aos moradores locais criando uma situação de injustiça em relação a eles. Aduz que inexiste via rodoviária alternativa entre os municípios de Oriente e Pompéia comprometendo o direito de ir e vir do agravante, onerando-o demasiadamente, pois necessita se deslocar para a cidade de Pompéia de segunda à sábado. Assevera que a praça de pedágio em questão fere os princípios de razoabilidade, da proporcionalidade e alternatividade, eis que precisa percorrer menos de 10 quilômetros da via pedagiada sem que haja outra alternativa. Aponta que a concessionária vem cobrando tarifa de pedágio de R$ 8,90 em ambos os sentidos onerando de forma importante o recorrente que necessita passar por ali diariamente percorrendo 3,1 km até a praça de pedágio, repetindo tal trajeto no sentido inverso para o fim de retornar à sua residência. Pleiteia a concessão da antecipação da tutela recursal ante o perigo de dano, uma vez que a praça de pedágio está funcionando, se fazendo necessária a determinação de isenção de tarifa do pedágio em relação ao agravante até o julgamento definitivo. Pleiteou a concessão da antecipação da tutela recursal, nos termos doa artigo 1.019, inciso I, do CPC. Requer o provimento do agravo de instrumento para o fim de reformar a decisão agravada.

Recurso tempestivo.

Desnecessária a intimação da parte contrária, não citada.

É O RELATÓRIO.

O recurso não comporta provimento.

Cumpre ressaltar, primeiramente, que o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, de acordo com o artigo 300 do Código de Processo Civil, está condicionado à demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni juris*) e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

In casu, todavia, o agravante não logrou êxito, nesta fase processual, comprovar a presença de tais requisitos. Primeiramente, não se vislumbra a probabilidade do direito, pois a pretensão inicial funda-se na alegação de que a praça de pedágio erguida pela concessionária agravada no Km 476 da rodovia SP-294 no trecho entre as cidades de Oriente-SP e Pompéia-SP, teria impossibilitado o recorrente de se deslocar diariamente até o seu trabalho localizado nesta última sem o pagamento de tarifa de pedágio, onerando-o excessivamente, uma vez que não existira rota alternativa gratuita no local.

Ocorre que a documentação trazida pelo autor aos autos é insuficiente para comprovar a probabilidade do direito alegado, eis que o agravante se limitou a comprovar que trabalha na empresa UNIPAC localizada em Pompéia (fls.18/19 e 21/22 e 25 dos autos principais), bem como sua hipossuficiência

Acesso ao Sumário

econômica (fls.17/18 dos autos principais).

Como bem observou o magistrado prolator da decisão agravada, os autos carecem de elementos que evidenciem a probabilidade do direito invocado, no caso, a suposta ausência de rota alternativa e gratuita ao trecho pedagiado, de modo que se faz necessária a dilação probatória a ser realizada sob o crivo do contraditório.

Nesses termos, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe.

Em tais condições, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2167770-52.2021.8.26.0000, da Comarca de Cajamar, em que é agravante EDUARDO LEMOS, é agravado MUNICÍPIO DE CAJAMAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.845)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ação Civil Pública. Decisão agravada que determinou o prosseguimento da ação. Alegação de nulidade da decisão atacada por falta de fundamentação, bem como por ter o Município manifestado desinteresse no prosseguimento da ação de improbidade. Ainda que o Município não tenha eventual interesse no prosseguimento da demanda, o Ministério Público poderá fazê-lo, nos termos do art. 5º da lei nº 7.347/85. Decisão que admitiu a petição inicial que é genérica e vaga. Irregularidades apontadas que podem ser caracterizadas como atos de improbidade. Inviabilidade de se antecipar o julgamento do feito. Observância do princípio do "in dubio pro societatis". Decisão mantida,

Acesso ao Sumário

com o devido fundamento. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de liminar interposto por Eduardo Lemos (fls. 01/12) contra a r. decisão de fls. 13/14, que recebeu a petição inicial e admitiu o processamento da ação de improbidade administrativa ajuizada em face do Agravante (fls. 1296/1297 e 1311 dos autos originais).

Recorre o Agravante, alegando que foi demitido por conta dos fatos narrados na ação de improbidade ajuizada pelo Município. Contudo, em 2019, após apresentação de pedido de revisão administrativa, foi revertida a situação, sendo ele readmitido aos quadros da Municipalidade. Informa que o Município manifestou desinteresse no prosseguimento da ação (fls. 12265 dos autos originais). Argumenta, assim, que a inicial foi recebida sem a fundamentação jurídica adequada, o que ensejaria a nulidade da decisão.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 18.

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 21).

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 25/29, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

1. Trata-se de agravo contra decisão que recebeu a petição inicial e admitiu o processamento da ação de improbidade administrativa ajuizada em face do Agravante (fls. 1296/1297 e 1311 dos autos originais).

Por sua vez, sustenta o Agravante a nulidade da decisão por falta de fundamentação, insistindo que o Município manifestou desinteresse no prosseguimento da ação de improbidade.

Sem razão, contudo.

2. Importante notar que o Agravante ajuizou ação em face da Municipalidade para anular o processo administrativo que culminou com sua demissão, sendo que, ao contrário do colocado pelo Agravante, tal ação foi julgada integralmente improcedente, tendo transitado em julgado (processo nº 1003398-46.2016.8.26.0000).

Posteriormente, possivelmente com a mudança da gestão Municipal, o Agravante logrou a revisão administrativa.

Contudo, mesmo que o Município não tenha eventual interesse no prosseguimento da demanda, o Ministério Público poderá fazê-lo.

Note-se, inclusive, que no caso em exame, a petição inicial foi aditada pelo Ministério Público (fls. 750/751 dos autos originais).

Neste sentido, o art. 5º da lei da ação civil pública (lei nº 7.347/85):

Acesso ao Sumário

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

(...) III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

(...)

§ 3º **Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.**

Deste modo, a alteração dos fatos na esfera administrativa do Município e a manifestação de fls. 1265 dos autos originais não tem o condão, por si só, de levar à extinção da ação.

3. Quanto ao recebimento da petição inicial, efetivamente a decisão de fls. 1296/1297 é vaga e genérica, o que levaria a sua nulidade.

4. Contudo, afastada tal decisão, viável que este Tribunal examine a possibilidade do recebimento da petição inicial.

O quadro não autoriza a rejeição da inicial ou a improcedência liminar da ação.

No caso em tela, são imputadas ao Agravante condutas ímprobas, referentes a permitir que, irregularmente, guardas municipais recém-admitidos, **fizessem horas extras com o intuito de adquirirem equipamentos de proteção (coletes balísticos), cuja aquisição teria sido viabilizada pelo Agravante.**

Note-se que a petição inicial e os aditamentos à petição inicial questionam a razão de ser das horas-extras, **pois os guardas teriam, durante tais períodos, efetuado serviços de limpeza, ou seja, atividades estranhas à função de guarda municipal.**

Além disso, **há questionamento quanto à efetividade de tais horas-extras, que não estariam devidamente comprovadas.**

Como anotado pelo Ministério Público, há prova oral no sentido do acima colocado, o que permite o recebimento da petição inicial.

5. Note-se que não cabe ao magistrado, nesta fase processual, proceder a um julgamento antecipado da lide.

Basta para esta fase processual examinar a **viabilidade**, a **admissibilidade** da demanda, para seu prosseguimento.

Logo, bastam indícios, ainda que tênues, para que a demanda seja admitida.

Só se exige prova consistente, cabal e absoluta, para a decisão que rejeita liminarmente a petição inicial da ação de improbidade, o que não é o caso dos

Acesso ao Sumário

autos.

Na hipótese, vigora o princípio do "**in dubio pro societatis**", ou seja, **na dúvida a ação deve ser admitida.**

Neste sentido, há julgados deste E. Tribunal de Justiça:

AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Insurgência contra decisão que recebeu a inicial – Decisão bem fundamentada – Cabimento da ação pública para a defesa do patrimônio público – Adequação do ajuizamento de ação civil pública para apuração de responsabilidade por ato de improbidade administrativa – Os agentes públicos respondem por ato de improbidade na forma da Lei 8.429/92 – **Questões, ademais, que são de fundo – Fase processual que possibilita a cognição primária e não exauriente da petição inicial e da resposta preliminar** – Inteligência do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92 – Recurso não provido. (AI nº 0298361-88.2011.8.26.0000, Rel. Des. Reinaldo Miluzzi, j. 16.4.12).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DETERMINAÇÃO DE PROCESSAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA APÓS MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO ACUSADO – **EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE A AUTORIZAR A PROPOSITURA DA DEMANDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO**. (AI nº 0010207-78.2011.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz Arruda, j. 11.4.12).

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Ação civil pública – Juízo Prévio de Admissibilidade – Decisão que afastou as preliminares suscitadas em defesa prévia, determinando o processamento da ação, com o recebimento da inicial e citação dos réus – Insurgência contra a rejeição da defesa prévia – **Existência de indícios da prática de ato de improbidade é suficiente para ensejar o prosseguimento da demanda** – Inocorrência das hipóteses elencadas no artigo 17, § 8º, da Lei 8.429/92 – Decisão mantida. Recurso desprovido. (AI nº 0175309-55.2011.8.26.0000, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. 14.5.12).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improbidade Administrativa – Recebimento da inicial – Pedido de reforma da decisão, com reiteração das matérias expostas na defesa prévia – Matéria de mérito a ser analisada no curso da ação – Recurso não provido – **Não deve ser indeferida a inicial de ação civil pública movida contra demandados, acusados de improbidade administrativa, sob argumentação de inadequação da via eleita, inexistência de ato de improbidade e falta de demonstração da existência do ato, por envolver matéria a ser discutida no curso da ação**". (AI nº 9026808-74.2009.8.26.0000, Rel. Luis Ganzerla, j. 12.4.10).

Para tanto, desnecessária análise aprofundada, como no julgamento de mérito da lide, a ser feito oportunamente.

6. Por ora, **não estando absolutamente descartada a possibilidade da**

Acesso ao Sumário

improbidade, a ação deve ser admitida, já que, como colocado, para esta fase processual vigora o princípio do "in dubio pro societatis".

Deste modo, deverá a ação prosseguir.

Isto posto, o **recurso é conhecido**, **mas improvido**, ficando mantido o recebimento da petição inicial da ação de improbidade, mas pelos fundamentos acima colocados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2155561-51.2021.8.26.0000, da Comarca de Ilha Solteira, em que é agravante VALDIR ROCHA SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO 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. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.392)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 14 de outubro de 2021.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Improbidade administrativa – Penhora de bem imóvel – Alegação de tratar-se de bem de família – Inadmissibilidade – Devedor que não provou se tratar de imóvel impenhorável – Ônus que lhe incumbia **– Descabimento da indagação acerca da aquisição do imóvel se antes ou depois da prática do ato ímprobo – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – Agravo de instrumento não provido.**

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto por Valdir Rocha Santos contra r. decisão proferida pelo digno Juízo da 1ª Vara da Comarca de Ilha Solteira (traslado de fls 27/28) – em cumprimento de sentença favorável ao Ministério Público

Estadual que, em essência, determinou a penhora do bem imóvel – matrícula nº 18.809 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pereira Barreto, de propriedade do agravante.

Pedido de reforma assim sumariado: a) o imóvel penhorado é bem de família; b) a aquisição se deu antes da sua condenação pela prática de atos de improbidade administrativa (fls 1/14).

Processamento com liminar suspensiva (fls 262/263).

Não foram requisitadas informações ao digno Juízo *a quo*.

Agravo respondido (fls 269/275).

Manifestação da Procuradoria de Justiça pelo improvimento do recurso (fls 279/283).

É o relatório.

De início, não conheço da manifestação intempestiva do agravante (fls 285/293). Suas razões ali expostas e respectivos documentos digitalizados não serão considerados nesta decisão.

Ao mérito:

O Ministério Público Paulista ajuizou ação civil pública para repressão de atos ímprobos atribuídos a Valdir Rocha Santos, à época superintendente do IPREM - Instituto de Previdência Municipal de Ilha Solteira, Débora Regina Franco de Almeida, auxiliar administrativo do IPREM, Raquel Garcia da Silva, contadora do IPREM, Daniel Amintas de Medeiros e Davi Pereira de Lima, então membros do Conselho Deliberativo Fiscal.

Acusam-se irregularidades apuradas nos anos de 1998, 1999 e 2000, referentes aos pagamentos excessivos de viagens, diárias, refeições e combustíveis sem a devida justificativa, haja vista que alguns cursos que ensejaram tais viagens nem sequer existiram, foram cancelados ou não contaram com a presença dos réus. Acrescenta o fato de existir pagamentos a maior em confronto com a prestação de compras realizada sem notícia de reembolso.

A r. sentença apelada julgou-a parcialmente procedente para: *A) CONDENAR os réus VALDIR, RAQUEL E DÉBORA, qualificados nos autos, solidariamente, ao ressarcimento integral dos valores indevidamente percebidos, no montante de R$ 68.894,97, com correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo e juros de 1% ao mês, ambos a partir da citação; B) CONDENAR os réus VALDIR, RAQUEL e DÉBORA, qualificados nos autos, à perda de cargo ou função pública que eventualmente ocupem; C) SUSPENDER os direito políticos dos réus VALDIR, RAQUEL E DÉBORA pelo período de 08 (oito) anos, a contar do trânsito em julgado desta sentença; D) CONDENAR os réus a pagarem valor equivalentes ao acréscimo patrimonial auferido, qual seja, R$ 68.894,97, a título de multa civil, com correção mone-*

Acesso ao Sumário

tária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo e juros de 1% ao mês, ambos a partir da data da citação (fls 62/69). O acórdão de fls 114/124 manteve a condenação dos réus Valdir e Débora.

Iniciado o cumprimento de sentença, a digna magistrada *a quo* deferiu a penhora do imóvel sobre a quota parte pertencente ao executado Valdir Rocha Santos, uma vez que consta o nome do devedor na matrícula do imóvel objeto da constrição. Eis a decisão agravada.

Alega o devedor em sua defesa que: a) o imóvel penhorado é bem de família; b) a aquisição se deu antes da sua condenação pela prática de atos de improbidade administrativa.

Respeitadas as razões recursais, o agravo de instrumento será improvido.

Com efeito, não está devidamente provado pelos documentos digitalizados nos autos que o imóvel penhorado é bem de família. E esse ônus é exclusivo do devedor.

Neste sentido: Segundo a jurisprudência do STJ, em regra compete ao devedor o ônus da prova do preenchimento dos requisitos necessários para enquadramento do imóvel penhorado como bem de família, salvo nos casos de existirem nos autos elementos necessários ao reconhecimento de plano da referida proteção legal (STJ - AgInt no AREsp nº 1380618/SE, 4ª Turma, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 30/03/2020).

Além disso, é descabido indagar se o bem objeto da penhora foi adquirido antes ou depois da prática do ato ímprobo, pois o escopo da Lei de Improbidade Administrativa é o efetivo ressarcimento do prejuízo causado aos cofres públicos.

Confira-se:

ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEI Nº 8.429/92 – INDISPONIBILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA ADQUIRIDO ANTERIORMENTE À PRÁTICA DOS ATOS TIDOS COMO ÍMPROBOS – POSSIBILIDADE. 1- A medida de indisponibilidade de bens de que trata a Lei nº 8.429/92 tem natureza cautelar e visa assegurar a efetividade das sanções pecuniárias que venham a integrar a futura e eventual condenação do réu, não sendo equiparada à expropriação de bens. Nesse contexto, a indisponibilidade pode recair sobre bens adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família. Precedentes. 2- Agravo interno desprovido (AgInt no REsp nº 1772897/ES, 1ª Turma, relator Ministro Sérgio Kukina, j. 05/12/2019).

Assim, também considerados os bons fundamentos lançados pela nobre magistrada, mantenho na íntegra a decisão agravada.

Por meu voto, nego provimento ao agravo de instrumento. Em conse-

Acesso ao Sumário

quência, determino a manutenção da penhora sobre o imóvel de matrícula nº 18.809, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pereira Barreto, de propriedade de Valdir Rocha Santos.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005200-83.2020.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante MUNICÍPIO DE GUARUJÁ, são apelados ANGELICA ELIAS DA SILVA e NICOLE FERNANDES MARTINHO SOUZA.

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 26.863)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 12 de agosto de 2021.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil do Estado – Exumação dos despojos do parente das apeladas sem prévia notificação para acompanhamento do ato – Dano moral caracterizado – Necessidade de exumação para liberação das campas e gavetas em virtude da pandemia pela Covid-19 que não exclui a necessidade de prévia notificação em respeito à memória e sentimento daqueles que velaram o corpo – Valor da indenização bem fixado, que não comporta redução – Honorários advocatícios fixados por equidade, em atenção ao artigo 85,§ 8º do CPC – **Recurso desprovido.**

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 95/98, cujo relatório se acrescenta a presente, julgou procedentes os pedidos formulados por Angélica Elias da Silva e Nicole Fer-

nandes Martinho Souza para condenar o Município do Guarujá no pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$3.000,00 (três mil reais) para cada autora, com correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora segundo o índice da caderneta de poupança, desde a data da sentença, em virtude da ausência de prévia notificação para acompanhamento da exumação e destinação dos despojos de Rodnei Alves Souza, companheiro e pai das autoras, falecido em 29/06/2015. Em razão da sucumbência, condenou o réu no pagamento de R$1.500,00 (mil e quinhentos reais) de honorários advocatícios, por equidade.

O apelante alega, em síntese, que o ato de exumação do falecido foi decorrente de estado de força maior, pois o país se encontra em estado de calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19; que o Município optou por identificar os falecidos que já estavam sepultados há mais de 5 anos e os que estavam próximos de atingir essa marca, tal como o parente das apeladas, a fim de que fosse possível a exumação e a destinação dos despojos a outro lugar que não as campas e gavetas do Cemitério Municipal, pois estas receberiam inúmeros corpos para sepultamento. Por essa razão entende estar presente a excludente da responsabilidade civil. Em caráter sucessivo, requer a redução do valor da indenização e a fixação dos honorários de sucumbência, nos termos do art. 85, §3º, I, do CPC.

As contrarrazões de apelação foram apresentadas às fls.112/116.

É o relatório.

A r. sentença recorrida bem analisou as questões debatidas nos autos, razão pela qual merece confirmação por seus próprios e jurídicos fundamentos, a teor do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que assim dispõe: "Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la".

De fato, em matéria de responsabilidade civil, nos termos do artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal, necessário se faz comprovar a conduta, o dano e o nexo de causalidade, a fim de pleitear indenização do Estado.

No caso dos autos, os requisitos foram bem comprovados, uma vez que ainda que necessária a exumação dos despojos do parente das apeladas, tal exumação deveria ser precedida de notificação a fim de possibilitar às apeladas o acompanhamento do ato.

Como o bem explicitado na decisão recorrida:

"Não obstante a arguição da ré quanto à necessidade de esvaziamento das campas, diante do premente aumento de sepultamentos em razão da pandemia, não justificou por qual razão não notificou a coautora Angélica para manifestar interesse em acompanhar o ato.

Assim, não há como deixar de imputar responsabilidade à ré que, além

Acesso ao Sumário

de realizar o ato sem ciência prévia das autoras, o fez e deixou os restos mortais do ente querido delas em um saco plástico em um lugar qualquer, sem qualquer respeito à memória e sentimentos daqueles que o velaram.

Todavia, não se justifica o valor pretendido na inicial, visto que não se demonstrou a perda dos restos mortais. As autoras não produziram ou requerem prova a demonstrar que os restos mortais recebidos não seriam do falecido.

Dessa forma, o dano moral sofrido deve-se apenas ao fato de não terem acompanhado a exumação e dado imediata destinação aos restos mortais do falecido parente e terem que testemunhar ter sido tratado de forma desrespeitosa, colocado em saco de lixo e armazenado como se tal fosse."

O valor da indenização foi bem fixado, não comportando a redução requerida.

Na questão atinente ao valor da indenização, as palavras de Sérgio Cavalieri Filho elucidam a questão no sentido de que "***na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento causa, ensejador de dano novo***".[1]

E continua: "***o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar um 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***."[2]

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é de que "***a indenização pelo dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, e usando o juiz os critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso***. (STJ – R. Esp. 205.268-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u.).

Desta forma, considerando as circunstâncias fáticas do caso em tela, tenho que o valor do dano moral foi bem arbitrado.

Por fim, correta a fixação dos honorários advocatícios nos termos do artigo 85, §8º do CPC a fim de se evitar o recebimento de valor ínfimo, em desres-

Acesso ao Sumário

1 Sérgio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo, Ed. Malheiros, 6 ed, pág. 115.

2 Sérgio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo, Ed. Malheiros, 6 ed, pág. 116.

peito ao trabalho do advogado das apeladas.

Posto isso, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Nos termos do art. 85, §§ 8º e 11º do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios para o valor total de R$ 1.700,00 (mil e setecentos reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015571-57.2018.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante PHILIPS DO BRASIL LTDA., são apelados FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.991)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 2 de setembro de 2021.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Embargos à Execução Fiscal – Multa aplicada pelo PROCON – Redução do valor da multa, por incorreção quanto ao valor do faturamento considerado – Irresignação recursal apenas para reforma quanto à fixação da verba honorária – Inadmissibilidade – Deficiência da defesa no âmbito administrativo que levou à interposição dos presentes embargos – Princípio da causalidade corretamente observado – Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 401/412) interposta por **Philips do Brasil LTDA**. em embargos opostos à execução fiscal que lhe move a Fundação de **Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo - Procon**, contra a r. sentença (fls. 380/383) que julgou parcialmente procedente os embargos, para reduzir o valor da multa para R$ 319.086,59 (trezentos e dezenove mil, oitenta e seis

reais e cinquenta e nove centavos), com os acréscimos de correção monetária e juros conforme legislação aplicável. A embargante foi condenada ao pagamento de despesas processuais em razão de ter sido sua incúria na via administrativa a razão do arbitramento equivocado do valor da multa e, pelo mesmo fundamento, não houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Opostos embargos de declaração (fls. 388/395), foram rejeitados (fls. 396).

A apelante pretende a reforma da r. sentença, sustentando: **(a)** diferentemente do contido na r. decisão ora combatida, foi o PROCON quem agiu com incúria na via administrativa, pois, não requisitou nenhuma apresentação de faturamento, bem como não intimou para sua defesa, ou seja, violou os princípios legais; **(b)** não se pode deixar de fixar os honorários advocatícios da sucumbência, sendo que no caso em questão, o Recorrido (Procon) foi vencido na presente ação, sucumbindo na maior parte da demanda, respondendo, portanto, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários sucumbências.

Processado o recurso, foi contrariado (fls. 420/434), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade da apelação.

As preliminares arguidas, a rigor, confundem-se com o mérito e com ele serão apreciadas.

Cuida-se de embargos à execução fiscal decorrente de multa aplicada pelo PROCON, que deu origem à CDA nº 1.234.341.691, de 09 de fevereiro de 2015, atrelada ao Auto de Infração e Imposição de Multa nº 14128 D8, formador do Processo nº 1233/15-AI (fls. 51/177), em virtude de infração ao artigo 12, *caput*, da Lei Federal 8.078/90, com discussão, deste recurso, restrita ao ponto da verba honorária que a apelante afirma ser devida.

A embargante interpôs os presentes embargos à execução alegando a inexigibilidade da CDA e do débito fiscal em execução, por inobservância do devido processo legal e por falta de motivação no âmbito administrativo, bem como nega a ocorrência de qualquer ilícito consumerista autorizativo das infrações impostas, atacando, ainda, a multa aplicada, que considera excessiva.

De todos os argumentos apresentados, o único acolhido foi o de excesso da multa imposta, que foi reduzida, nos seguintes termos:

> "O processo administrativo foi instaurado após reclamações referentes ao aparelho de televisão Philco modelo 42PFL3403/78 série HIC110837104939, demonstrado a reiteração do problema.
>
> Não obstante os problemas de fábrica dos aparelhos, houve violação ao direito do consumidor no que tange ao atendimento para resolução do problema. Ultrapassou o prazo legal de trinta dias para resolução

Acesso ao Sumário

do problema e mesmo ultrapassado o prazo não cumpriu com as determinações contidas no artigo 18, §1º, incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor, o que demonstra seu desprezo tanto pelo consumidor quanto pelo ordenamento jurídico.

Conforme Portaria PROCON nº 26/2006, atual Portaria PROCON nº 45/2015, o valor da multa deverá ser arbitrado com base na média mensal do faturamento bruto do fornecedor, tomado por base os três meses anteriores à lavratura do auto de infração.

Eventualmente, haverá ser arbitrada por estimativa pelo ente de proteção ao consumidor.

No caso presente, o PROCON fez a estimativa o faturamento da embargante no valor de R$ 371.406.000,00 (trezentos e setenta e um milhões, quatrocentos e seis mil reais), estimativa esta que não refletiu a realidade, conforme apurou a perita judicial. A autuação foi feita em fevereiro de 2015, logo, a base de cálculo da multa deveria considerar a média do faturamento bruto dos meses de novembro e dezembro de 2014 e janeiro de 2015. Conforme se extrai do laudo pericial, a média mensal desses meses perfez a quantia de R$ 103.615.528,06 (cento e três milhões, seiscentos e quinze mil, quinhentos e vinte e oito reais e seis centavos). Com a aplicação do artigo 33 da Portaria supra, o valor da multa resulta em R$ 319.086,59 (trezentos e dezenove mil, oitenta e seis reais e cinquenta e nove centavos) já aplicadas a reduções e aumentos legalmente previstos.

Portanto, restou apurado que o valor estimado é em muito superior à média do faturamento da embargante, razão pela qual necessária redução do valor da multa.

Entretanto, a defesa deficitária na fase administrativa que ensejou o arbitramento equivocado da multa. Quando o valor da média do faturamento é feito por estimativa pelo PROCON, cabe ao fornecedor comprovar que os valores não coadunam com a realidade, apresentando documentos como disposto no artigo 32, §1º da Portaria retro referida:

"Art.32. A condição econômica do autuado será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo Procon-SP.

§ 1º. A média da receita mensal bruta estimada pelo Procon-SP poderá ser impugnada, no processo administrativo, no prazo da defesa, a contar da citação do autuado, sob pena de preclusão, mediante a apresentação de ao menos um dos seguintes documentos, ou quaisquer outros que os substituam por força de disposição legal:

I. Guia de informação e apuração de ICMS GIA, com certificação da Receita Estadual;

II. Declaração de arrecadação do ISS, desde que comprovado o recolhimento;

Acesso ao Sumário

III. Demonstrativo de resultado do exercício DRE, publicado;

IV. Declaração de Imposto de Renda, com certificação da Receita Federal;

V. Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte DARF SIMPLES, com comprovante de recolhimento acompanhado do respectivo Extrato Simplificado".

Em consulta à defesa oferecida pela embargante no processo administrativo, págs. 128/150, não consta nenhum dos documentos supra referidos. Destarte, a embargante na esfera administrativa deixou de apresentar documentos comprobatórios de seu real faturamento bruto para subsidiar a correção do valor da multa aplicada. Destarte, a embargante é culpada pelo arbitramento equivocado do valor da multa, razão pela qual não deverá o embargando arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios".

Em que pese o entendimento contrário, a r. sentença está correta em sua solução, inclusive no tocante ao arbitramento de honorários.

É certo que, acolhido parcialmente os embargos à execução, reconhecendo-se o excesso, os princípios da sucumbência e da causalidade impõem, a princípio, a condenação da **Fazenda Pública Estadual**, exequente, ao pagamento da verba honorária. Contudo, no presente caso há peculiaridades que justificam afastar tal condenação e manter a posição adotada pelo juízo de primeiro grau.

É certo que a redução da multa, foi posterior ao ajuizamento da execução e se deu por conta dos respectivos embargos à execução apresentados pela executada, ora apelante, a revelar que houve a necessidade de contratar advogado para formular sua defesa nos autos.

Porém, como bem salientado pelo magistrado, isso só ocorreu por deficiência da defesa no âmbito administrativo, que deixou de apresentar os documentos que comprovariam o verdadeiro faturamento da empresa. E, como visto, era legítimo ao PROCON estimar a receita mensal bruta, sendo responsabilidade da autuada comprovar qualquer excesso nesse aspecto.

Acesso ao Sumário

Aliás, constou expressamente da decisão administrativa que: "*O autuado, no entanto, a qualquer momento, até o trânsito em julgado do processo administrativo, pode apresentar os documentos relacionados no artigo 32, I, da Portaria Procon 26/2006, com redação dada pela Portaria 33/09, conforme autoriza o artigo 43, IV, da Portaria 45/2015, para recálculo da pena*" (fls. 170); porém, assim não o fez, o que levou à necessidade de interposição dos presentes embargos à execução.

Assim, ainda que outros tenham sido os patronos no âmbito administrativo, não se pode impor à FESP a responsabilidade pela desídia daquela defesa.

Destarte, exatamente pelo princípio da causalidade, que, na matéria, so-

brepõe-se ao da sucumbência, não é devida a verba honorária em favor do apelante, ora embargante.

Neste sentido é a orientação jurisprudencial do E. STJ:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM VIRTUDE DE ERRO DE ESCRITURAÇÃO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. O princípio da sucumbência, adotado pelo art. 20, do CPC, encontra-se contido no princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. ***Assim, se em embargos do devedor se demonstra que a execução fiscal foi ajuizada em virtude de erro de escrituração do contribuinte, a este incumbem os ônus sucumbenciais.*** *2. Para que o recurso especial seja conhecido pela alínea "c", o acórdão recorrido e o paradigma devem ter dado soluções diversas a casos semelhantes. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido"* (REsp 299.621/SC, Rel. **Ministro José Delgado**, Primeira Turma, julgado em 03/05/2001, DJ 13/08/2001, p. 73, grifei).

Considerando-se, assim, as peculiaridades do caso e o princípio da causalidade, não há que se cogitar de condenação da FESP ao pagamento das verbas de sucumbência.

Por fim, repita-se que, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. **Min. Felix Fischer**, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento do direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos no recurso.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015600-26.2016.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante LUANA TAVARES (JUSTIÇA GRATUITA), 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. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.157)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.
NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DISCRIMINAÇÃO SEXUAL – DIREITO DE VISITA – AUSÊNCIA DE NULIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Pretensão da parte autora visando obter condenação da ré a danos morais decorrentes de ofensas verbais praticadas pelos servidores públicos.

2. Ausência de comprovação de nexo de causalidade entre a conduta dos servidores e o dano sofrido pela parte autora. Inocorrência de nulidade do procedimento administrativo que suspendeu por 30 dias as visitas. Elementos probatórios dos autos que indicam que a penalidade aplicada foi devidamente com fundamento no Regulamento Prisional. Sentença de improcedência mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por LUANA TAVARES nos autos da ação ordinária ajuizada contra a Fazenda do Estado de São Paulo, em face da r. sentença de fls. 323/325, cujo relatório integro ao presente voto, por meio da qual a DD. Magistrada *a quo* houve por bem julgá-la improcedente, condenando-a ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, ressalvada a justiça gratuita.

Sustenta, em síntese, preliminarmente cerceamento de defesa porquanto desconsiderada prova testemunhal de seu companheiro preso. No mérito, alega não haver previsão legal para se submeter à entrevista social para exercer seu direito de visita. Sofreu constrangimento e abalo emocional diante da condenação aplicada no procedimento administrativo que a penalizou com suspensão de visitas por trinta dias. Defende que não foi intimada tampouco notificada do procedimento administrativo, em manifesta violação ao regulamento penitenciário.

Contrarrazões da Fazenda Pública de São Paulo apostas a fls. 348/364.

É o relatório. Passo ao voto.

Acesso ao Sumário

Conheço do recurso, porquanto tenho por presentes pressupostos de admissibilidade; no mérito, anoto não comportar o provimento almejado, consoante fundamentação abaixo.

Inicialmente, em análise à preliminar arguida pela autora, anoto não comportar acolhimento, na medida em que não se verifica o alegado cerceamento de defesa ante a prolação de sentença no estado da lide. Embora a questão tratada remeta-se a fatos sucedidos entre a parte autora e a testemunha presa, há documentos nos autos que tornam a controvérsia inteligível o suficiente a ponto de habilitar o julgamento do pedido. Com efeito, a ouvida da testemunha indicada pela apelante constituiria providência destituída de serventia.

Não há, portanto, cogitar-se do alegado vício de obstrução ao seu direito de defesa, motivo pelo qual, rejeito a preliminar invocada e passo à análise do mérito.

Pois bem.

Trata-se de demanda indenizatória ajuizada em face da Fazenda do Estado de São Paulo, agitada sob o argumento de que a autora ingressou com pedido de visitas do seu companheiro preso Ailton Barbosa da Silva Filho, e lhe foi exigida entrevista social para análise da solicitação. Indignada com a exigência desnecessária questionou a atendente que passou a constrangê-la e humilhá-la por ser homossexual. Narrou que ao contactar o Diretor do presídio o comportamento deste servidor não foi diferente e ainda a advertiu que não poderia adentrar naquela penitenciária. Irresignada ingressou com reclamação na Corregedoria de Bauru para averiguação das condutas dos agentes públicos, porém tomou ciência de que foi punida com 30 dias de suspensão do direito de visitas por ter ofendido a funcionária da penitenciária.

Postulando reparação por conta de ofensas morais, requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos suportados em virtude da discriminação, constrangimento e humilhação por ser tolhida do seu direito de visita. Esta foi julgada improcedente, em face da ausência de elementos de prova capazes de caracterizar a responsabilidade civil objetiva do Estado.

Contra o desfecho atribuído à lide, recorre a parte autora, buscando sua reforma.

Todavia a r. sentença, v.g., não padece de eivas ou lacunas a reparar.

Compulsando-se os autos, verifica-se que, de fato, o conjunto probatório mostra-se insuficiente para afirmar a responsabilidade civil do Estado pelos danos reclamados pela parte autora, tampouco conseguiram reunir elementos que caracterizassem a antijuridicidade dos fatos praticados pelos agentes públicos, ou existência de abuso ou desrespeito para com a parte autora.

No caso presente não se verifica a presença de elementos que comprovem o nexo de causalidade entre o evento e o dano afirmado pela autora, na medida

Acesso ao Sumário

em que, de acordo com os elementos de prova reunidos nestes autos, a servidora Viviane instruiu a apelante a passar em entrevista social a fim de atender ao pedido de visitas, sem empregar ofensas ou qualquer outro meio vexatório. Constata-se, outrossim, que a recorrente se indignou e a tratou desrespeitosamente.

Com efeito, as peças da sindicância administrativa de fls. 142/159 instaurada para apurar os fatos demonstraram a infração da parte autora em violação ao art. 130, inciso III[1], do Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo, motivo pelo qual foi aplicada a pena de 30 dias de suspensão de visitas diante da conduta desrespeitosa para com os servidores, com fundamento nos arts. 110[2], 131, II[3], 133[4] e 134[5] do mesmo diploma legal. Ademais, inexiste desconhecimento da apelante acerca do procedimento administrativo, de vez que constou seu depoimento em termo de declaração acostado a fls.147.

Verifico que os depoimentos testemunhais colhidos no curso da sindicância corroboram com o entendimento de que houve desrespeito à servidora Viviane que atendeu à apelante. Por outro lado, o depoimento pessoal da autora pouco esclarece sobre o desenrolar dos fatos, porquanto a autora apenas narrou sua versão dos fatos e a inquirição da testemunha Mary ficou prejudicada conforme certificado no termo de audiência expedido a fls. 244. Denota-se, a partir do exame das circunstâncias que os agentes públicos agiram no âmbito da legalidade, ou seja, cumpriam o dever legal.

As provas orais não fornecem informações suficientes e consistentes que corroborassem a versão dos fatos que a autora apresentou.

Apesar de apontado o dano moral, não há suporte probatório suficiente evidente para afirmar a ilicitude da conduta dos servidores, tampouco uma conduta censurável, de desrespeito, por exemplo, como a que fora veiculada pela parte.

Some-se a isso, a exangue evidência da realidade da lesão moral; é como aliás, bem destacou a digna Magistrada sentenciante:

> *Dispõe o art. 37, § 6º, da CF/88 que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão*

Acesso ao Sumário

1 Art. 130 – São considerados atos de indisciplina cometidos por visitantes:
(...)
III – desobedecer, desacatar ou praticar qualquer ato que importe em indisciplina, seja ele praticado contra servidores públicos, presou ou outros particulares;

2 Artigo 110 – A critério do diretor da unidade prisional, pode, fundamentadamente, ser suspenso, por prazo determinado, ou cancelado, o registro do visitante que, por sua conduta, possa prejudicar a disciplina e a segurança da unidade prisional, observado o disposto nos artigos 131 a 134 deste Regimento.

3 Artigo 131 – Os atos de indisciplina praticados por visitantes podem incorrer em:
II – suspensão temporária da autorização para entrada na unidade prisional;

4 Artigo 133 – a suspensão temporária e a cassação devem ser empregadas na prática de crime doloso, ato de indisciplina que comprometa a ordem e a segurança ou outro fato danoso no âmbito das unidades prisionais.

5 Artigo 134 – o período da suspensão temporária pode ser de 15 (quinze), 30 (trinta), 90 (noventa), 180 (cento e oitenta) ou 360 (trezentos e sessenta) dias, conforme a gravidade do fato.

pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros", estabelecendo, como regra, a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado, baseada na teoria do risco administrativo, bastando, como elementos à responsabilização do Estado, a ação positiva, o dano efetivo, material ou moral, e o nexo causal a uni-los.

Ademais, a responsabilidade objetiva, adotada pelo legislador como a regra no que concerne à responsabilidade do Estado, prevê que a Administração Pública responde perante os terceiros independentemente da comprovação de dolo ou culpa, sendo necessária somente a demonstração do dano, da conduta e do nexo causal. Assim, embora se trate de responsabilidade objetiva, conforme acima mencionado, cabe a parte autora a prova da ocorrência do dano, da conduta e/ou do nexo de causalidade.

Contudo, analisando-se os autos, não restou comprovada a alegada conduta vexatória por parte dos servidores mencionados. Outrossim, os documentos acostados referentes à penalização que sofreu em razão de sindicância aberta pela Administração, demonstram que a parte autora agia reiteradamente de forma desrespeitosa com a atendente, comportamento este presenciado, inclusive, por outros servidores, o que restou consubstanciado pela prova testemunhal.

Apesar do relato da autora, inexiste nos autos qualquer comprovação que, de fato, houve irregularidade na conduta da administração.

Desta feita, o panorama existente nos autos não permite gerar convicção acerca de ocorrência de conduta abusiva por parte dos agentes públicos, e, sem a efetiva prova de abusos ou comportamento causador de dor e sofrimento a autora, não opera o dever de indenizar, o que desqualifica a prevalência do interesse da autora em face do fato constitutivo por ela não provado.

Enfim, por conta da incipiente matéria de prova e diante de tênue materialidade da conduta, à parte adversa não subsistirá a responsabilização dos servidores as ofensas noticiadas. Por essa razão, não requer o caso outra solução senão a de não se concretizar o pleito condenatório, impondo-se, ao contrário, a manutenção da r. sentença.

Nesse sentido:

APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – HOMOFOBIA – DANOS MORAIS – Pretensão inicial voltada à reparação moral da autora em virtude de suposto ato discriminatório e preconceituoso praticado por preposto do Município em desfavor da postulante durante consulta médica – Responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) – Ausência de prova de qualquer conduta ilícita do agente da Administração, ou mesmo do nexo de causalidade necessário entre o evento danoso e o ato dito ilícito do médico – Autora que não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, na

Acesso ao Sumário

medida em que deixou de demonstrar como de fato se deu a dinâmica dos acontecimentos – Inteligência do art. 373, I, do CPC – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1017783-16.2017.8.26.0576; Relator: Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/08/2020; Data de Registro: 27/08/2020).

Assim sendo, corroboro o desfecho atribuído à lide nos moldes propugnados pela MM. Juíza sentenciante, razão pela qual haverei de confirmá-lo nos seus próprios termos.

Posto isso, voto no sentido do **desprovimento** do recurso, mantida integralmente a respeitável sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1063870-76.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PLANIK EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.858)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 10 de setembro de 2021.

MARREY UINT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível – Ação Anulatória – Multa administrativa – Distribuição de panfleto com mensagem publicitária de que a Apelante é beneficiária – Jornal impresso com observância do tipo administrativo previsto no art. 26 da Lei Municipal nº 14.517/07, que deve sofrer interpretação restritiva – Não cabe ao interprete acrescentar disposições inexistentes em texto unívoco – O dispositivo almeja proibir a divulgação de material exclusivamente publicitário – O tipo administrativo não coíbe a exposição de informação juntamente com a publicidade, isto porque a pu-

blicidade é essencial para a sobrevivência econômica do veículo impresso, assim como das demais mídias – Inteligência do art. 5º, IV e art. 220, §6º, ambos da CF/88 – Poder fiscalizatório futuro da Municipalidade, todavia, preservado – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação anulatória ajuizada por Planik Empreendimentos Imobiliários Ltda. contra a Prefeitura de São Paulo, pretendendo a anulação de multa aplicada por veiculação ilegal de material publicitário em via pública, bem como a obrigação de não fazer consistente na proibição de multas posteriores sob mesma fundamentação.

A sentença de fls. 104/109, proferida pela Juíza Maricy Maraldi julgou improcedente o pedido, arcando a Autora com as custas, despesas processuais e honorários fixados no percentual mínimo previsto no artigo 85, §3º do CPC sobre o valor atualizado da causa.

Apela a Autora (fls. 112/131), pugnando pela reforma da sentença, ao defender, no mérito, a regularidade da forma de distribuição do periódico, com publicidade embutida, não se afastando seu cunho jornalístico.

É o relatório.

O impasse cinge-se em saber se o Poder de Polícia da Municipalidade encontra guarida legal para atuar sobre esse material impresso.

Colhe-se dos autos que a Apelante restou multada pelos agentes fiscalizadores do Município de São Paulo, em razão da veiculação de propaganda em jornal, com base no art. 26 da Lei Municipal nº 14.517/2007. O dispositivo em comento proíbe a distribuição de panfletos/folhetos ou qualquer tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias em vias e logradouros públicos da Cidade, sendo oportuna sua transcrição:

> *Art. 26 É proibida, nas vias e logradouros públicos, a distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias, entregues manualmente, lançados de veículos, aeronaves ou edificações ou oferecidos em mostruários.*
>
> § 1º O descumprimento ao disposto no «caput» deste artigo sujeitará o beneficiário da divulgação do produto ou serviço à multa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), dobrada na *reincidência e reaplicada a partir da lavratura da primeira multa, até a cessação da infração, sem prejuízo da apreensão do material impresso distribuído irregularmente.*
>
> § 2º Considerando o disposto no inciso IX do art. 5º da Constituição Federal, excetua-se da vedação estabelecida no «caput» deste artigo a distribuição gratuita de jornais e periódicos que se enquadrem na Lei

Acesso ao Sumário

Federal nº 5.250, de ***9 de fevereiro de 1967. (Redação dada pela Lei nº 14583/2007).***

§ 3º A distribuição de jornais e publicações mencionada no § 2º deste artigo não abrangerá os cruzamentos com dispositivo semafórico e dependerá de prévia autorização do Prefeito.

(grifos nossos)

E, em análise, o jornal eleito pela Apelante encontra-se na exceção veiculada pelo §2º da lei supra.

Isso porque o tipo administrativo (art. 26) deve sofrer interpretação restritiva. Não cabe ao intérprete acrescentar disposições inexistentes em texto unívoco: o dispositivo almeja proibir a divulgação de material exclusivamente publicitário. O tipo administrativo não coíbe a exposição de informação juntamente com a publicidade, até porque a publicidade é essencial para a sobrevivência econômica do veículo impresso, assim como das demais mídias.

Outrora a lei, em seu parágrafo segundo, tentou criar critério objetivo, para aferir se o material difundido era ou não de cunho publicitário: *"§2º. Excetua-se da vedação estabelecida no "caput" deste artigo a distribuição gratuita de jornais e publicações contendo, no mínimo, 80% (oitenta por cento) de matéria jornalística, nos termos a serem definidos em regulamentação própria".* Ocorre que o dispositivo restou revogado pela Lei nº 14.583/07, que faz remição à Lei nº 5.250/67, Lei de Imprensa, que foi considerada inconstitucional pelo STF.

Portanto, no momento, não há critério de ordem objetiva (percentagens, caracteres, etc.) para distinguir material impresso de natureza majoritariamente informativa e/ou publicitária. Nesse cenário, a limitação de direito fundamental (liberdade de expressão e pensamento) deve ser mínima, por ponderação, e a proibição deve incidir apenas se o tipo administrativo evidentemente abarcar a hipótese, o que não é o caso dos autos.

O periódico em que ocorreu a veiculação está registrado em cartório e não veicula mensagens exclusivamente publicitárias. E, embora as matérias sejam superficiais, não se pode concluir que o material em estudo é exclusivamente publicitário: há longo caminho a ser percorrido pelo legislador infraconstitucional regulador, que não cuidou da hipótese, ao que tudo indica em razão, inclusive, de tal impossibilidade sob o prisma constitucional.

É importante ressaltar que a Constituição Federal, como regra, incentiva a profusão da informação/comunicação, colocando em caráter excepcional as restrições:

Art. 5º. (...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a

informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Assim, impressos onde haja publicidade e informação, em princípio, não podem ser tolhidos pelo poder de polícia administrativo, com pálio no art. 26, da Lei nº 14.517/07, visto que não há expressa e objetiva vedação legal. Neste cenário, onde não existe proibição explícita, o particular pode atuar, obedecendo às regras jurídicas impostas, mormente o regime jurídico administrativo.

Anula-se, portanto, a penalidade imposta neste caso específico, multa nº 137.718-1 (fls. 30), ficando afastado o pedido de fixação de obrigação de não fazer.

Quanto a este último, nada obsta que a Municipalidade, diante de mídia futura, ou do mesmo jornal inclusive, observe e autue a realização de verdadeira publicidade integral, sendo a aferição feita caso a caso. Não se pode, portanto, dar salvo conduto atemporal a determinado meio de comunicação, sob pena de se subvertido este, constranger o legítimo poder de polícia da Administração.

Diante da sucumbência parcial, ficam substituídos os ônus fixados em Primeira Instância, devendo cada parte arcar com metade das custas e despesas processuais globais, bem como honorários advocatícios mútuos e correspondentes a 12% do valor da causa, já inclusos os recursais, nos termos do art. 85, §§ 3º, 4º e 11, do CPC.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 24).

Em face do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso da Apelante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027184-17.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SALUSTRIANO VIANA CARLOS, são apelados HOSPITAL GERAL JESUS TEIXEIRA DA COSTA - GUAIANASES e 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: "Ne-

garam provimento ao recurso. V.U.", em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 32.566)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e PONTE NETO.

São Paulo, 13 de setembro de 2021.

Jeferson MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "APELAÇÃO – Danos morais – Privação de realizar velório de familiar durante período de Pandemia Covid-19 – Restrição imposta pela Portaria SS 32 de 20/03/2020 do Governo do Estado de São Paulo como medida de prevenção ao contágio da doença – Situação excepcional admissível diante da gravidade da Pandemia – Pretensão de correção da 'causa mortis' **na certidão de óbito – Inadmissibilidade – Quadro clínico atestado por médico competente – Falta de indícios de irregularidade do ato – Inocorrência de falha no serviço – Ausência de nexo de causalidade e do dever de indenizar – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido"**

VOTO

Ação de Indenização por danos morais ajuizada por **SALUSTRIANO VIANA CARLOS** em face do **HOSPITAL GERAL JESUS TEIXEIRA DA COSTA – GUAIANASES** e **ESTADO DE SÃO PAULO**. Narra o autor que no dia 26/08/2020 levou sua mãe Izabel da Rocha Viana ao pronto socorro pois apresentava desconforto respiratório e dor nas costas e que lá chegando foi encaminhada para o Hospital Geral Jesus Teixeira da Costa para tratamento de COVID. Informa que o resultado do teste para Covid resultou negativo, contudo a paciente faleceu em 03/09/2020 sem que fosse permitido ao autor se aproximar do corpo da mãe. Sustenta violação do dever de informar, eis que inverídica a informação lançada no prontuário médico de que a causa da morte seria Covid, bem como violação de direitos da personalidade, pois foi impedido de realizar um velório seguido de rituais fúnebres em família. Requer indenização por danos morais no importe de R$ 100.000,00 (cem mil reais) e a retificação da declaração de óbito retirando-se a *causa mortis* ali lançada equivocadamente.

Acesso ao Sumário

A sentença de fls. 371/375 julgou improcedentes os pedidos. Em razão da sucumbência, condenou o autor ao pagamento de honorários fixados no percentual mínimo sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 3º, do Código de

Processo Civil, ressalvada a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Apela o autor (fls. 379/389). Busca a reforma da r. sentença para julgar seus pedidos totalmente procedentes, nos termos da petição inicial.

Houve apresentação de contrarrazões ao recurso (fls. 395/403).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

Sobre a responsabilidade civil do estado pode o poder público responder objetivamente ou subjetivamente. O presente caso trata de hipótese de responsabilidade subjetiva do Estado, correspondente à ideia conhecida entre os franceses como *faute du service*, quando o serviço não funciona, funciona mal ou atrasado.

Acerca da responsabilidade subjetiva do Estado, nos ensina Celso Antonio Bandeira de Melo: *Ocorre a culpa do serviço ou "falta do serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva*. (g.n.)

Para a configuração da falta do serviço, necessária a demonstração da ocorrência do dano, nexo de causalidade entre estes, comportamento omissivo da Administração e a existência de culpa.

In casu, há nos autos relatório médico (fls. 256/258) explicando que apesar do teste realizado no dia 27/08/2020 ter apresentado resultado negativo para Covid a evolução do quadro clínico da paciente era compatível com a doença. E, conforme recomendação do Ministério da Saúde, um segundo teste deveria ser realizado sete dias após o inicio dos sintomas para afastar possível resultado falso negativo, contudo novo exame não chegou a ser feito devido ao falecimento da paciente na data em que deveria ter sido feita a coleta de material (03/09/2020).

Observa-se que a Portaria SS 32 de 20/03/2020, que dispõe sobre o manejo e seguimento dos casos de óbito durante a pandemia da Covid-19 no Estado de São Paulo, impôs restrições de manejo dos corpos em casos confirmados ou suspeitos.

No presente caso verifica-se que a paciente ficou internada em hospital onde eram prestados atendimentos para pacientes infectados pela Covid-19 e possuía quadro clínico compatível com a doença, de modo que não se mostram ilegais as medidas preventivas aplicadas pelo apelado.

Assim, como bem asseverado pelo douto magistrado *a quo*, não há motivos também para acolher o pedido de retificação da declaração de óbito já que o único teste negativo realizado não se trata de resultado infalível, de forma

Acesso ao Sumário

que há como se afastar a presunção de legitimidade e veracidade do documento público assinado por médico responsável.

Ainda que se esteja diante de situação lamentável, a sua excepcionalidade impõe medidas restritivas para prevenir o contágio da doença pouco conhecida ainda à época dos fatos.

Portanto, inexiste o nexo causal entre a atuação do apelado e o dano experimentado pelo apelante, não ensejando assim o dever de indenizar.

Nesse sentido:

"*APELAÇÃO CÍVEL – ERRO MÉDICO – Indenização por danos morais – Responsabilidade Civil – Alegado atendimento médico deficiente – Laudo do IMESC que conclui que o tratamento realizado era o adequado para a lesão apresentada – Sequelas decorrentes da gravidade do trauma, e não de falhas no atendimento médico prestado – Ausência de prova da má prestação do serviço, erro médico ou falha técnica – Ausente o dever de indenizar – Sentença de improcedência mantida – Recurso do autor improvido*." (TJSP; Apelação Cível nº 1008790-02.2014.8.26.0604; Rel. Des. Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 06/11/2019);

"*Alvará judicial de exumação e autópsia de corpo. Procedimento de jurisdição voluntária. Pretensão de obter a definição da causa mortis de familiar. Resultado negativo para COVID-19 superveniente ao falecimento, que não acarreta indefinição ou erro no atestado de óbito, cujo teor apenas menciona a mera suspeita da doença. Necessidade de observância do prazo de três anos da data do sepultamento. Hipótese que não se enquadra nas exceções previstas na lei (LCM n. 712/2011, art. 42, I e II). Ausência de interesse público. Pedido indeferido. Recurso não provido*." (TJSP; 10ª Câmara de Direito Público; Apelação nº 1009363-59.2020.8.26.0562; Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez; Julg. em 28/08/2020).

Diante disso, a r. sentença de improcedência deve ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante a interposição do presente recurso, conforme expresso no art. 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 12% sobre o valor da causa, observada eventual concessão da gratuidade judiciária.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0008771-56.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, são apelados BRUNO APARECIDO FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), ARLINDO RIBEIRO FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e DEVINA MARIA FERNANDES FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Em juízo de retratação, reformaram o v. acórdão para dar parcial provimento ao recurso da Municipalidade em relação aos juros de mora. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.174)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 14 de setembro de 2021.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Responsabilidade Civil do Estado – Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais – Acidente de adolescente, em piscina pública quando fazia aula de natação – Lesão medular – Pretensão de recebimento de indenização danos morais e materiais – V. acórdão que, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso – Retorno dos autos para reapreciação pela turma julgadora, em razão do julgamento do Resp 1.492.221/PR, Tema nº 905/STJ e do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810/STF – Termo *a quo* – Possibilidade de adequação de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, não havendo *reformatio in pejus* – Precedente do STJ – Em relação aos danos materiais, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (art. 398 do CC e Súmula nº 54 do STJ) e a correção monetária incide a partir da data do efetivo prejuízo (Súmula 43 do STJ) – Quanto aos danos morais e estéticos, os juros fluem a partir do evento danoso (art. 398 do CC e Súmula nº 54 do STJ) e a correção monetária incide desde a data do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ) – Reforma do

Acesso ao Sumário

julgado para dar provimento em parte ao recurso da Municipalidade em relação aos juros de mora, com adequação do V. Acórdão aos paradigmas, e reforma de ofício quanto aos consectários legais.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 475/495) interposto pela Prefeitura de São Paulo em face da r. sentença (fls. 453/460), e decisão em Embargos de Declaração (fls. 470/471) que julgou procedente a ação de Indenização por Danos Materiais e Morais ajuizada por Bruno Aparecido Ferreira e seus pais Arlindo Ribeiro Ferreira e Devina Maria Fernanades Ferreira, condenando a Municipalidade a pagar aos autores danos materiais, morais, e pensão mensal vitalícia ao autor Bruno Aparecido Ferreira, desde o acidente, com os valores em atrasado corrigidos monetariamente pela Tabela Pratica deste TJSP, acrescidos de juros moratórios, e vincendas corrigidas pelo valor do salario mínimo ou aquele utilizado para a correção monetária na Tabela do TJSP. Condenou ainda a ré ao pagamento das despesas dos atos processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Alega a apelante, em síntese, Ilegitimidade ativa dos pais da vitima nos termos do art. 18 do CPC/15 ou art. 6º do CPC/73; Ausência de elementos da responsabilidade civil pela Teoria subjetiva da responsabilidade; que o evento foi imprevisível e inevitável e que foge a normalidade; culpa da vitima por sua conduta imprudente; exclusão da indenização por danos materiais; juros que devem ser de 0,5% do mês; redução dos danos morais e correção da pensão mensal apenas pelo salario mínimo.

Contrarrazões às fls. 500/515.

O V. Acórdão de fls. 522/530 negou provimento ao recurso, mantendo a sentença que condenou a Municipalidade a pagar aos autos pelos danos materiais e morais sofridos, e de pensão mensal vitalícia ao autor Bruno Aparecido Ferreira, desde o acidente, com incidência de correção monetária e juros de mora.

A Municipalidade opôs embargos de declaração (fls. 5334/534), os quais foram rejeitados (fls. 538/541).

A Municipalidade opôs embargos de declaração (fls. 544/558) e Recurso Extraordinário (fls. 560/567).

O feito permaneceu sobrestado e, em análise pelo Desembargador Presidente da Seção de Direito Público, considerando o julgamento do Resp 1.492.221/PR, Tema 905/STJ e do RE nº 870.947/SE (Tema nº 810), determinou a devolução dos autos à Turma Julgadora, para eventual adequação (fls. 574/575).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Reexaminando os autos, conforme art. 1.040, II do Código de Processo Civil entendo que o Acórdão proferido nos autos deve se adequar à tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento dos REsp's 1.495.136/MG e 1.492.221/PR (Tema nº 905) e pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 870.947/SE (Tema nº 810).

Não se tratando o caso concreto de indébito tributário, quanto à correção monetária e juros deve ser observado o decidido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947, em 20/09/2017, em que houve reconhecimento da repercussão geral do Tema 810: "*Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, com redação dada pela Lei nº 11.960/09*".

Conforme decidido pelo STF, não deve ser aplicada a TR para fins de correção monetária, uma vez que se trataria de índice prefixado e inadequado à recomposição da inflação, devendo ser atualizado monetariamente segundo o IPCA-E.

E ainda, em julgamento aos embargos de declaração opostos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão no dia 03/10/2019, concluiu que o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) deve ser utilizado para a atualização de débitos judiciais das Fazendas Públicas (precatórios) aplicando-se a partir de junho de 2009 em diante, sem modulação.

Com efeito, tem-se que se aplica aos juros moratórios a legislação vigente durante a ocorrência da mora, devendo ter por base a redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, dada pela MP nº 2.180-35/01, até a vigência da Lei nº 11.960/09, a partir de quando são cabíveis juros aplicados à caderneta de poupança. Ainda no tocante aos juros, são aplicáveis as alterações da Lei nº 12.703/2012, de 3.5.2012, nos termos do artigo 2º da referida Lei, porque esta alterou a lei que rege a remuneração da poupança.

Em relação aos danos materiais, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (art. 398 do Código Civil e Súmula nº 54 do STJ) e a correção monetária incide a partir da data do efetivo prejuízo (Súmula 43 do STJ). Quanto aos danos morais e estéticos, os juros fluem a partir do evento danoso (art. 398 do CC e Súmula nº 54 do STJ e a correção monetária incide desde a data do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ)

Portanto, o Acórdão deve se adequar aos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, Tema nº 810, e pelo Superior Tribunal de Justiça, Tema nº 905, com reforma de ofício quanto ao termo inicial dos juros e correção monetária.

Ante o exposto, em observância ao art. 1040, II do Código de Processo Civil, reforma-se o v. acórdão para dar parcial provimento ao recurso pela Mu-

Acesso ao Sumário

nicipalidade em relação aos juros de mora, adequando-se o julgado aos paradigmas, com reforma, de ofício, quanto ao termo inicial dos consectários legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008614-73.2018.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante ELCIO PEREIRA, 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.208)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO NEGRINI FILHO (Presidente sem voto), LUIZ DE LORENZI e CYRO BONILHA.

São Paulo, 23 de setembro de 2021.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – L.E.R./ D.O.R.T. – OMBRO DIREITO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DO OBREIRO.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – Prova pericial produzida com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por perita de confiança do juízo, contendo fundamentação clara e suficiente ao adequado julgamento da lide, desmerecendo renovação ou complementação.

MÉRITO – MANUTENÇÃO – AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE OU NEXO – Provada pericialmente a ausência de moléstia ocupacional incapacitante no ombro direito do obreiro, indevida a indenização acidentária.

Preliminar afastada – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

Trata-se apelação interposta pelo autor contra a r. sentença de fls. 298/301, cujo relatório é adotado, que **julgou improcedente** ação acidentária movida por *eletricista montador*, objetivando a concessão de benefício acidentário em razão de moléstia no ombro direito, supostamente oriundas das condições agressivas de seu trabalho.

Em recurso (fls. 305/319), o segurado aduziu, preliminarmente, que teria sido cerceado seu direito de defesa, pois a vistoria realizada não teria avaliado as efetivas condições de trabalho e, no mérito, que a documental comprovaria sua incapacidade e o nexo, fazendo jus ao benefício.

Processado o recurso, sem contrarrazões (fls. 325), subiram os autos.

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

2.1) Do cerceamento de defesa

Inexiste, no caso, cerceamento de defesa.

Isso porque, a perícia realizada mostrou-se suficiente ao adequado julgamento da lide em primeiro grau, – assim como o é, também, para o julgamento em grau de recurso –, vez que a *expert* respaldou-se em exames clínico e complementar para a elaboração de seu trabalho técnico, enfrentando com precisão todas as questões que lhe foram submetidas, oferecendo destarte para o julgador os elementos técnicos necessários à formação de sua convicção.

O mero inconformismo com o resultado final do laudo pericial não é capaz de ensejar a realização de nova prova médica, se aquela produzida está bem fundamentada, desmerecendo complementação ou repetição, o que só oneraria os encargos da lide, desnecessariamente.

Destaque-se não ser atribuição do perito oficial corroborar a tese de qualquer das partes, mas sim formular parecer técnico, imparcial, fundamentado e coerente, para auxiliar o Juízo na formação de sua convicção. Nesses termos, a vistora desincumbiu-se de seu múnus.

Mas não é só.

O obreiro não se interessou em participar da produção da prova pericial, pois sequer nomeou assistente técnico e, consequentemente, não ofereceu parecer divergente para impugnar eficazmente a prova técnica.

Assim, aguardou o resultado desfavorável da perícia para passar a se interessar por ela, mas, sem mais poder fazer, limitando-se a apresentar críticas desprovidas de embasamento científico (fls. 199/203).

Ainda assim, os autos retornaram à perita, que prestou esclarecimentos (fls. 222/226), inclusive repetindo a vistoria ambiental (fls. 275/284), enfrentando todas as críticas e, com base em critérios técnico-científicos justificou suas

Acesso ao Sumário

conclusões.

Aponte-se, ainda, que o apelante é contraditório, pois ao mesmo tempo que sustenta teria sido cerceamento seu direito de defesa, pois "*os Peritos não puderam efetivamente vistoriar as atividades laborais que levaram ao autor ser portador das moléstias indicadas*", pleiteando nova vistoria, aduziu que a vistoria seria impossível por não existir mais as funções outrora desempenhadas ("*Diante da prejudicialidade da vistoria, se faz necessário que o deslinde da ação seja fundamentado e corroborado pelos exames, relatórios médicos e demais documentos acostados nos autos do processo, que comprovam o nexo causal ou concausa, além da redução da capacidade laboral*." – fls. 313).

Assim, se não dá para repetir a vistoria, pois o local em que exercido o labor está alterado, não há como reconhecer cerceamento pela vistoria realizada.

Tampouco merece prosperar pleito de substituição da perita, porquanto intempestivo, eis que formulado apenas em razões recursais (fls. 305/319), porquanto nas impugnações ao laudo (fls. 199/203 e 291/297), não apontou qualquer causa para a substituição da vistora (impedimentos e suspeição), apenas pleiteou, genericamente, a repetição da prova.

Frise-se que eventual alegação de impedimento ou suspeição deveria ter sido apresentada no prazo de 15 dias a contar da nomeação (art. 465, § 1º, do C.P.C.), e não após a apresentação do laudo ou em razões recursais.

Ademais, não se está diante de nenhuma das hipóteses do artigo 468 do C.P.C., mormente porque a vistora é suficientemente qualificada para o trabalho, eis que é formada pela Faculdade de Ciência médicas da Santa Casa de SP, Mestre em Medicina, Doutora em Medicina, Professora da Faculdade de Medicina da Santa Casa de SP, pós graduanda em Medicina Legal/Perícias Médicas pela Faculdade de Medicina da Santa Casa de SP, (fls. 172), logo, habilitada para avaliar moléstias relacionadas ao trabalho.

Consigne-se, ainda, que ante a constatação de ausência de incapacidade, qualquer investigação a respeito do nexo seria desnecessária.

Acesso ao Sumário

Desse modo, ao obreiro foi dada a oportunidade de produzir todas as provas pertinentes, inexistindo, portanto, qualquer violação ao seu direito de defesa, havendo, frise-se, mero inconformismo com o desfecho do processo, fator não justificador da repetição da prova técnica.

Impende ponderar ainda que, para se caracterizar a plenitude do contraditório e da ampla defesa, não é obrigatória a realização de nova ou segunda perícia, como habitualmente se sustenta em razões recursais oferecidas por partes contrariadas em suas pretensões por sentenças estribadas em prova pericial que lhes tenha sido desfavorável.

Basta que o contraditório, nos exatos termos do quanto estabelecido nas normas procedimentais, e durante a tramitação do processo em primeiro grau de

jurisdição, tenha se efetivado mediante a concessão das oportunidades legais às partes para participarem das, e produzirem as, provas em geral, não sendo imperioso que se conceda oportunidade para repetição de qualquer ato probatório apenas porque este ou aquele resultou em evidência contrária ao interesse de uma delas.

Tenha-se ainda que o legislador, representando a sociedade, estabeleceu o reexame necessário apenas em favor do erário público. Principalmente quando este integra o patrimônio de autarquia que garante a realização do Direito Social, Previdenciário e Acidentário, a milhares de obreiros segurados.

Incumbe, nesses casos, ao apelante indicar qual o dispositivo processual que, **descumprido ou ignorado** durante a fase de produção (ou mesmo das de postulação e admissão) da prova, teria ensejado cerceamento de defesa que justificasse, ou a anulação da sentença, ou o reconhecimento do cerceamento de defesa para que se tornasse razoável seu pleito de renovação da prova já produzida, **regularmente**, em primeiro grau de jurisdição.

Confiram-se os seguintes arestos consentâneos ao caso:

*"ACIDENTÁRIA – PRETENSÃO DO AUTOR DE SE SUBMETER À NOVA PERÍCIA MÉDICA – INADMISSIBILIDADE. '**Elaborado o laudo oficial de forma completa e com fundamento claro e suficiente para ensejar o deslinde da demanda, revela-se inconsistente o pedido de realização de nova perícia ou de qualquer outra diligência nesse sentido**'. ACIDENTÁRIA – LESÕES NO MEMBRO SUPERIOR DIREITO – LIAME OCUPACIONAL E PREJUÍZO FUNCIONAL AFASTADOS PELA PERÍCIA – IMPROCEDÊNCIA. "Atestado pela prova médica, de forma cabal e taxativa, que o autor não ostenta nenhuma sequela incapacitante decorrente de moléstia de origem ocupacional, não há que se cogitar de indenização no âmbito da infortunística".* (Apelação Cível 1019687-20.2019.8.26.0053, Rel. Des. Luiz De Lorenzi, TJSP, 16ª Câmara de Direito Público, julgado em 28/01/2020 destaquei em negrito).

"ACIDENTE DO TRABALHO – SERVIÇOS GERAIS – INCAPACIDADE LABORATIVA NÃO COMPROVADA – NEXO CAUSAL COM O LABOR DESCARTADO – LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO – DESNECESSÁRIA RENOVAÇÃO/COMPLEMENTAÇÃO DA PROVA – BENEFÍCIO INDEVIDO. Para a concessão do benefício acidentário é imprescindível a comprovação do acidente ou o diagnóstico da doença, a caracterização do nexo causal com o trabalho e a efetiva incapacidade profissional. A ausência de quaisquer destes requisitos desautoriza a reparação pretendida. Recurso desprovido". (Apelação Cível 1003230-19.2018.8.26.0320, Des. Rel. João Negrini Filho, TJSP, 16ª Câmara de Direito Público, julgado em 21/10/2019).

Acesso ao Sumário

Portanto, desnecessária a repetição ou complementação da prova pericial.

2.2) Do mérito

No mérito, a improcedência da ação é de rigor.

Isso porque, a perícia (fls. 172/196), levada a efeito pela Dra. Walkiria Hueb Bernardi, realizou exame físico, que revelou a normalidade do segmento. Note-se:

"Membros superiores

Ausência de deformidade, hipotrofia, hipertrofia, distrofia, sudorese, tumoração, posições antálgicas, edema, retração, cianose, hiperemia, palidez. Teste de Phalen e Tinnel negativos. Não houve restrição de movimentos para elevação dos membros."

	Ombro D	*Ombro E*
Teste do Aperto de Botão Subacromial	*Negativo*	*Negativo*
Teste do Impacto de Hawkins Kennedy	*Negativo*	*Negativo*
Teste de Dawbarn	*Negativo*	*Negativo*
Teste do Supra espinhal	*Negativo*	*Negativo*
Teste de Gerber	*Negativo*	*Negativo*

(fls. 179 destaques do original).

Após a análise dos documentos médicos e exames complementares (fls. 175/177), concluiu a vistora pela ausência de redução atual da capacidade laboral do obreiro, em qualquer grau:

*"Apresentou exame **físico pericial** dirigido para **os membros superiores** sem alterações significativas.*

***Não** há documentos juntados aos autos que indiquem necessidade de **atividade compatível** devido a moléstia.*

***Não há sequelas**, agravos ou complicações incapacitantes.*

*Assim, **não há incapacidade para o trabalho relacionada ao diagnóstico.**"* (fls. 172).

Perícia produzida de acordo com os princípios do contraditório e da ampla defesa, devidamente fundamentada, com elementos suficientes para o adequado julgamento da lide, **sem contrariedade técnica aos seus termos e conclusões**, merecendo crédito e respaldo, pois realizada por especialista imparcial, da inteira confiança do juízo.

Ressalte-se que críticas de caráter leigo de modo algum abalam as conclusões periciais, pois estas se fundamentam em conhecimento e procedimentos técnico-científicos.

Robora a conclusão pericial a última perícia realizada por médico da autarquia, a qual concluiu:

"NÃO EXISTE INCAPACIDADE LABORATIVA. EXAME ATUAL NÃO ENCONTRA SINAIS DE QUADRO ÁLGICO DESCOMPENSADO E/OU SINAIS DE IMITAÇÃO FUNCIONAL EM MSD". (fls. 78 destaque do original)

Quanto aos exames complementares, cumpre ressaltar que a avalição clínica é soberana na aferição da incapacidade laboral, sendo a imagem apenas exame complementar a confirmar o quadro clínico, senão não haveria lógica na avaliação pericial solicitada e realizada, pois aí bastaria resultado de exame especializado alterado, e o caso estaria encerrado.

Calha preciso escólio doutrinário a respeito:

"Os exames de ultrassonografia e eletromiografia podem ser falsos positivos ou falsos negativos, daí por que a norma estabelece que devem ser solicitados à luz de hipóteses diagnósticas e não de forma indiscriminada. Seus resultados devem sempre levar em conta o quadro clínico e a evolução, que são soberanos na análise e conclusão diagnóstica" ("Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais", Antonio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Souza Bertagni, Editora Saraiva, 6ª Edição/2010, página 106).

Note-se, ainda, que os resultados dos exames especializados apenas confirmam o diagnóstico, pois a vistora os analisou (fls. 175/177) e, considerando a ausência de sintomatologia atual, justificadamente, concluiu pela inexistência de incapacidade.

Tampouco merece prosperar a alegação de que os documentos médicos juntados teriam o condão de infirmar as conclusões da prova pericial.

Isso porque, além de terem sido produzidos unilateralmente pela parte, retratam situação pretérita, não se prestando a contrariar resultado da perícia atual, realizada por médica especialista e imparcial.

Em relação ao atestado de saúde ocupacional, que indicou restrições à atividade do obreiro (fls. 29), não se pode extrair dele a existência de incapacidade, eis que, considerando sua plena aptidão constatada pela perícia oficial, a providência teria sido preventiva, o que não dá ensejo ao benefício (art. 104, § 4º, II, Decreto nº 3.048/99).

Não bastasse, a perita realizou vistoria ambiental (fls. 275/284) e, diversamente do sustentado pelo apelante, considerou as funções por ele realizadas, inclusive a execução de atividades tais como descritas pelo próprio obreiro, ante a impossibilidade de apuração direta das mesmas. Note-se:

"A vistoria técnica no local de trabalho visa ***análise da atividade executada pelo autor*** *ou paradigma. Na impossibilidade, outros recursos são utilizados, como questionamentos acerca do cargo e* ***simulação da execução da tarefa****. Para este caso, a produção não é seriada, a mon-*

Acesso ao Sumário

tagem destes painéis são conforme pedidos de um único cliente, a frequência destes pedidos é um a cada quatro meses e cada pedido varia a quantidade de painéis variando entre 10 a 30 painéis por pedido. A empresa possui poucos funcionários e com a entrada dos pedidos contratam mão de obra externa temporária para atender a demanda." (fls. 223, destaquei em negrito)

"No passado a empresa também comercializava a prestação de serviços para montagem destes painéis, porém ***conforme o autor*** *e a responsável da empresa,* ***não era frequente a realização destes serviços****. Conforme declaração do autor, em média ele realizava a instalação nos clientes duas vezes por ano, declara que a rotina é na parte de montagem."* (fls. 224, destaquei em negrito)

Avaliou o risco de lesão para os ombros segundo estudos desenvolvidos por três correntes da doutrina médica e, em todos eles, a conclusão foi de baixo risco de lesão para o ombro:

"*A função do Autor para estudo do nexo de causalidade foi analisada segundo o livro Ergonomia Aplicada ao Trabalho - Conteúdo Básico Guia Prático/Hudson de Araújo Couto/2007 Editora Ergo.*

Analisando-se o ***risco para moléstia sobre os ombros****, conclui-se por* ***baixo risco****, devido ausência de elevação dos membros superiores acima da linha dos ombros, movimentos não repetitivos (< 4 por minuto), ausência de sobrecarga de peso sistemática, presença de postura neutra dos membros superiores, e pausas naturais durante o ciclo de trabalho com alternância de atividades, com consequente alternância da exigência da musculatura.*" (fls. 283 destaques do original)

Ressalte-se, apenas ante a insistência do obreiro, que determinado movimento isolado não tem o condão de configurar nexo laboral, pois a avaliação é complexa, considerando, não apenas o movimento em si, mas a carga, sua repetição, tempo de intervalo etc. Por isso especialistas renomados criaram os chamados "check list", nos quais atribui-se determinada pontuação para cada elemento constatado, sendo necessário atingir determinado total de pontos para que se estabeleça o risco de lesão.

Nesse sentido, didática lição da perita:

"*O autor apresenta 'fotografias' do check list, descontextualizando os achados. Importa nestas avaliações, que são objetivas, somar pontuação para então entender-se acerca do risco. A conclusão dos check list mostrou: boa condição biomecânica e baixo risco para moléstia sobre os ombros. Nota-se que para os ombros, houve outras duas ferramentas de avaliação específicas não mencionadas pelo autor:*

1) Check list para avaliação de LER sobre os ombros de Garg e

Acesso ao Sumário

Moore, que concluiu por ação técnica normal, fls. 183/184;

2) Ferramenta ergonômica para avaliação rápida de exposição (QEC), que concluiu por baixo risco para lesões sobre os ombros, fl. 185." (fls. 225)

Robora a conclusão pericial o fato de o obreiro ter desempenhado as funções supostamente agressivas por pouco tempo.

Com efeito, o apelante imputa suas afecções ao período em que foi eletricista montador.

Segundo sua C.T.P.S., para tal profissão, foi contratado em 02.05.2013 (fls. 26).

Todavia, passou a receber auxílio-doença a partir de 18.12.2016 (fls. 18).

Assim, atuou como eletricista montador por pouco mais de três anos até o afastamento, tempo deveras exíguo para o reconhecimento do liame entre afecções e labor.

Nesse sentido, imperioso transcrever judiciosa análise do Dr. Francisco Vanin Pascalicchio, perito judicial nomeado nos autos da apelação nº 0025490-33.2009.8.26.0576, na qual se reporta à literatura médica sobre o tempo de exposição aos fatores de risco para a configuração do nexo temporal:

"Também é importante analisar a existência, ou não, do NEXO TEMPORAL no presente caso. Ou seja, se existe relação entre o tempo trabalhado (e a consequente exposição a cargas ou riscos ocupacionais) e o tempo necessário para a formação de lesões osteomusculares de natureza ocupacional.

Nesse sentido, é importante observar que há necessidade de exposição a cargas de natureza ergonômica ou biomecânica por um ***tempo minimamente significativo*** *para que ocorra o desenvolvimento desse tipo de patologia. Segundo o Prof. Dr. Hudson Couto,* ***haveria, pelo menos, a necessidade de exposição por um período mínimo de cinco anos para que tendinopatias relacionadas ao trabalho possam se desenvolver****."* – destaquei em negrito.

Assim, considerando o curto período de efetivo trabalho nas funções supostamente agressivas, não há como concluir pela existência de liame entre afecção e labor.

Mas não é só.

Em perícia administrativa, o obreiro relatou que seus problemas no ombro remontam ao ano de 2008 ("*RELATANDO QUE ESTÁ EM TRATAMENTO ORTOPÉDICO DEVIDO QUADRO DE OMBRO D, DESDE 2008, COM PIORA DESDE OUT/2016*" (fls. 76 destaque do original), a evidenciar que a gênese do problema não é o trabalho, pois esse, como visto, iniciou-se apenas cinco

anos depois (02.05.2013, cf. C.T.P.S. de fls. 26).

Roboram, ainda, a conclusão pericial, as três perícias administrativas (fls. 76/78), que afastaram o nexo laboral, tanto que, ao obreiro, pagou-se o auxílio-doença previdenciário (fls. 18).

Portanto, não sendo o obreiro portador de sequela atualmente incapacitante decorrente do trabalho, não faz jus ao benefício acidentário.

O apelante é isento das verbas de sucumbência, conforme artigo 129, parágrafo único, da Lei n 8.213/91.

2.3) Da conclusão

Posto isso, despicienda a repetição da prova pericial, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa (item 2.1) e, não sendo o obreiro portador de qualquer moléstia atualmente incapacitante (item 2.2), jus não faz ao recebimento do benefício requerido, razão pela qual deve ser mantida a bem lançada sentença.

3) DISPOSITIVO

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002571-78.2019.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante MARCIO ANTONIO MARCONDES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU.

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. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.377)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e KLEBER LEYSER DE AQUINO.

São Paulo, 9 de agosto de 2021.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CARGO EM COMISSÃO. SUJEIÇÃO AO REGIME ESTATUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE VERBAS RESCISÓRIAS E INDENIZATÓRIAS.

1. A natureza do cargo, exercido 'ad nutum', pois baseado exclusivamente na confiança, de livre nomeação

e exoneração, o torna incompatível com a relação empregatícia submetida às regras da Consolidação das Leis do Trabalho.

2. Vínculo de caráter estritamente administrativo, ao qual incide o art. 37, II, e art. 39, ambos da Constituição da república.

3. Entendimento jurisprudencial consolidado. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida- se de ação condenatória proposta por Márcio Antonio Marcondes em face da Prefeitura Municipal da Estância Turística de Itu, aduzindo em síntese, que ocupou cargo em comissão da requerida, no período de 03.0.2005 a 02.01.2017, tendo direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, no importe de 8% sobre o total da remuneração recebida mensalmente.

A r. sentença de fls. 368 /373 julgou improcedente o pedido. Em razão da sucumbência, condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da causa, observada a suspensão da exigibilidade, por ser o requerente beneficiário da Justiça Gratuita, o que se mantém.

Sobreveio recurso de apelação do autor (fls. 381/396), pugnando pela reforma do julgado. Sem contrarrazões (fl. 415).

É o relatório.

Fundamento e voto.

A natureza do cargo outrora exercido pelo autor é *ad nutum*, isto é, embasado puramente no vínculo de confiança, daí a nomeação e a exoneração se realizar ao livre arbítrio da autoridade competente para tal, características estas absolutamente incompatíveis com as premissas norteadoras das relações empregatícias submetidas aos regramentos da Consolidação das Leis do Trabalho.

O fundamento legal hábil a autorizar os cargos em comissão está explícito no Capítulo atinente à Administração Pública, especificamente no art. 37, II, da Constituição 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:*
>
> *(...)*
>
> *II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e t*ítulos, de acordo

Acesso ao Sumário

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;*

Nessa seara, a relação que se instalou entre a parte autora e a Administração Pública há de observar o disposto no art. 39 da mesma Carta Magna:

"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas."

Percebe-se, assim, que é inequívoco se tratar de relação de âmbito administrativo, e não trabalhista, como quer fazer crer o autor, razão pela qual se submete integralmente ao regime estatutário, deixando de fazer jus ao recebimento de qualquer valor a título de vínculo trabalhista.

O C. Superior Tribunal de Justiça já se posicionou nesse mister:

"O FGTS é sistema garantido e exclusivo do regime celetista. É incompatível a aplicação das suas regras a quem compõe o regime estatutário." (REsp nº 934.770/RJ. Rel. Min. José Delgado. Julg. 20/11/2007).

Nesse sentido, é igualmente o entendimento dominante da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – CARGO COMISSIONADO – RECONHECIMENTO DE VÍNCULO – AVISO PRÉVIO – FGTS – HORAS EXTRAS. Servidores públicos admitidos sem prestar concurso público, para cargos em comissão, estão submetidos ao regime estatutário. Ausência de vínculo laboral. FGTS indevido. Precedentes desta Corte e do STJ. Horas extras indevidas. Jurisprudência do TJSP e Lei Municipal. Sentença mantida. Recurso desprovido." (Apelação nº 0000767-73.2007.8.26.0299. Rel. Des. Décio Notarangeli. Julg. 28/03/2012).

"Servidor Público. Município de Guarujá. FGTS e Aviso prévio. Verbas não devidas. Relação de emprego regida por estatuto próprio. Recurso desprovido." (Apelação nº 0011095-28.2009.8.26.0223. Rel. Des. Borelli Thomas. Julg. 15/02/12).

*"APELAÇÃO CÍVEL. Reclamação Trabalhista. Autora que fora nomeada para exercer cargo em comissão e posteriormente exonerada. Pretensão ao recebimento de horas extras, FGTS e seguro desemprego. Inadmissibilidade. Fato incontroverso que o cargo ocupado era de comissão nos termos da Lei 1270/99 . Natureza de transitoriedade e flexibilidade de hor*ários. Cargo em comissão é de l*ivre nomeação e exoneração nos termos do art. 37 , II da Constituição Federal. Sentença de improcedência dos pedidos mantida. Negado provimento ao recurso."* (Apelação nº 0008454-67.2005.8.26.0236. Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu. Julg. 09 /11/2011).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido é o posicionamento desta Câmara:

"APELAÇÃO – MUNICÍPIO DE GUARUJÁ – CARGO EM COMISSÃO – RECONHECIMENTO DE VÍNCULO CELETISTA – IMPOSSIBILIDADE – SUJEIÇÃO AO REGIME ESTATUTÁRIO – PAGAMENTO DE TODAS AS VERBAS DEVIDAS – INEXISTÊNCIA DE VERBAS RESCISÓRIAS E INDENIZATÓRIAS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

O fundamento legal da causa de pedir, posta na inicial, é a sujeição da relação entre a autora e o Município apelado à CLT. No entanto, em se tratando de funcionária nomeada para exercer cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, e vinculado ao sistema estatutário, é inadmissível a discussão acerca do alegado direito subjetivo material às verbas ali discriminadas. RECURSO DESPROVIDO." (Apelação nº 0002999-53.2011.8.26.0223. Rel. Des. Amorim Cantuária. Julg. 17/04/2012).

Desse modo, a imposição de regime celetista aos servidores comissionados ofende os princípios da razoabilidade e da moralidade, pois criaria situação jurídica benéfica em desacordo com a previsão normativa, em detrimento dos cofres públicos e do interesse público.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004345-11.2021.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante ARTHUR GUILHERME MONZELLI, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto** nº **15.880)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 1º de outubro de 2021.

ALVES BRAGA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA. GREVE SANITÁRIA. AULAS PRESENCIAIS. Pretensão de retirar as ausências do prontuário do impetrante pelo não comparecimento às aulas presenciais, em razão da greve "sanitária" e permissão para que conti-

nue a ministrá-las, remotamente, enquanto perdurar a fase vermelha, emergencial ou fases mais restritas do Plano São Paulo. Impossibilidade. Medidas tomadas em decorrência da epidemia que se inserem no âmbito da atividade política dos poderes executivo e legislativo, aos quais cabem verificar conveniência e oportunidade. Ao judiciário cabe, somente, verificação de constitucionalidade e legalidade. Decreto Estadual nº 65.384/20, alterado pelo Decreto nº 65.597/21 e Resolução SEDUC 11 de 2021 que estão em conformidade com o Plano São Paulo. Retorno às aulas presenciais com respaldo nos protocolos sanitários vigentes. Adesão ao movimento grevista que não afasta os descontos de vencimentos pelos dias não trabalhados. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por ARTHUR GUILHERME MONZELLI contra a r. sentença de fls. 181/8 que, em mandado de segurança impetrado contra a DIRETORA DA ESCOLA ESTADUAL PROFESSOR ORLANDO PEREZ, denegou a ordem.

O apelante requer a reforma da sentença para "determinar que a Apelada retire todas as ausências do Apelante em decorrência da greve sanitária (desde 08/02/2021), bem como, para que permita à parte impetrante, a ministração de aulas e participação em atividades escolares em geral (ATPC, etc...), tudo de forma remota, enquanto estiver na fase laranja, vermelha, emergencial ou fases mais restritas do Plano São Paulo." (fls. 194/207).

Contrarrazões a fls. 210/26.

FUNDAMENTAÇÃO

O recurso não comporta provimento.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Arthur Guilherme Monzelli, professor de educação básica II, contra ato da diretora da Escola Estadual Professor Orlando Perez, que indeferiu seu requerimento de não comparecimento às atividades presenciais em razão de sua adesão à greve sanitária, iniciada em 8/2/2021, deliberada em assembleia geral realizada pela APEOESP, em 5/2/2021 (fls. 26/7).

Alega que se recusou a comparecer as atividades presenciais, colocando-se à disposição para continuidade do trabalho remotamente.

Acesso ao Sumário

Afirma que "em 06/03/2021, foi proferida nos autos do processo de nº 1065795-73.2020.8.26.0053, cujo trâmite ocorreu perante a 9º Vara da Fazenda Pública da comarca de São Paulo, sentença favorável aos filiados do Sindicato APEOESP – Sindicato de Professores do Ensino Oficial do Estado de SP, onde a Fazenda Pública do Estado de São Paulo foi condenada na obrigação de fazer a fim de que não convocasse os filiados da entidade autora para atividades presenciais durante as fases laranja e vermelha do Plano São Paulo" (fls. 3).

Pleiteia a retirada de todas as ausências, desde 8/2/2021, bem como permissão de exercer as atividades escolares de maneira remota, enquanto perdurar a fase vermelha, emergencial ou fases mais restritas do Plano São Paulo.

Indeferida a liminar (fls. 135/41), a r. sentença denegou a segurança em razão da ausência de direito líquido e certo do impetrante (fls. 181/8).

O apelante requer a reforma da sentença, a conceder o pedido liminar em caráter recursal (fls. 207).

Sem razão.

As medidas a serem tomadas em decorrência da epidemia se inserem no âmbito da atividade política dos poderes executivo e legislativo, aos quais cabem verificar conveniência e oportunidade. Ao judiciário cabe, somente, verificação de constitucionalidade e legalidade.

Como bem ressaltado pelo douto Desembargador Djalma Lofrano Filho, em apelação nº 1004522-70.2021.8.26.0405:

> "A decisão judicial não poderia mesmo interferir no critério de conveniência e oportunidade da Administração, especialmente em período de crise e calamidade, porquanto o Poder Judiciário não detém meios técnicos para aferir a necessidade ou não do retorno dos professores às atividades presenciais.
>
> O Poder Judiciário não tem como aferir ilegalidade no ato administrativo impugnado pelo ora agravante, no que tange ao retorno ao trabalho presencial, porque não lhe compete avaliar questões de saúde.
>
> Ademais, a determinação para que alguns servidores compareçam às unidades escolares para realização de atividades específicas, em determinados períodos envolve análise de mérito do ato administrativo, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, a quem compete apenas aferir os seus aspectos formais de validade e eficácia."

O Decreto Estadual nº 65.384/20, que dispõe sobre a retomada das aulas e atividades presenciais no contexto da pandemia de COVID-19, institui o Sistema de Informação e Monitoramento da Educação para COVID-19 e dá providências correlatas, estabelece:

Artigo 3º - As aulas e demais atividades presenciais serão retomadas,

Acesso ao Sumário

gradualmente, nas unidades de educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, localizadas em áreas classificadas, nos termos dos artigos 3º e 5º do Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020:

I - nas fases vermelha ou laranja, com a presença limitada a até 35% do número de alunos matriculados;

II - na fase amarela, com a presença limitada a até 70% do número de alunos matriculados;

III - na fase verde, admitida a presença de até 100% do número de alunos matriculados.

Já o decreto nº 65.597/21, em seu art. 1-A[1], reconheceu que as atividades das escolas públicas e particulares são essenciais no Estado, de maneira a se permitir o retorno gradual das atividades docentes presenciais, mediante os protocolos sanitários.

Dispõe a Resolução SEDUC 11 de 2021:

Artigo 1º - As unidades escolares de educação básica da rede estadual de ensino, das redes municipais e das instituições privadas oferecerão atividades presenciais aos alunos, observados os parâmetros de classificação epidemiológica constantemente atualizados no âmbito do Plano São Paulo, instituído no Decreto 64.994/2020, os termos do Decreto 65.384/2020 e as disposições desta Resolução.

§ 1º - As aulas e demais atividades presenciais deverão ser retomadas nas unidades escolares de educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, observado o limite máximo de estudantes estabelecido nos protocolos sanitários específicos para a área da educação, bem como os definidos para as áreas e fases indicadas no Plano São Paulo, nos termos do Artigo 3º do Decreto 65.384, de 17-12-2020, atendidas as seguintes proporções:

I - nas fases vermelha ou laranja, com a presença limitada a até 35% do número de alunos matriculados;

II - na fase amarela, com a presença limitada a até 70% do número de alunos matriculados;

III - na fase verde, admitida a presença de até 100% do número de alunos matriculados.

§ 2º - A presença dos estudantes nas atividades escolares será obrigatória nas fases amarela, verde e azul do Plano São Paulo e facultativa nas fases vermelha e laranja.

§ 3º - Os estudantes pertencentes ao grupo de risco para a COVID-19 que apresentem atestado médico poderão participar das atividades escolares exclusivamente por meios remotos, enquanto perdurar a medida de qua-

Acesso ao Sumário

1 "Artigo 1º-A - Ficam reconhecidas como essenciais as atividades desenvolvidas no âmbito da rede pública e das instituições privadas de ensino.".

rentena instituída pelo Decreto nº 64.881, de 22-03-2020.

É possível verificar que o retorno das aulas está respaldado nos protocolos sanitários vigentes, de acordo com o Plano São Paulo (Decreto Estadual nº 64.994/20).

Confira-se o seguinte trecho das contrarrazões fls. 221:

"A análise das medidas administrativas levadas a efeito nos atos normativos demonstra que a atuação neste momento de crise tem sido bastante proativa e fundada em orientação técnica que leva em conta a realidade local do Estado de São Paulo. As medidas adotadas passam pelo escrutínio de especialistas e é fruto de debates com representantes qualificados da sociedade e do setor produtivo. Considerando as dificuldades no enfrentamento da crise, o administrador adotou, com base em elementos técnicos, as medidas adequadas para a prevenção e combate à pandemia do COVID-19, preservando o interesse público.

Nesse contexto de calamidade, o mérito das decisões administrativas, que alocam emergencialmente recursos escassos conforme orientações técnicas de ordem sanitária devem ser resguardadas pelo Poder Judiciário, caso não esteja presente uma situação de flagrante ilegalidade. Não há como coordenar uma ação nacional e regional efetiva em um quadro de intervenção judicial generalizada e sistêmica sobre todas as decisões tomadas pelo Governo Estadual."

Portanto, o retorno gradativo das atividades presenciais, por decisão administrativa, de natureza discricionária, é medida que se impõe.

Nesse sentido:

Agravo de Instrumento nº 2124488-61.2021.8.26.0000

Relatora: Maria Olívia Alves

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 28/7/2021

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Professora de Educação Básica – Greve sanitária – Pretensão de que não lhe sejam atribuídas faltas pelo não comparecimento às aulas presenciais e autorização para ministrar aulas e participar de atividades escolares em geral de forma remota, enquanto durar o movimento grevista e/ou enquanto estiver na fase vermelha, emergencial ou fases mais restritas do Plano São Paulo – Indeferimento da liminar – Manutenção – Inexistência, ao menos sob um exame perfunctório, de ilegalidade, irregularidade, teratologia ou nulidade a recomendar a reforma da decisão recorrida – Precedentes do Colendo Órgão Especial – Desprovimento do recurso.

Acesso ao Sumário

Apelação Cível nº 1015770-22.2021.8.26.0053

Relator: José Luiz Gavião de Almeida

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 28/9/2021

Mandado de segurança. Professor PEB II. Adesão à greve sanitária. Decreto nº 65.384/2020 que determina a retomada das aulas e atividades presenciais, no contexto da pandemia. Estabelecimento de adoção obrigatória de protocolos sanitários específicos para o setor da educação, que foram aprovados pela Secretaria da Saúde. Professores integrantes do grupo de risco que foram deixados no teletrabalho. Juízo discricionário de conveniência e oportunidade reservado à Administração Pública Judiciário que somente pode avaliar de houve ato ilegal, abusivo, não podendo invadir a esfera administrativa, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes. Fechamento das escolas que compromete o desenvolvimento das crianças e adolescentes. Aumento da evasão escolar e de doenças psíquicas verificados através de pesquisas realizadas. Dias de paralisação durante greve sanitária que devem ser descontados dos vencimentos do professor, segundo. Tese já fixada pelo Supremo. Recurso improvido.

A decisão que obrigou o Estado a não convocar os professores da rede pública para atividades presenciais durante as fases laranja e vermelha do São Plano (processo nº 1065795-73.2020.8.26.0053) foi suspensa, até seu trânsito em julgado, pelo Presidente do Tribunal de Justiça (Suspensão de Liminar nº 2013164-66.2021.8.26.0000).

Quanto ao pedido de retirada de ausências do prontuário do apelante pelo não comparecimento às aulas presenciais, em razão do ingresso ao movimento grevista, não merece prosperar.

O descumprimento da determinação administrativa de retomada das atividades presenciais, ainda que parcial, pelos professores da rede pública de ensino, torna passível a aplicação da medida.

Conforme expôs a douta magistrada *a quo* (fls. 185/7):

"Posto isso, verifica-se que, em sede administrativa, o impetrante requereu, fundamentando-se na declaração da "greve sanitária", a oportunidade de exercer o seu cargo de professor de modo remoto (home office) e, ao final, pleiteou: "não seja lançado em meu prontuário nenhuma falta, diante do direito legal e constitucional de greve em defesa da vida" (fl. 26).

Às fls. 27, verifica-se que a impetrada indeferiu o pedido do impetrante «nos termos da Resolução 11».

Acesso ao Sumário

Pois bem. Como cediço, a adesão à greve é um direito constitucional do trabalhador, conforme dispõe o art. 9º da Carta Magna.

Todavia, no caso do servidor público, é pacificado na jurisprudência, em sede de repercussão geral, que a "Administração Pública deve descontar os dias não trabalhados por servidor público em greve". Confira-se:

"Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Questão de ordem. Formulação de pedido de desistência da ação no recurso extraordinário em que reconhecida a repercussão geral da matéria. Impossibilidade. Mandado de segurança. Servidores públicos civis e direito de greve. Descontos dos dias parados em razão do movimento grevista. Possibilidade. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso do qual se conhece em parte, relativamente à qual é provido. 1. O Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de não se admitir a desistência do mandado de segurança, firmando a tese da impossibilidade de desistência de qualquer recurso ou mesmo de ação após o reconhecimento de repercussão geral da questão constitucional. 2. A deflagração de greve por servidor público civil corresponde à suspensão do trabalho e, ainda que a greve não seja abusiva, como regra, a remuneração dos dias de paralisação não deve ser paga. 3. O desconto somente não se realizará se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos civis ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho, tais como aquelas em que o ente da administração ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorresse ou em que haja negociação sobre a compensação dos dias parados ou mesmo o parcelamento dos descontos. 4. Fixada a seguinte tese de repercussão geral: "A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público". 5. Recurso extraordinário provido na parte de que a Corte conhece. (RE 693456, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 18-10-2017 PUBLIC 19-10-2017).

Sopesando o teor do julgado em cotejo com o caso concreto, verifica-se que, estando consignado o retorno das aulas presenciais de forma escalonada, dependendo da fase em que se encontra a pandemia no Estado de São Paulo, é dever do servidor público seguir as ordens legais. Caso contrário, aderindo à greve sanitária, o que é indiscutivelmente um direito do trabalhador, a parte impetrante sofrerá as consequências, a não ser que

Acesso ao Sumário

fique comprovada a conduta ilícita do Poder Público." (g.n).

A r. sentença deve prevalecer.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006906-25.2019.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado BENEDITO ITAMAR LUCIO.

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 36.424)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e ROBERTO MAIA.

São Paulo, 1º de outubro de 2021.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Apelação contra sentença proferida em ação civil pública – Alegação de cerceamento de defesa – Alegações finais não produzidas que não implicam em anulação da decisão diante das diversas oportunidades em que o autor teve para se manifestar nos autos, inclusive sobre o trabalho pericial – Preliminar desacolhida – Parecer Técnico de Viabilidade de Localização n.º 57100515, favorável para execução de movimentação de terra para construção de escritório comercial – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

1 - O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR contra BENEDITO ITAMAR LUCIO, alegando que o réu realizou obras de terraplanagem as margens de curso d´água em sua propriedade, na Av. Presidente Getúlio Vargas,

sendo autuado pela destruição de 0,26hec. de vegetação exótica em área considerada de preservação permanente, sem a autorização do órgão ambiental.

Requereu a concessão de liminar para que o réu cessasse o desmatamento e impermeabilização do solo mediante embargo e proibição de corte de vegetação, ou outro uso sem a anuência dos órgãos ambientais competentes.

Alega o réu que sua propriedade se encontra na área de macrozona de Destinação Industrial, onde a legislação municipal permite a realização de aterro, alegando ainda que o alagamento que se verifica no terreno decorre da drenagem insuficiente em vistas de valas implementadas no local para o escoamento de água da via Dutra (fato constatado pela CETESB) e que ensejou o cancelamento da multa aplicada por infração ambiental, haja vista não se tratar de área de várzea natural.

Alegou ainda que a região está totalmente antropizada, destacando que na área só havia vegetação exótica e não plantas nativas, e o aterro não se sobrepõe a APP, portanto não se caracteriza danos ao meio ambiente, requerendo a improcedência da ação.

A r. sentença julgou improcedente a ação, concluindo que a área em questão não se tratava de área de várzea natural, reconhecendo a inexistência do dano ambiental alegado na inicial.

Apela o autor dizendo que o perito ao não considerar a área como várzea natural, desconsiderou a Carta Topográfica do Estado, elaborada pelo Instituto Geográfico e cartográfico, que aponta que o imóvel está em área de inundação brejosa, e a perícia se valeu de documento posteriormente retratado pelo próprio IGC, visto que a área em análise está no mesmo nível topográfico do curso d'água, onde a área de várzea insere-se como uma das categorias de espaços especialmente preservados sendo fundamental para a preservação da biota tanto da fauna aquática como da terrestre. Alega ainda que em 2011 o réu realizou obras de terraplanagem sem qualquer autorização ou licença dos órgãos ambientais e por conta disso a área sofreu processos erosivos, com comprometimento da qualidade ambiental da área, requerendo ainda o provimento do recurso e acolhendo-se integralmente os pedidos formulados na petição inicial.

Contrarrazoou o réu alegando que na verdade o terreno não recebe águas do Rio Comprido mas as águas pluviais que escoam por duas imensas canaletas que coletam a drenagem da rodovia, e a vegetação original da área foi substituída quando se realizou as estruturas hidráulicas para escoar e drenar as pistas da Via Dutra ou seja as alterações sofridas por essa obra que é responsável pelo surgimento do brejo no terreno que recebe as águas da chuva da estrada. Pede a manutenção da r. sentença.

É o relatório.

2 - Diz a inicial que segundo apurado no Inquérito Civil nº. 136/20111,

restou constatada a realização de obras de terraplanagem nas proximidades de margem de curso d'água, em terreno brejoso, localizado na altura da Avenida Presidente Getúlio Vargas, sem número, bairro Vila Branca, em área de propriedade do réu Benedito Itamar Lúcio, que foi autuado pela Polícia Militar Ambiental por destruição de 0,262h de vegetação exótica mediante aterro em área considerada de preservação permanente sem autorização do órgão ambiental.

O fato teria ocorrido em 23.09.2011, data em que estava em vigor o antigo Código Florestal, que classificava o local na condição de área de preservação permanente, nos termos do art. 2º, letra "a", item 1 da Lei Federal nº. 4.771/65.

Pediu-se a condenação do réu na obrigação de não fazer, consistente em cessar a atividade degradadora do meio ambiente, com a paralisação imediata e integral de toda a atividade de corte de vegetação, edificação, aterramento, impermeabilização, ou qualquer outra conduta geradora de poluição, inclusive visual, sob pena de pagamento de multa diária no valor de meio salário mínimo, vigente à época da cobrança, corrigido monetariamente, cujo escopo é servir como meio compelidor ao adimplemento voluntário da obrigação; b) obrigação de fazer consistente em apresentar projeto técnico a ser submetido à anuência dos órgãos ambientais competentes, envolvendo a remoção do aterro e a implantação de projeto de recuperação de área degradada, com base nas diretrizes e orientações estabelecidas nas normas para a elaboração, execução e monitoramento de Projetos de Restauração Ecológica no Estado de São Paulo" no prazo de 90 (noventa) dias, após o trânsito em julgado da sentença; c) caso a obrigação de fazer referida no item "b" acima se impossibilite total ou parcialmente, deverá o réu ser condenado ao pagamento de indenização quantificada em perícia, corrigida monetariamente, correspondente aos danos que se mostrarem irrecuperáveis, a ser recolhida ao Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (Decreto Estadual no. 27.070/87; art. 13, da Lei no. 7347/85).

A r. sentença julgou improcedente a ação com o fundamento, dentre outros, de que a prova pericial produzida corrobora o teor da Informação Técnica P.J. Nº 043/2012, emitida pelo Instituto Geográfico e Cartográfico, concluindo que a área em questão não se tratava de área de várzea natural (fls. 111), não havendo, assim, dano ambiental.

O autor-apelante alega inicialmente que teve cerceado seu direito de defesa porque não lhe foi oportunizado prazo para apresentar suas razões finais e pede a nulidade da sentença.

A alegada nulidade não existe. O autor teve diversas oportunidades para se manifestar nos autos e consta que após a apresentação do laudo pericial ofertou relatório técnico elaborado pelo CAEx/MP, onde foi analisado o trabalho pericial. O relatório consta de fls. 891/904, com referência a documentos e gráficos, demonstrando que houve pleno exercício de direito de defesa.

No mais, nenhum reparo merece a r. decisão que com acuidade e elevados fundamentos jurídicos deu ao caso a solução correta.

A decisão explorou a prova pericial com detalhes, prova essa relevante ao julgamento, e não considerou as críticas do trabalho técnico do autor.

Ocorre que nenhuma razão existe para se desconsiderar o trabalho imparcial do perito judicial.

Conforme ficou registrado:

"Em que pese o parecer técnico apresentado pelo Ministério Público às fls. 891/904, as conclusões do laudo pericial devem ser prestigiadas, pois condizentes com a informação técnica emanada de órgão oficial competente para analisar e caracterizar ambientalmente a área em litígio.

Ademais, a afirmativa inserida em mencionado parecer técnico, no sentido de que os "canais de drenagem identificados pelo Sr. Perito e descritos às fls. 834 dos autos, esta assistência afirma que são canais antigos, implantados na área em análise, com o objetivo de reduzir a água do solo da várzea existente (secar o solo) para uso e ocupação futura do local, e não para conduzir águas pluviais (águas de chuva) para o córrego" (fls. 895), não encontra respaldo nos demais elementos de prova dos autos.

Outrossim, a mera alegação de que não foram registradas em imagens de satélite, ortofotos e fotografias áreas de acúmulo de água naquele trecho do rio, pois na maioria das vezes quando eventos dessa natureza ocorrem as condições meteorológicas não são favoráveis para o registro de imagens também não tem o condão de se sobrepor à conclusão do perito, notadamente porque consta dos autos que mencionado evento foi devidamente registrado em 11/01/2011.

Saliente-se, ainda, que a certidão de fls. 630, emitida pela Diretoria de Licença Urbanística deste Município confirma que o imóvel do réu "não se encontra em Zona Especial de Várzea, e conforme a Lei complementar municipal número 49/2003, Publicada em Dezembro de 2003, está inserido em MDI (Macrozona de Destinação Industrial)", destacando que "a localização e a classificação do imóvel em testilha como inserido em MDI (Macrozona de Destinação Industrial), não restou alterada pelas Leis Complementares 62/2007, 76/2012 e 77/2013, todas deste Município de Jacareí".

Portanto, a declaração de inconstitucionalidade do art. 147 e parágrafo único da Lei Complementar nº 49/2003, e das Leis Complementares nº 62, de 20 de abril de 2007, nº 76, de 14 de dezembro de 2012 e nº 77, de 20 de maio de 2013, conforme v. Acórdão reproduzido às fls. 729/750, não tem o condão de alterar a situação do imóvel de propriedade do réu." (fls. 922).

Acesso ao Sumário

No apelo o autor sustenta que os fatos articulados na inicial foram comprovados mediante a apresentação de laudos técnicos elaborados por diversos órgãos públicos, incluindo-se o mapeamento da área tratada nestes autos, todos documentos no sentido de confirmar a caracterização da condição de várzea da área tratada nestes autos.

Mas realmente, como esclarecido na decisão com fundamento na prova pericial, no dia 13/09/2019 existia o Parecer Técnico de Viabilidade de Localização n.º 57100515, favorável para execução de movimentação de terra para construção de escritório comercial pela CETESB, considerando que a área em litígio "***trata-se de área comum não protegida, sem supressão de vegetação nativa, corte de árvores isoladas ou intervenção em APP e sem interferência em áreas contaminadas...***" (fls. 848).

E concluiu: "***Ante tudo quanto apurado e descrito no presente laudo técnico pericial, diante ao exposto por não ter havido intervenção em áreas especialmente protegidas, por não ter havido supressão de vegetação ou isoladas nativas, pode-se afirmar que não houve prejuízo nas funções e serviços ambientais da área litígio***." (fls. 855).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013529-22.2017.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante MUNICÍPIO DE AMERICANA, é apelado MARCOS DANIEL DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Mantiveram sentença em reexame necessário e negaram provimento ao recurso fazendário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.617)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), BEATRIZ BRAGA e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 1º de outubro de 2021.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Reexame necessário e Apelação – Embargos de terceiro – Alegação de que o imóvel objeto da penhora foi compromissado à venda ao embargante em

data muito anterior à constrição judicial – Sentença de procedência – Pleito de reforma pelo município – Impossibilidade – Comprovação nos autos de que o imóvel penhorado encontra-se na posse do apelado há mais de 20 anos (compromisso de compra e venda datado de 02/09/1999) – Ausência de registro do compromisso de compra e venda no cartório imobiliário – Providência que não afeta o deslinde da demanda em favor do terceiro embargante – Aplicação da Sumula 84 do STJ – Sentença mantida em reexame necessário – Recurso fazendário desprovido.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Município de Americana da r. sentença de págs.37/39 que julgou procedentes os embargos de terceiro oposto por **Marcos Daniel da Silva (A.J.)** em execução fiscal ajuizada pelo **Município de Americana** em face de **Joel Bertie** cobrando IPTU dos exercícios de 2004, 2005 e 2007, no valor total de R$439,90, determinando o levantamento da constrição efetuada nos autos do processo principal (Proc. nº 0502402-62.2008.8.26.0019 - Controle nº 2008/002823), condenando o embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa. Atribuiu-se aos embargos o montante de R$140.000,00 (pág.07).

Busca o apelante, nas razões recursais às págs. 45/53, a reforma da r. sentença sustentando, em síntese: que a celebração de instrumento particular de compra e venda ou mesmo escritura não se configuram como fato jurídico suficiente a transmutar a titularidade da propriedade; nos termos do artigo 1245 do Código Civil, somente com o registro do título translativo no Registro de Imóveis é efetivada a transferência da propriedade; o recorrido, na qualidade de detentor de direito pessoal, não pode pretender a insubsistência de penhora de bem registrado no Cartório de Registro de Imóveis em nome do devedor, no caso Joel Bertie (executado), inobservância ao art. 123 do CTN. Invoca jurisprudência. Pede seja dado provimento ao recurso julgando improcedentes os embargos.

Contrarrazões às págs. 60/62.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o apelo de págs. 45/53.

É o relatório.

Cabível o reexame necessário nos termos do art. 496, §3º, do CPC, que dou por interposto.

Cuida-se de embargos de terceiro opostos por **Marcos Daniel da Silva**

Acesso ao Sumário

(A.J.) em execução fiscal proposta pelo **Município de Americana** em face de **Joel Bertie** cobrando IPTU dos exercícios de 2004, 2005 e 2007, no valor total de no valor total de R$439,90 (distribuída a ação em cf. Registro no Portal e-SAJ do TJSP) relativo ao imóvel descrito como sendo um lote de terreno, sob o nº 3-AC da Quadra 'G", situado no Jardim São Roque, Matrícula nº 79.664 do Cartório de Registro de Imóveis de Americana, cadastro municipal sob o número 19.0008-0015-0000, cuja r. sentença foi favorável ao embargante e o município busca, nesta sede, reverter o resultado do julgado. Sem razão, contudo, o recorrente.

Alega ser possuidor do imóvel sobre o qual recai a constrição (cf. pág.13) desde 02/09/1999, qual adquiriu através de instrumento particular de compromisso de instrumento particular de compra e venda (cf. cópia reprográfica às págs. 11/12).

Assim, trata de posse com *'animus domini'*, ou seja, a transmissão devendo ser reconhecido o direito real ao possuidor compromissário comprador e, portanto, o imóvel não pode responder pela execução fiscal e nome de **Joel Bertie**, sob a pena de risco e insegurança jurídica.

De fato, as cópias de documentos trazidos à colação demonstram que o embargante, de fato, está na posse do imóvel sobre o qual recai a cobrança há mais de 20 vinte anos e, à época da respectiva aquisição, pelo que se colhe dos autos, não havia nenhuma restrição.

De fato, dispõe o art. 1.245 do Código Civil, "*Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis", estabelecendo o §1º do mesmo dispositivo que "Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel".*

Todavia, a jurisprudência admite a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro, nos termos da Súmula 84 do STJ (*'É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro'*).

Acesso ao Sumário

Assim, tem-se que, embora a propriedade do bem imóvel não tenha sido efetivamente transferida pelo registro do título translativo no Registro de Imóveis, em caso de ameaça à posse, pode o pretenso proprietário, na qualidade de possuidor, requerer a manutenção do bem gravado. Isso, aliás, é o que se depreende do art. 674,§1º, do CPC, que permite a oposição de embargos de terceiro apenas pelo possuidor (***'Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro; §1º - os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive, fiduciário, ou***

possuidor').

A prova coligida aos autos corrobora a posse alegada pela parte embargante ora apelada e a prova documental indica a boa-fé de sua parte na aquisição do imóvel, como dito, muito antes da penhora em discussão não se podendo cogitar, inclusive, de demonstração mínima nos autos de indício de fraude à execução (Súmula 375 do STJ: "*O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*").

Assim, o ora embargante é parte legítima para buscar, através da via eleita, a desconstituição da penhora em discussão, ainda que não averbado no cartório de registro de imóveis o compromisso de compra e venda do bem, preservados entendimentos contrários.

Sobre o tema: ***"...EMBARGOS DE TERCEIRO – Legitimidade ativa de terceiro proprietário ou possuidor do bem constrito – Artigo 674 do Código de Processo Civil de 2015 – A ausência de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não obsta a oposição dos embargos de terceiro, nos termos da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça – No caso dos autos, o imóvel foi adquirido pelos embargantes antes mesmo do início do cumprimento de sentença em que se originou a penhora – Compromisso particular de compra e venda não registrado na matrícula do imóvel – Irrelevância – Apelados que fizeram prova da posse e qualidade de terceiro em relação ao processo do qual emanou a ordem judicial – Penhora indevida – Precedentes este E. Tribunal de Justiça..." (grifo nosso)..."*** (Apelação nº 1058600-59.2016.0576, Rel. Eurípedes Faim, 15ª Câmara de Direito Público, j. 24.08.2017). - destacado - ;

"Embargos de Terceiro – Compromisso Particular de compra e venda – Decreto de indisponibilidade do bem compromissado a terceiro muitos anos após – Aplicação da Súmula 84 do E.STJ – Desnecessidade do registro de acordo com a Jurisprudência dominante – Sentença mantida – Recurso Improvido" **(TJSP, Apelação nº 0000112-68.2015.8.26.0090, 18ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Burza Neto, j. 02/02/2017);**

"Apelação e Reexame Necessário – EXECUÇÃO FISCAL – Embargos de terceiro – Instrumento particular de cessão de direitos efetuado antes da penhora – Ausência de registro que não impede a manutenção da posse – Inteligência do art. 674 do CPC (vigente) – Súmula 84 do STJ – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e desta E. 11ª Câmara de Direito Público – Sentença de procedência mantida – Recurso oficial e voluntário improvidos" (TJSP, Apelação nº 1000154-71.2014.8.26.0014, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Marcelo L Theodósio, j. 31/01/2017). No mesmo sentido: (TJSP, Apelação nº 0002329-21.2014.8.26.0090, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Des.

Acesso ao Sumário

Rezende Silveira, j. 21/06/2016, V.U).

Acrescento julgado de minha relatoria em caso semelhante:

'Apelação – Embargos de terceiro – Alegação de que o imóvel objeto da penhora foi compromissado a venda aos embargantes em data muito anterior à constrição judicial – Sentença de procedência – Pleito de reforma pelo município – Impossibilidade – Ausência de registro do compromisso de compra e venda no cartório imobiliário – Desnecessidade, de acordo com a jurisprudência dominante – Comprovação nos autos de que o imóvel penhorado foi incorporado ao patrimônio dos embargantes com a transferência da posse – Impossibilidade de manutenção da constrição – Aplicação da Sumula 84 do STJ – Sentença 'extra petita' – Desconstituição 'de oficio' na parte que excedeu o pedido inicial em relação a ilegitimidade passiva da parte executada condenando os embargantes no pagamento da verba honorária a favor do município – Anulação parcial da sentença – Recurso fazendário desprovido" (Apelação nº 0029710- 98.2014.8.26.0576, j.05.06.3019).

Dessa forma, pelos motivos explicitados, não merece reforma, quanto a este ponto, a r. sentença combatida.

Por fim, os honorários advocatícios ficam mantidos como fixados na r. sentença, porquanto não houve insurgência das partes quanto a esse particular. Cabível majoração em razão de sucumbência recursal, que fixo em 1%, totalizando 11% (onze por cento) nos termos do art. 85, §11, do CPC.

Ante o exposto, **em reexame necessário mantém a r. sentença de primeiro grau e nega-se provimento ao recurso fazendário.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002015-05.2021.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante RENATA RIBEIRO DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados MUNICÍPIO DE PRESIDENTE EPITÁCIO e SECRETÁRIO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE EPITÁCIO.

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 35.153)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e PONTE NETO.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

Acesso ao Sumário

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Fornecimento de Hidroxicloroquina 400mg – Autora portadora da Síndrome de Sjorgren (CID M35.0) – Hipossuficiência Financeira – Não comprovada – Ausência de Laudo Médico comprobatório da doença e da necessidade do medicamento – Antecipação da tutela indeferida – Ação ajuizada aos 31.05.2021 – Requisitos do Tema 106 do Resp 1657156 do C. STJ não preenchidos – Pedido Improcedente – R. Sentença confirmada.

Recurso da Autora improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta pela Autora contra a r. sentença de fls. 77/83, cujo relatório é adotado, que denegou a segurança com fulcro no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil. Sem condenação em honorários advocatícios.

Alega, em síntese, que o medicamento solicitado se faz necessário para o tratamento da doença que é portadora, Síndrome de Sjorgren. Aduz não possuir condições financeira para adquirir o medicamento que deve ser fornecido pela rede pública de saúde. Postula a reforma da r. sentença e provimento do recurso de apelação (fls. 97/102).

Contrarrazões apresentadas às fls. 106/114.

Processado o recurso, subiram os autos.

É o Relatório.

Trata-se de mandado de segurança que visa ao fornecimento do medicamento Hidroxicloroquina 400mg, autora portadora de Síndrome de Sjorgren (CID M35.0), nos termos receituário médico acostado às fls. 14 e 76.

A ação teve a segurança denegada em Primeiro Grau, daí o inconformismo.

O C. Superior Tribunal de Justiça, pelo rito dos recursos repetitivos, no REsp nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106), definiu critérios cumulativos para o fornecimento de medicamentos não fornecidos pelo SUS, a saber:

"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 circunstan-

ciado 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 do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 04.05.2018".

Dessa forma, partindo-se da decisão do C. Superior Tribunal de Justiça, e considerando-se que a demanda foi proposta em 31.05.2021, necessário o preenchimento dos requisitos acima também para o fornecimento do medicamento prescrito.

No presente caso, a Autora não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, deixando de comprovar a insuficiência financeira e apresentação de laudo médico comprobatório da doença e necessidade da medicação pleiteada.

Portanto, conclui-se que a paciente não preenche os requisitos cumulativos previstos no Tema nº 106/STJ.

Ainda que nos termos do art. 196, da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, tendo primazia sobre todos os demais interesses juridicamente tutelados e que o ente, em sentido lato, deva fornecer os medicamentos, aparelhos e tratamentos necessários *incontinenti*, existe a necessidade de cumprimento cumulativo dos requisitos ali determinados para o fornecimento de medicamentos.

Como bem decidido neste Tribunal:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PROCEDIMENTO COMUM – OBRIGAÇÃO DE FAZER – DIREITO À SAÚDE – MEDICAMENTO – FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO – PESSOA PORTADORA DE DOENÇA – HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – AUSÊNCIA DE PROVA – INADMISSIBILIDADE. 1. O direito à vida e à saúde qualifica-se como atributo inerente à dignidade da pessoa humana, conceito erigido pela Constituição Federal em fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). 2. A pessoa hipossuficiente portadora de doença grave faz jus à obtenção gratuita de medicamentos não incluídos nos protocolos oficiais junto ao Poder Público. Ausência de comprovação da hipossuficiência econômica. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1003509-78.2016.8.26.0286; Relator: Décio

Acesso ao Sumário

Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Itu - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/03/2019).

Desta forma, não havendo a apresentação do Laudo médico para comprovação da doença e necessidade do fornecimento do medicamento pleiteado, a denegação da ordem era mesmo medida de rigor.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da Autora, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000671-86.2017.8.26.0300, da Comarca de Jardinópolis, em que é apelante/apelado MUNICÍPIO DE JARDINÓPOLIS, é apelada/apelante AMANDA DE SOUZA MOMESSO.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.705)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente) e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 1º de outubro de 2021.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Responsabilidade civil – Ação indenizatória – Alegação de erro médico em diagnóstico após atendimento de emergência decorrente de acidente automobilístico – Avaliação inicial de politrauma viável caso o exame radiológico efetuado fosse acompanhado de avaliação clínica do paciente – Alta médica precoce e com diagnóstico não condizente com o quadro real apresentado – Necessidade de intervenção cirúrgica – Nexo de causalidade configurado – Comprovada má prestação de serviço médico – Responsabilidade e omissão do ente público, caracterizando a *faute du servisse* nos moldes do artigo 37, § 6º, da CF – Reparação de dano moral.

Arbitramento, entretanto, que deve operar-se com moderação ao grau de culpa, ao porte ou condições

Acesso ao Sumário

das partes, bem como o caráter pedagógico que deve representar em situações assemelhadas.

Dano moral devido nos exatos termos do quanto arbitrado pelo juízo singular em face da análise das provas dos autos, consubstanciando, inclusive, em perícia realizada pelo IMESC, indicou elementos aptos a firmar a pertinência da acusação endereçada à caracterização da imprudência/negligência do ente público, que não agravou o quadro patológico, apenas prolongou o quadro de dor e limitação sofrida.

Decisão mantida.

Recursos desprovidos.

VOTO

Vistos.

Amanda de Souza Momesso propôs ação indenizatória, pelo rito ordinário, contra a Prefeitura Municipal de Jardinópolis, perante o Juízo da 2ª Vara daquela Comarca, alegando da conduta ilícita que houve negligência, imprudência e imperícia no atendimento médico prestado pelo Hospital Municipal de Jardinópolis Leni Balon Jacomini para onde foi levada pelo SAMU em 25.3.2016 em decorrência de acidente automobilístico, após ser retirada das ferragens do veículo em que viajava. Alega que foi feito exame de raio X, seguindo-se "atendimento médico até alta hospitalar no outro dia, com diagnóstico de uma simples dor nas costas". Alega que no mesmo dia passou a sentir fortes dores e foi levada por familiares a outro hospital na cidade de Ribeirão Preto, onde foi diagnosticado que estaria com a vértebra L1 fraturada, sendo necessária feitura de cirurgias. Acrescenta que houve erro de diagnóstico (CID M54 – Dorsalgia), com prescrição de medicamentos e indicação de afastamento do trabalho por quatro dias, enquanto no Hospital Ribeirania, para onde foi levada no mesmo dia da alta médica do hospital municipal, foi constatada fratura na vértebra L1 da coluna lombar, sendo internada e mantida em observação absoluta, na mesma posição por dias até que estivesse apta a passar por cirurgia, que ocorreu em 01.4.2016, com uso de placas e parafusos de titânio. Assim, alegando atendimento discriminatório, constrangedor, omisso, erro médico, quebra da ética profissional, pede a condenação da requerida ao pagamento da indenização de R$ 500.000,00. Requer a procedência da ação, acostando documentos.

Os benefícios da justiça gratuita foram deferidos (fls. 187).

A r. sentença de fls. 352/358, julgou procedente o pedido, para condenar o requerido ao pagamento da quantia de R$ 12.000,00 (doze mil reais), a título de indenização por danos morais, a ser corrigida monetariamente pela tabela do

Acesso ao Sumário

TJ/SP, que adota o IPCA-E, a partir da presente sentença até o efetivo pagamento, com incidência de juros moratórios, na forma prevista na Lei nº 11.960/09, a contar do arbitramento. Sucumbente, condenou a requerida a arcar com as custas processuais e com honorários de sucumbência, que fixou em 10% do valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

A apelação da Prefeitura Municipal de Jardinópolis veio a partir de fls. 361, alegando que a conclusão do laudo pericial indica que a sequela não tem ligação direta com a ação médica ou do Hospital de Jardinópolis; ausência de comprovação que o Corpo Clínico tenha agido com negligência, imperícia ou imprudência, devendo ser afastada a condenação do Município. Pede reforma e o acolhimento do recurso.

Contrarrazões da apelada/autora às fls. 370/378.

A autora apelou a partir de fls. 379, postulando exclusivamente pela majoração do valor arbitrado a título de dano moral e, consequentemente, dos honorários advocatícios, pedindo reforma e o acolhimento do recurso.

A Municipalidade não apresentou contrarrazões ao recurso (certidão às fls. 399).

Os recursos foram recebidos nos termos 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.

Em que pese a combatividade do nobre patrono dos apelantes, tem-se que a r. sentença decidiu com acerto a questão, que é fundamentalmente fática e de análise do conjunto probatório dos autos.

Com efeito, o Estado não tem um contrato com o indivíduo para preservar-lhe a vida, mas sim deve obedecer a um princípio constitucional em tal sentido, se desta conduta resultar ato ou omissão de molde a ensejar dano, responderá por ato de seu agente, observado aqui o nexo de causalidade.

Efetivamente, a Carta Magna estabelece previsão específica para o direito à Saúde, a partir do artigo 196, cuja análise do texto é complementada como "*sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado*" (artigo 197).

Apurada, então, a falha do serviço aqui estabelecida, aplicar-se-á o artigo 37, § 6º, da C.F., mas não o Código do Consumidor ou seus princípios, até porque tem a Administração o direito de buscar a plena constatação da responsabi-

Acesso ao Sumário

lização do agente, para o fim de tornar efetiva a previsão constitucional contida no § 6º, do artigo 37 da CF (regresso), o que já foi reconhecido por esta Câmara (A.I. nº 272.795.5/5).

Para ensejar direito à indenização por danos morais é indispensável a comprovação de um nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano, cuja exigibilidade não foi excluída pelo texto do artigo 37, § 6º da CF.

Por tal motivo a lição de Hely Lopes Meirelles: "*Impende notar que nesses casos a falta de nexo de causalidade também acaba por excluir a responsabilidade. A* ***faute du service*** não dispensa a prova desse requisito, e na sua aferição a teoria adotada pela ordem jurídica é a do dano direto e indireto, ou teoria da interrupção do nexo causal, que só o admite quando o dano é o efeito necessário da causa (ação ou omissão)."

Nestes termos, a autora busca indenização pelos danos morais sofridos pelo tratamento médico a que foi submetida, o qual considera inadequado, alegando ter sido vítima de discriminação, omissão e tortura, conforme depreendeu dos registros do prontuário de atendimento, no período em que permaneceu naquele nosocômio. Alega negligência e imperícia pela demora no atendimento médico, recebendo alta médica com diagnóstico de dorsalgia, sendo que na realidade a vértebra L1 estava fraturada, conforme constatado no atendimento no Hospital Ribeirânia, sendo mantida imobilizada até ser submetida a cirurgia de "fixação percutânea L2-T12, com hastes e parafusos de titânio" (fls. 159), conforme se extrai do relatório às fls. 86, 92, 106/150.

O laudo produzido pelo IMESC (fls. 293/319) descreve o atendimento médico no hospital municipal, asseverando que a ficha é muito resumida e pouco legível, descrevendo da entrada da paciente e procedimento pelos médicos plantonistas, com solicitação de radiografias e manutenção em observação, alta médica com prescrição de medicamentos e atestado médico para afastamento das atividades laborais por quatro dias.

Consta ainda do laudo pericial que "Observando a radiografia da coluna lombar realizada no Hospital Municipal Jardinópolis constata-se sinal de fratura na coluna lombar ao nível de L1, RX de 25/03/16 realizada na urgência, fls. 75, fratura achatamento na coluna lombar em torno de 50% com discreto acunhamento anterior" (fls. 315).

O *expert* do Juízo na avaliação médica pericial afirma que a autora deu entrada no hospital municipal "politraumatizada em decorrência de acidente automobilístico, transportada pelo SAMU com imobilização adequada ao momento" e prossegue:

"Atendida pelo corpo clínico do Pronto Socorro Municipal que descreve no documento de atendimento médico uma avaliação superficial, muito pobre em detalhe, na qual não se observa dados do exame físico específico, direciona-

Acesso ao Sumário

do à cabeça, coluna vertebral, tórax e membros.

Segundo a ficha de avaliação médica observa-se solicitação de exames radiológicos, porém deve ser observado que a radiografia, embora de suma importância na avaliação inicial ao politrauma, nada mais é do que um exame complementar, ou seja, deve ser analisado em conformidade com a avaliação clínica do paciente.

Neste caso constata-se que como não foi realizado exame físico detalhado, como o quadro clínico exigia, deixando de avaliar clinicamente toda a coluna vertebral da autora, em especial a coluna toracolombar, como outras regiões do corpo da politraumatizada, não se deu a devida interpretação da radiografia da coluna lombar, realizada neste atendimento, onde se constata sinais de fratura de L1.

Como não foi constatada a fratura a autora recebeu alta médica e hospitalar com diagnóstico de Dorsalgia (CID M54), tendo recebido tratamento compatível com este diagnóstico, mas não para a fratura na coluna lombar até então não diagnosticada pelo corpo clínico do requerido.

A autora só passou a receber tratamento adequado e compatível a fratura que era portadora após o diagnóstico realizado no Hospital Ribeirânia de Ribeirão Preto" (fls. 316).

Por conseguinte, as provas dos autos não deixam dúvidas que o dano moral decorre de erro do diagnóstico e não de sequelas, conforme ressaltado na r. sentença, "o requerido não está sendo julgado pelas patologias da autora (decorrentes de acidente de trânsito), tampouco no seu eventual agravamento, o qual não foi comprovado nos autos, mas sim pelo erro de diagnóstico que retardou o tratamento médico necessário à autora, que se encontrava com fortes dores no local (o que se constata de seu prontuário, juntado a pág. 69)".

Desta forma, não há como argumentar-se a respeito da inexistência de nexo de causalidade entre o inadequado atendimento médico dispensado à autora, que recebeu prematuramente alta médica após o atendimento no pronto socorro e o resultado danoso, que obrigou a autora a procurar atendimento médico em outro hospital, no mesmo dia em que recebeu a alta, onde constatada a lesão com indicação de cirurgia, configurando a responsabilidade da Administração Pública em arcar com a responsabilidade pelo ineficiente atendimento prestado pelo seu agente, nos moldes do art. 36, § 6º da CF.

Portanto, não se vislumbra razões para alterar a decisão monocrática, a qual bem analisou o conjunto probatório colacionado aos autos, em especial o laudo produzido pelo IMESC, o qual constatou que a lesão já poderia ter sido detectada naquele inicial atendimento, pois o exame radiológico deve ser analisado em conjunto com a avaliação clínica do paciente, permitindo imputar-se à Administração Pública a responsabilidade pelo ocorrido, uma vez que averigua-

Acesso ao Sumário

do o nexo de causalidade entre o ato praticado e o resultado danoso, justificando a indenização pretendida.

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Ed. Malheiros, pág. 805 leciona que:

"*Nos casos de responsabilidade objetiva do Estado só se exime de responder se faltar o* ***nexo*** *entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano*." (grifo nosso).

Então, sob o critério da ampla defesa e do princípio da busca da verdade, a prova pericial produzida e a documentação trazida aos autos foram suficientes ao deslinde da lide, onde constatado o inadequado atendimento prestado, salientando o *expert* que "a autora só passou a receber tratamento adequado e compatível com a fratura que era portadora após o diagnóstico realizado no Hospital Ribeirânia de Ribeirão Preto" e, por se tratar de fratura estável, evoluiu com bom prognóstico ao tratamento recebido por esse estabelecimento, permanecendo com queixa própria da fratura.

Destarte, consulta e/ou exame mais minuciosos ou aplicação correta de medicamento, entre outras atitudes que, apesar de não garantir sobrevivência, em alguns casos, demonstra esforço na manutenção da vida.

Reprisa-se: o médico/profissional da saúde não se obriga a restituir a saúde de seu paciente. Contudo, deve se conduzir com toda diligência e prudência na aplicação de seus conhecimentos a fim de evitar danos graves à saúde de seu paciente. O Estado não tem um contrato com o indivíduo para preservar-lhe a vida, mas sim deve obedecer a um princípio constitucional em tal sentido, se desta conduta resultar ato ou omissão de molde a ensejar dano, responderá por ato de seu agente, por não ter dispensado atendimento salutar emergencial tempestivo e satisfatório a paciente.

Por conseguinte, quanto ao **recurso da autora**, retratando a questão pela necessidade de ser majorado o dano moral, não merece prosperar, pois analisando as circunstâncias que ladeiam o ocorrido, bem como de acordo com o princípio da razoabilidade, entendo que o valor estabelecido pela Magistrada "*a quo*", em **R$ 12.000,00** (doze mil reais), encontra-se condizente, assemelhando-se este com outros julgados proferidos por esta relatoria.

Nesta linha, deve-se considerar que a indenização não constitui reparação, mas sim uma compensação, eis que, a dor, a aflição e o incômodo sofridos não podem ser mensurados. Assim, reitera o entendimento de que, consoante os parâmetros utilizados, por esta relatoria, em situações análogas, resta inalterado, pois bem fixados, não havendo nada demonstrado nos autos que albergue sua retificação, inexistindo abuso ou desproporcionalidade, consubstanciando,

Acesso ao Sumário

inclusive, em perícia realizada pelo IMESC, indicou elementos aptos a firmar a pertinência da acusação endereçada à caracterização da imprudência/negligência do ente público, porém "não agravou o quadro patológico bem como a sequela constatada na coluna lombar da autora, mas prolongou o quadro de dor e limitação sofrida pela autora".

Assim, a compensação pode ser razoavelmente estabelecida, até como solução de equidade. E, não havendo um critério legal para a fixação dos danos morais, entendo que devem ser arbitrados levando-se em consideração o prejuízo causado, a gravidade do dano e as condições do causador do dano, servindo a condenação como uma punição, para que este seja desestimulado a reiterar a conduta e, ao mesmo tempo, não sirva de enriquecimento ilícito à outra parte, que deve ter proporcionada uma satisfação justa.

Neste diapasão, quanto ao dano moral que, na lição jurisprudencial do Ministro Nilson Naves do STJ, perfaz "*todo sofrimento humano resultante da lesão de direitos da personalidade. Seu conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimental pela pessoa*." (RSTJ, 47/159).

Não obstante, reprisa-se, é certo, que inexiste critério seguro para o arbitramento do dano moral, mas, no caso concreto, serve para aliviar no mínimo toda dor, sofrimento, angustia, tristeza e dissabor experimentados pelo Autor, bem como e exerce função penalizadora para o ente público.

Assim, em face do resultado do julgamento dos recursos, ora com a mantença do julgado monocrático, em sede recursal, fica estabelecida a *sucumbência recíproca* no que toca à taxa judiciária, nos moldes do art. 86, *caput*, do NCPC, ficando a autora responsável pelo resgate dos honorários advocatícios recursais arbitrados em R$ 300,00, de acordo com o disposto no §11 do art. 85 do NCPC, diante do pouco ato jurídico praticado pela parte, levando em conta a simplicidade da ação e por medida de equidade, devendo a Fazenda Municipal, também, resgatar a importância de R$ 300,00 a título de honorários advocatícios em favor da autora, diante da vedação de compensação prevista no § 14 do mesmo dispositivo, observado, se for o caso, o art. 98, § 3º, do mesmo *Codex*.

Ante ao exposto, de acordo com o contexto acima, não merecendo maiores e desnecessárias delongas, conclui-se lídima a r. decisão proferida pela nobre Magistrada de primeiro grau que deve prevalecer por seus próprios e jurídicos fundamentos, admitidos os prequestionamentos dos dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

Com isto, **nega-se provimento** aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001197-09.2017.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante CONSÓRCIO PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE DA REGIÃO DOS GRANDES LAGOS - CONSAGRA, é apelada MARIANE ALVES DE MATTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.857)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente sem voto), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 8 de outubro de 2021.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Responsabilidade Civil – Danos morais decorrentes de reação medicamentosa desenvolvida pela autora em unidade municipal de saúde após a administração de remédio (Dipirona) com relação ao qual já havia informado ser alérgica – Ocorrência e gravidade da reação alérgica que se encontram comprovadas por prova pericial – Danos morais configurados – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação ordinária proposta por **Mariane Alves de Mattos** em face de **Milena Sampaio Pantaleão Garcia Gomes** e do **Consórcio Público Intermunicipal de Sa**úde da Região dos **Grandes Lagos - CONSAGRA** a fim de obter provimento jurisdicional que condene as rés por danos morais decorrentes de reação medicamentosa desenvolvida pela autora em unidade municipal de saúde após a administração de remédio (Dipirona) com relação ao qual já havia informado ser alérgica.

A r. sentença de f. 204/209 julgou o pedido procedente, sob fundamento de que a administração indevida do remédio, comprovada pela prova documental, também foi reconhecida pelos réus. Assim, verificada a falha na prestação do serviço médico – demonstrada, ainda, por prova pericial, em que apontada a

Acesso ao Sumário

possibilidade de morte em casos similares ao ora analisado –, os danos morais foram fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

A ré Milena Sampaio Pantaleão Garcia Gomes abriu mão do prazo recursal e depositou sua parte da condenação (f. 211/212).

O Consórcio Público Intermunicipal de Saúde da Região dos Grandes Lagos -CONSAGRA, por sua vez, interpôs a apelação de f. 213/217, em que afirma que em momento algum admitiu a ocorrência de falha na prestação do serviço médico. Nesse sentido, ressalta que a administração do remédio não resultou em danos graves ou em ameaça à saúde e à vida da autora. Salienta que a presente ação foi proposta em má-fé e visa ao enriquecimento fácil da requerente, já que, diante da ausência de sequelas graves, não há dano moral indenizável.

As contrarrazões foram apresentadas a f. 221/229.

Originalmente encaminhados à D. 6ª Câmara de Direito Privado, os autos foram redistribuídos por força da decisão de f. 241/244.

É o relatório.

Presentes os requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil, recebo a apelação em seus regulares efeitos.

De início, ressalte-se que, apesar do afirmado pelo recorrente, houve de fato reconhecimento da ocorrência de falha na prestação do serviço médico. Como consta da contestação apresentada pelo CONSAGRA (f. 49/60):

> "*Excelência como demonstrado não há como negar que houve uma falha na prestação do serviço médico, em razão da mesma afirmar ser alérgica ao medicamento 'dipirona' que inclusive consta da ficha de atendimento, porém, necessita saber se realmente a requerente é alérgica ao medicamento? Pois, as fotos por ela juntado, prova o que constou a enfermeira Vanessa quando da triagem no verso da ficha de atendimento, aliás, não houve dano nenhum, posto que imediatamente à verificação do uso indevido da medicação, iniciou-se o procedimento para a contenção dos efeitos alérgicos que dele poderiam decorrer, tanto assim, que a requerente acabou por retirar-se da UPA às 16h20m, senão vejamos o que prescreveram os técnicos de enfermagem, médica e enfermeira no verso da Ficha de Atendimento (pág.21)* (...)".

Como se constata da leitura do trecho acima transcrito, a resistência do requerente, tal como estabelecida pelos termos de sua peça de defesa, fundava-se na inexistência de alergia e da ausência de danos em função da aplicação do remédio.

Quanto ao tema, a prova pericial de f. 184/193 é no entanto clara ao concluir que "*os achados de exames físico e subsidiários estão em conformidade com os sintomas relatados e estabelecem nexo com o evento (Tratamento médico com Dipirona), sendo caracterizado incapacidade por 3 dias de 11/02/2017*

Acesso ao Sumário

e 13/02/2017" (f. 192) – observação que denota ao mesmo tempo a efetiva ocorrência de reação alérgica e a sua gravidade (já que resultante em incapacidade por três dias).

Para além dessas observações, há que se ressaltar que a pretensão indenizatória não se funda apenas na gravidade da reação alérgica, mas também se pauta pela inadequação do tratamento médico dispensado após a ocorrência do episódio alérgico como um todo. Como consta da inicial:

> "*Ocorre que cerca de 15 minutas após o início da aplicação do medicamento a requerente começou a se sentir muito mal, com extrema dificuldade para respirar, boca seca, palpitação e calor.*
>
> *Por conta desses sintomas, a requerente teve a sensação de que iria morrer naquele momento.*
>
> *Temendo por sua vida, e já com dificuldade até para falar, a requerente indagou ao enfermeiro qual medicamento lhe havia sido aplicado, pelo que foi informada que se tratava de 'dipirona', isto é, exatamente o medicamento que a requerente havia informado na pré-consulta ser alérgica.*
>
> *Enquanto ainda estava em crise alérgica, a requerente foi conduzida até o banheiro do prédio e ali lhe foram aplicados medicamentos antialérgicos ('hidrocortisona' e 'fenergan'). Ao que tudo indica, a requerente foi conduzida até o banheiro para que os fatos não fossem presenciados por testemunhas.*
>
> *Após o ocorrido, a requerente ainda permaneceu por algum tempo, quase desfalecida, dentro das instalações da UPA, aguardando a coleta de sangue pelo laboratório terceirizado, até que sua família, temendo por sua vida, haja vista o erro médico ocorrido, houve por bem retirá-la do local*." (f. 2/3)

Tais afirmações (não impugnadas pelo recorrente, que se limita a apontar para a pouca gravidade dos fatos e para a insuficiência probatória das fotografias de f. 22), para além da gravidade da administração de remédio – que, conforme já se sabia, poderia causar reações graves à paciente (conforme anotado a f. 21, que dá conta da alergia, e nos termos das possíveis reações medicamentosas listadas pelo perito a f. 191, inclusive a morte) –, também demonstram a adequação da fixação dos danos morais pleiteados pela requerente e corretamente concedidos pela r. sentença.

Diante desse contexto, não apresentou o recorrente argumentos suficientes a infirmar os fundamentos da decisão recorrida – razão pela qual nego provimento ao recurso.

Mantido o resultado do julgado, majoro os honorários advocatícios devidos pelo recorrente ao representante da autora para 12% do valor da condena-

Acesso ao Sumário

ção, já consideradas as fases de conhecimento e recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

O caso é, assim, de negar provimento ao recurso interposto pelo **Consórcio Público Intermunicipal de Saúde da Região dos Grandes Lagos - CONSAGRA** nos autos da ação ordinária em face dele e de **Milena Sampaio Pantaleão Garcia Gomes** movida por **Mariane Alves de Mattos** (Processo nº 1001197-09.2017.8.26.0541 – 2ª Vara do Foro de Santa Fé do Sul, SP).

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

Resultado do julgamento: negaram provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000443-22.2016.8.26.0341, da Comarca de Maracaí, em que são apelantes ARILDO EIRAS DE FREITAS e MARIA CLARA GUASTELLA DE FREITAS, é apelado 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: Negaram provimento ao apelo. Declarará voto convergente o 2º Juiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.569)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente) e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESERVA LEGAL. Não configurado o cerceamento de defesa. O Código Florestal prevê a obrigação de manter a vegetação nativa a título de reserva legal e área de preservação permanente. A menção da reserva legal no CAR não é suficiente para o reconhecimento da regularização. O CAR é ato meramente declaratório, que depende de análise e aprovação. Situação que autoriza a condenação dos réus a instituir a reserva legal. A obrigatoriedade de averbação da reserva legal no CRI foi afastada pelo artigo 18, § 4º, do Código Florestal. A averbação do número de inscri-

Acesso ao Sumário

ção no CAR, junto ao CRI, já foi adotado, consoante o provimento CGJ nº 36/2013. Assim, as medidas determinadas em sentença foram adequadas. NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo.

VOTO

Trata-se de apelação interposta nos autos de ação civil pública ajuizada pelo MP, ora apelado, em face de Arildo Eiras de Freitas e outro, ora apelante, contra a sentença de fls. 573/586 que julgou parcialmente procedente a ação para condenar os particulares a promoverem a instituição de área de reserva legal de, no mínimo 20%, de sua totalidade, composta de espécies nativas e endêmicas da região, facultando o cômputo da área de preservação permanente. Após, a especificação do perímetro da reserva legal ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em abster-se de explorar, promover ou permitir que se promovam atividades danosas. Determinou, ainda, que deverá fazer a inscrição no CAR e registrar a área destinada à reserva legal na matrícula do imóvel, bem como que o descumprimento implicará na incidência de multa diária de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta Reais). Ante a sucumbência mínima da parte autora, condenou os réus ao pagamento de metade do valor das custas processuais. Não houve condenação em honorários advocatícios.

No apelo a fls. 588/625 os particulares sustentam preliminar de cerceamento de defesa. No mérito, mencionam que não houve supressão de vegetação no imóvel e diante do disposto no artigo 68 do Novo Código Florestal não estão obrigados a promover a recomposição, compensação ou regeneração dos percentuais exigidos. Sustentam, ainda, que não há que se falar em instituição de reserva legal.

Houve a apresentação de contrarrazões (fls. 631/637). O douto Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 653/658).

É O RELATÓRIO.

Inicialmente, o apelo deve ser conhecido, posto que as razões expostas são capazes de impugnar a sentença.

O alegado cerceamento de defesa não se configurou.

No caso, o pedido versa sobre obrigações relacionadas a reserva legal e obrigações assumidas no projeto de recomposição aprovado pelo órgão ambiental competente, bem como a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Novo Código Florestal.

Assim, os documentos acostados aos autos para demonstrar a viabilidade da legislação aplicável, a constitucionalidade da Lei n. 12.651/2012 e a necessidade de instituição de reserva legal no caso concreto, se mostraram suficientes a esclarecer os pontos controversos.

Acesso ao Sumário

No mais, note-se que houve no presente processo a realização de Parecer Técnico do Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente - GAEMA em que o particular teve acesso ao conteúdo, bem como oportunidade de ofertar contestação (fls. 125/140).

Nesse contexto, desnecessária a realização de outras provas sendo legítimo o julgamento antecipado, já que havia elementos suficientes para a formação da convicção do julgador.

No mérito, os réus afirmaram que deve ser observado o disposto no artigo 68, da Lei n. 12.651/12, de modo que não podem ser condenados a recompor e/ou instituir a reserva legal. Sustentam, ainda, que não tem obrigação de registrar a reserva legal do imóvel na matrícula, pois já consta no CAR.

Os particulares são proprietários de duas glebas de terras denominadas "Fazenda Nossa Senhora de Fátima", situadas no Município de Maracaí, matrículas n. 4.562 e 4.559 do Cartório de Registro de Imóveis de Maracaí.

No que tange à hipótese do artigo 68 do Código Florestal, que dispõe que "os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos nesta Lei", destaco que essa situação excepcional deve ser analisada pelo órgão ambiental.

Explico. Não obstante a vigência dos artigos deve ser realizada com base em critério técnico, conforme delimitação da autoridade administrativa.

Logo, o reconhecimento das situações consolidadas deve ser objeto de análise pelo órgão ambiental competente.

Nesse contexto, a avaliação da presença dos requisitos do artigo 68 do Código Florestal será aferida na fase de cumprimento de sentença.

No mais, os requeridos declararam no CAR área para reserva florestal legal, contudo, não promoveram a averbação da reserva legal nas matrículas do imóvel.

Consoante o artigo 12, inciso II, da Lei 12.651/2012, todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de reserva legal, em percentual mínimo de 20% em relação à área do imóvel.

Ainda, na redação do artigo 7º, § 1º, do atual Código Florestal, a área de preservação permanente deverá ser mantida pelo proprietário, possuidor ou ocupante a qualquer título e, tendo ocorrido a supressão, é obrigatória a recomposição da vegetação.

A responsabilidade civil ambiental, conforme o previsto no artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81, recepcionado pelo artigo 225 da Constituição Federal, é

Acesso ao Sumário

objetiva.

O atual Código Florestal prevê, no artigo 2º, § 2º, que as obrigações previstas em mencionado Código tem natureza real e são transmitidas ao sucessor de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural. Ou seja, as obrigações são *propter rem.*

Em relação à reserva legal, anota-se que sua menção no CAR não é suficiente para a regularização ambiental. Isso porque a inscrição do imóvel no CAR é ato meramente declaratório, que depende de análise e aprovação do órgão ambiental para que haja efetivamente a instituição da reserva legal.

Assim, a reserva legal não foi instituída, faltando ainda formalidades para essa efetivação.

Diante desse contexto, a condenação dos réus a instituir a reserva legal de 20% da área do imóvel, permitindo-se invocar o disposto no artigo 15 da Lei nº 12.651/2012, é mantida.

Quanto à averbação da reserva legal no CRI, é certo que o artigo 167, inciso II da Lei de Registros Públicos não foi revogado. Mas o artigo 18, § 4º, da Lei nº 12.651/2012 foi expresso em afastar a obrigatoriedade de averbação no Cartório de Registro de Imóveis em caso de registro no CAR.

Observo que a sentença não traz qualquer vedação à aplicação da lei vigente, de maneira que questões como o preenchimento dos requisitos da consolidação da área, a forma e o prazo a ser observado para o término da recomposição e, inclusive, quais atividades e intervenções podem ou não podem continuar no local, devem constar do projeto apresentado ao órgão ambiental e serão apreciados pela autoridade administrativa, sem prejuízo de melhor delimitação em fase de cumprimento de sentença.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

Acesso ao Sumário

(Voto nº 40.306)

Vistos,

Adotado o relatório do voto de lavra do Excelentíssimo e douto Desembargador Relator **RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO** e a par das questões por sua Excelência superadas, declaro voto de convergência relativamente ao resultado da lide, sobretudo com o que diz respeito ao tema da possibilidade de adoção dos requisitos do art. 68 do Código Florestal, porém, em fase procedimental mais adequada para tanto, isto é, no curso do cumprimento de sentença, cuja concretude, aliás, será melhor discernida, em que pese apresentarem-se de pronto alguns elementos indicativos da pertinência do instituto regulado em

referido texto legal (artigo 68 *supra*).

Sem embargo disso, a positivação judicial da regra à qual acima refiro, terá melhores condições cognitivas ao tempo e oportunidade da fase de execução do julgado; nela, o clamado direito à compensação, será objeto de exame judicial posterior, de sorte então que mediante suprimentos técnicos periciais, inclusivamente daqueles que provierem do órgão ambiental competente, o implemento e o conteúdo dessa regra, qual seja a do artigo 68 do Código Florestal, será objeto de crítica positiva ou negativa.

Posto isso, nos termos do art. 156, §2º[1], do RITJSP, declaro meu voto convergente que se dirige no sentido do desprovimento do apelo, porém com as observações acima lançadas. Sigo no mais os doutos provimentos que informam o voto proferido pelo preclaro Desembargador Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000019-35.2020.8.26.0536, da Comarca de Bertioga, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante MUNICÍPIO DE BERTIOGA, é apelado POUSADA CONCA DI MARE EIRELI.

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 25.073)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente) e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 1º de outubro de 2021.

ANA LIARTE, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – REMESSA NECESSÁRIA – Mandado de Segurança – Revogação de Alvará de Funcionamento – Auto de infração lavrado com determinação de imediata paralisação das atividades exercidas pela Impetrante antes do decurso de prazo anteriormente concedido para oferecimento de defesa – Sentença de procedência mantida por seus próprios fundamentos – Artigo 252 RITJSP – Recurso desprovido.

1 § 2º do art. 156 do RITJSP: *os desembargadores vencedores poderão, igualmente, declarar voto, desde que essa intenção fique registrada na tira de julgamento.*

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por POUSADA CONCA DI MARE EIRELI contra ato do Chefe da Fiscalização Tributária da Prefeitura Municipal de Bertioga, no qual alega ofensa a seu direito líquido e certo de defesa. Afirma que em 13.01.2021 foi publicada a revogação do Alvará de Funcionamento de seu estabelecimento, sendo-lhe concedido prazo de 30 dias para apresentação de recurso. Aduz ter recebido notificação para ciência do ato em 27.01.2020. Ressalta a ilegalidade da autuação determinando a paralisação imediata das atividades, ocorrida em 20.02.2020, ou seja, antes do término do prazo para interposição de recurso. Ademais, aduz a expedição de alvará de funcionamento (nº 5256) em 17.01.2020, válido até 31.12.2020. Requer, assim, a concessão de liminar para suspender o ato e ao fim concessão da segurança para declarar sua nulidade (fls. 01/20).

O Ministério manifestou-se nos autos afirmando não ser hipótese de sua intervenção (fls. 196/197).

A r. sentença de fls. 198/201 concedeu a segurança para "determinar à Autoridade Coatora que suspenda a ordem emanada aos 13 de janeiro de 2020, relativa à imediata paralisação das atividades exercidas pela Impetrante, devendo ainda, a Impetrada, abster-se de interditar ou lacrar o estabelecimento em funcionamento no imóvel da Impetrante com base em referido ato administrativo." Não houve condenação em honorários advocatícios, diante da previsão contida na Lei nº 12.016/2009.

Recorre o MUNICÍPIO DE BERTIOGA, requerendo a reforma da r. sentença (fls. 208/214). Alega que o estabelecimento funcionava de forma irregular, uma vez que o certificado de licença do corpo de bombeiros havia sido cassado, bem como funcionava sem expedição de "habite-se". Alega inércia por parte da Impetrante, em razão da ausência de impugnação dos prazos em momento oportuno.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Contrarrazões às fls. 208/214.

Dispensada a remessa à PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA, nos termos da manifestação de fls. 196/197.

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

Extrai-se dos autos que a impetrante POUSADA CONCA DI MARE EIRELI, ora Apelada, pretende a concessão da segurança para que possa continuar a exercer suas atividades.

O Magistrado *a quo*, com acerto, concedeu a segurança para reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante à suspensão do ato administrativo que determinou a imediata paralisação das atividades, fundamentando-se na com-

provação de que a emissão da ordem de revogação do Alvará ocorreu sem que houvesse escoado o prazo para apresentação da defesa na esfera administrativa.

No caso dos autos, em 27.01.2020, a Impetrante foi informada pela autoridade coatora que, no processo administrativo nº 10.022/2018, o Alvará de Funcionamento havia sido revogado (fl. 66).

Ocorre que em 20.02.2020 a Impetrante foi autuada em razão de exercer atividade com Alvará revogado, sendo determinada a paralisação imediata das atividades (fl. 68).

Como se vê, não havia se esgotado o prazo para apresentação da defesa ao tempo da autuação.

Além disso, vê-se que o MUNICÍPIO DE BERTIOGA expediu Alvará de Funcionamento à Impetrante em 17.01.2020, válido até 31.12.2020 (fl. 30).

Desse modo, deve ser a sentença mantida por seus próprios fundamentos, ora ratificados em sede recursal, por mostrar-se suficientemente motivada, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Ressalta-se que isto não configura omissão ou ofensa ao dever de fundamentação, conforme a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ, AgRg no AREsp 295.963/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 12/08/2015).

Adotam-se, portanto, os fundamentos expostos na sentença e abaixo transcritos:

> "Vistos.
>
> Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar, impetrado por Pousada Conca Di Mare Eireli em face de ato do(a) Chefe da Fiscalização Tributária da Prefeitura Municipal de Bertioga, insurgindo-se a Impetrante contra ato do Impetrado o qual teria, por ato de 13 de janeiro de 2020, revogado o alvará de funcionamento do respectivo estabelecimento comercial (pág. 55 - nº 6004/2018, e pág. 65), tendo notificado a proprietária em 27/01/2020, e em 20/02/2020 sendo lavrado auto de constatação e fiscalização onde determinada a paralisação das atividades do estabelecimento (pág. 68), sem que decorrido o prazo de recurso, e não obstante a expedição de alvará de funcionamento nº 5256/2020, em 17 de janeiro de 2020, e com validade até 31/12/2020 (pág. 30). Alega a Impetrante que teve seu direito de defesa cerceado uma vez que não decorrido o prazo de recurso do ato de revogação do alvará. Requer, assim, concessão de ordem liminar à D. Autoridade Impetrada a fim de que suspenda a determinação de imediata paralisação das atividades exercidas e se abstenha de interditar ou lacrar o estabelecimento em funcionamento no imóvel da Impetrante até decisão final e, no mérito, a procedência do pedido para, confirmando-se a liminar deferida, conceder a segurança objetivada para que a Autoridade Coatora não determine a imediata paralisação das atividades comerciais exercidas pela Impetran-

Acesso ao Sumário

te, abstendo-se ainda de interditar ou lacrar o estabelecimento comercial em testilha com base no ato administrativo ora vergastado (pp. 01/20).

Instruíram a inicial a procuração e documentos às pp. 21/111.

A liminar objetivada restou deferida (pp. 115/116).

O Município de Bertioga (na qualidade de terceiro interessado) prestou informações às pp. 120/123, esclarecendo que foi expedido novo alvará de funcionamento em razão da petição da Impetrante datada de 20 de fevereiro de 2020 e com relação aos autos do Processo Administrativo sob número 10.022/2018, salientando ainda que será oportunamente publicada, no órgão de informações oficiais da municipalidade, a suspensão da revogação ora combatida, bem como do auto de constatação e fiscalização nº 772/2020. No que tange especificamente ao mencionado ato de suspensão, noticiou não ter havido, pela Impetrante, solicitação administrativa para prorrogação de prazo ou, então, a própria apresentação deste último. Informa ainda, por derradeiro, que apenas cumpriu a legislação pertinente. Instruiu a resposta com os documentos às pp. 124/138.

Manifestação da Impetrante às pp. 139/141, acompanhada dos documentos às pp. 142/180.

O Ministério Público, por seu turno, manifestou não haver interesse no presente feito (pp. 196/197).

Esse o relatório. Fundamento e DECIDO.

Por primeiro, anote-se a não intervenção Ministerial no presente feito, expressamente manifestada às pp. 196/197.

No mais, impõe o art. 1º da Lei nº 12.016/09 que o mandado de segurança deve ser concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Quando a Constituição endereça o mandado de segurança à defesa do direito líquido e certo, "está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano". O que importa não é a maior ou menor complexidade da tese jurídica, mas a prova pré-constituída (documental) do seu suporte fático. O procedimento do *mandamus* é sumário e não contém fase para coleta de outras provas que não as documentais, imediatamente exibíveis. Enfim, "o que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante" (*In*: O Mandado de Segurança segundo a Lei nº 12.016 de 07 de agosto de 2009, Humberto Theodoro Júnior, 1º edição, 2010, pág. 19/20).

Considerando o rito célere desse remédio constitucional, o processo se encontra em fase de julgamento, sendo a concessão em parte da

Acesso ao Sumário

segurança medida forçosa a ser seguida.

In casu, pretende a Impetrante que a Autoridade Coatora seja compelida, inclusive liminarmente, a não determinar a imediata paralisação das atividades comerciais exercidas pela Impetrante em razão de ato administrativo datado de 13 de janeiro de 2020 (o qual revogou alvará de funcionamento em relação à Impetrante por descumprimento, por esta última, de preceito legal ali noticiado), abstendo-se ainda de interditar ou lacrar o estabelecimento comercial em testilha em razão do referido ato.

Incontroverso nos autos a existência do referido procedimento administrativo, conforme dito pela Municipalidade (terceira interessada) em sua manifestação às pp. 120/123.

Tem-se ainda que a Impetrante somente foi intimada, acerca da ordem revogando o respectivo alvará de funcionamento, em data de 27/01/2020, consoante restou certificado por preposto da Municipalidade à pág. 137, quando ainda não havia escoado na íntegra, portanto, o prazo de 30 (trinta) estabelecido para eventual interposição de recurso cabível na seara administrativa, o que vai de encontro à própria determinação contida na ordem revocatória ora combatida.

Na hipótese dos autos, verifica-se assim e houve emissão de ordem para revogação de alvará sem que ainda houvesse escoado na íntegra o prazo para a Impetrante interpor eventual recurso administrativo cabível, não agindo com acerto, dessarte, a Autoridade Impetrada.

Some-se a isto a própria informação prestada pela Municipalidade terceira interessada, no sentido de que tal ordem de paralisação das atividades comerciais exercidas pela Impetrante foi suspensa (com iminente disponibilização no Boletim Oficial do Município de Bertioga), o que confere ainda mais verossimilhança às alegações inaugurais.

Nessa esteira, a segurança objetivada pela Impetrante através dos presentes autos é de ser concedida, confirmando-se assim a liminar deferida às pp. 115/116.

Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, CONCEDO A SEGURANÇA pretendida por Pousada Conca Di Mare Eireli para, confirmando-se a medida liminar deferida às pp. 115/116, determinar à Autoridade Coatora que suspenda a ordem emanada aos 13 de janeiro de 2020, relativa à imediata paralisação das atividades exercidas pela Impetrante, devendo ainda, a Impetrada, abster-se de interditar ou lacrar o estabelecimento em funcionamento no imóvel da Impetrante com base em referido ato administrativo. JULGO o processo com resolução do mérito e fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

Descabe condenação em honorários de Advogado, conforme o teor das Súmulas nº 512 e 105, respectivamente dos C. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, bem como indevido o ônus da sucumbência em face da via processual eleita.

Acesso ao Sumário

Intime-se pessoalmente a Autoridade Coatora e, através do respectivo Portal Eletrônico, a Fazenda Pública (e/ou Autarquia) Terceira Interessada Certa.

Oportunamente, ao reexame necessário (Lei Federal nº 12.016/2009, artigo 14, § 1º).

Publique-se.

Intime-se. Cumpra-se.

Bertioga, 01 de março de 2021."

Neste sentido, julgados deste E. Tribunal de Justiça em casos semelhante:

APELAÇÃO. Ação de indenização. Preliminar de inépcia da petição inicial. Rejeição. Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o "pedido" não deve ser extraído apenas do capítulo da petição especificamente reservado aos requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição (STJ-2ª T., REsp 967.375, Min. Eliana Calmon, j. 2.9.10, DJ 20.9.10). Preliminar de prescrição. Rejeição. Em se tratando de pretensão indenizatória deduzida com base no artigo 1º do Decreto n. 20.910/32, o prazo prescricional da ação ajuizada contra a Fazenda Pública é de cinco anos, não sendo aplicável, em razão do princípio da especialidade, o prazo trienal previsto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Mérito. **Cassação de alvará de funcionamento sem direito ao contraditório e à ampla defesa. Ilegalidade já reconhecida em mandado de segurança.** Fato, entretanto, que não justifica reparação pecuniária. Danos morais e materiais não comprovados. Sentença de parcial procedência. Recurso provido para julgar a ação improcedente. (TJSP; Apelação Cível 1002134-67.2017.8.26.0137; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Cerquilho - Vara Única; Data do Julgamento: 20/03/2020; Data de Registro: 20/03/2020);

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE LICENÇA DE FUNCIONAMENTO PARA IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – **Autuação de imóvel por agentes de fiscalização enquanto sob análise o pedido administrativo de obtenção do alvará de funcionamento** – Dissidia da Administração em analisar o pedido – irrazoável transcurso de lapso temporal desde o requerimento formalizado pelo munícipe – **Omissão da Administração frente ao poder-dever de dar resposta ao requerimento da impetrante** – Inteligência do art. 17 do Decreto nº 49.969 de 28.08.08 – Precedentes do TJSP – Sentença concessiva da ordem mantida – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1026552-64.2016.8.26.0053; Relator: Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/07/2017; Data de Registro: 09/08/2017);

MANDADO DE SEGURANÇA – INSTITUIÇÃO DE ENSINO CREDEN-

Acesso ao Sumário

CIADA A MINISTRAR EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA E AUTORIZADA A MANTER EM FUNCIONAMENTO CURSO TÉCNICO DE TRANSAÇÕES IMOBILIÁRIAS – **DESCREDENCIAMENTO SEM QUE LHE FOSSE ASSEGURADO O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGULAR – INADMISSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR O ATO** – SENTENÇA CONFIRMADA NO PARTICULAR. (TJSP; Apelação Cível 1006225-48.2015.8.26.0566; Relator: Ricardo Feitosa; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de São Carlos - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/10/2018; Data de Registro: 26/10/2018);

Diante do exposto, NEGA-SE provimento à Apelação e à Remessa Necessária, mantendo-se a sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000108-88.2020.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante LUCAS HENRIQUE DE OLIVEIRA, é apelado 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 parcial provimento para julgar procedente a ação, concedida, de ofício, a tutela de urgência para a imediata implantação do benefício. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.748)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente) e ANTONIO MOLITERNO.

São Paulo, 14 de outubro de 2021.

ALDEMAR SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Acidentária – Acidente "in itinere" – Sequelas de fraturas no antebraço direito do obreiro – Restabelecimento de "auxílio-doença" ou concessão de "aposentadoria por invalidez" -- Presença de nexo causal e de redução da capacidade laboral de forma parcial e permanente a ensejar o deferimento do "auxílio-acidente" – Ação julgada improcedente – Apelo do segurado – Inexistência de julgamento "extra petita" em matéria infortunística – Decisão reformada – Recurso parcialmente provido

Acesso ao Sumário

para julgar procedente a ação.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação acidentária ajuizada por **Lucas Henrique de Oliveira** em face do **Instituto Nacional de Seguro Social - INSS**, alegando que, em razão dos males no punho e no membro inferior direitos provocados por acidente de trajeto ocorrido em 03/02/2018, está com a capacidade de trabalho reduzida, motivo pelo qual postula a concessão de benefício pertinente à perda suportada (**fls. 01/10**).

A r. sentença de **fls. 288/289**, cujo relatório se adota, proferida em *20 de abril de 2021*, julgou improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento de custas e despesas processuais, além dos honorários de sucumbência arbitrados em R$300,00, respeitados os benefícios da justiça gratuita.

Apela o vencido em busca da inversão do julgado, alegando que, no presente caso, foi realizada perícia por médico ortopedista, que relatou em seu parecer a presença de sequela de fratura dos ossos em seu antebraço direito, apresentando, indiscutivelmente, limitação e redução de capacidade laborativa para o exercício de sua atividade habitual, além de relatar que desempenhava atividades de tratorista, operador de máquinas e motorista de caminhão que exigem curso de capacitação e, após o acidente, passou a desenvolver a função de almoxarife, o que, por si só, já demonstra a perda de sua capacidade laboral, postulando, assim, o deferimento do "auxílio-doença" ou a outorga de "aposentadoria por invalidez" (**fls. 294/302**), sem resposta nos autos (**certidão de fl. 311**).

É o relatório.

Inicialmente, presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação interposto pelo obreiro e passo a analisar o seu mérito.

No mais, trata-se a espécie de ação em que o segurado busca a concessão de indenização acidentária, sob o argumento da existência de prejuízo funcional causado por sequelas provenientes de acidente "*in itinere*".

Realizada a diligência no IMESC, o perito oficial, depois de traçar o histórico do caso, proceder ao exame físico geral e especial e ainda analisar os documentos médicos trazidos ao feito, atestou no laudo de **fls. 226/246**, com os esclarecimentos de **fls. 277/279**, que "... *Considerando os dados dos autos e a avalição médica pericial atual o autor foi acometido de fratura grave, diafisária distal dos ossos do antebraço direito, em acidente automobilístico no dia 02/02/18 sendo tratado cirurgicamente, evoluindo com consolidação da fratura do rádio e pseudoartrose na região da fratura da ulna. Segundo relato do autor e inicial tal acidente ocorreu no trajeto do trabalho, porém não foi observado*

Acesso ao Sumário

nos autos documento de CAT ou outro documento que possa comprovar tal situação. Quanto à queixa de dor na região da fratura da ulna direita, pelo que se pode constatar dos documentos médicos apresentados, evoluiu com pseudoartrose (falta de consolidação óssea no local da fratura), sequela passiva de tratamento cirúrgico com bom prognóstico de minimização sintomática e melhora funcional local, pois a principal complicação constatada se deve à dor referida na região da fratura da ulna ao executar atividade com carga. Segundo relato e documentos médicos juntados foi readaptado na empregadora a atividade compatível devido a sequela pós-fratura no antebraço direito. 6. CONCLUSÃO: Do que se pode analisar e avaliar dos dados dos autos e da perícia médica atual conclui-se que: O autor é portador de sequela de fratura diafisária distal dos ossos do antebraço direito, tratado cirurgicamente, evoluindo com consolidação da fratura do rádio e pseudoartrose (não consolidação) na região da fratura da ulna. Capacidade laborativa atual, parcial e temporariamente prejudicada, devendo evitar atividade com carga ou que exija da mobilidade total do punho direito e ser reavaliado caso venha a ser tratado da pseudoartrose na região da fratura da ulna. Considerando os dados dos autos a sequela da fratura diafisária dos ossos do antebraço direito constatadas no autor são compatíveis com o tipo de acidente automobilístico ocorrido no dia 03/02/2018. Quanto ao nexo para acidente de trabalho, acidente de percurso não foi observado nenhum documento médico nos autos que possa comprovar tal relação ou nexo.".

Por outro lado, em resposta aos quesitos formulados no processo, o *expert* assentou que "*a sequela constatada o torna incapaz para o exercício da atividade habitual conforme relatório médico juntado*" (**fl. 241**), e que referida sequela causa dispêndio de maior esforço na execução de tal atividade (**fl. 242**).

Desse modo, a meu ver, é plenamente possível ser reconhecido que o obreiro está com a capacidade laborativa reduzida de forma parcial e permanente, porquanto não é difícil imaginar que a lesão em seu antebraço direito produza prejuízo da estrutura original do segmento, causando evidente limitação da capacidade de trabalho, ainda mais em funções que priorizam a utilização daquele segmento, como é o caso dos autos, porquanto ele exerce a função de "*operador de retroescavadeira*" (**fl. 17**).

Assim, não se pode dizer que o segurado não estaria incapacitado para o trabalho habitualmente exercido. Realizar as mesmas tarefas, só que agora com maior esforço, ou desconforto, ou qualquer outro fator que acarrete prejuízo a boa consecução do serviço, seja a maior demanda física do segurado, seja queda de produtividade, lentidão, etc., igualmente é considerada incapacidade laboral, devendo, por força de lei, ser convenientemente indenizada.

Antônio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Souza Bertagni (*in "Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais", Editora Saraiva, 4ª ed., 2007, págs. 41/42*) teceram comentários apropriados a respeito desse tema:

Acesso ao Sumário

"*No âmbito das ações acidentárias a autarquia vem criando teses absurdas para evitar o pagamento de auxílio-acidente, agora no percentual de 50%. Uma delas é a de que apenas cabe o benefício quando há necessidade de mudança de função e não apenas a necessidade de dispêndio de maior esforço para exercê-la. Outra, esta, mais absurda ainda, exige que a incapacidade resultante do acidente, após a alta médica, deve ser equivalente a 50%. O Regulamento, no art. 104, trata da questão da seguinte forma: concede-se auxílio- acidente quando: a) houver redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercida, remetendo ao anexo II; b) houver redução para a capacidade de trabalho que habitualmente exercia e exigência de maior esforço para o desempenho desta função; c) houver redução da capacidade de trabalho que impossibilite o desempenho da atividade que exercia* à *época do acidente, porém permitia o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia do INSS*".

Desse modo, é notório que o autor está impossibilitado de exercer a atividade que desempenhava antes de ser reabilitado profissionalmente.

Além disso tudo, como salientado pelo *E. Des. Adel Ferraz*, no julgamento da *Apelação Cível nº 0021901-98.2011.8.26.0564*, ocorrido em *30.07.2013* por votação unânime, "*... o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no* ***Recurso Especial Repetitivo (CPC, art. 543-C) nº 1.109.591/SC,*** *que é* ***devido o auxílio-acidente, inclusive nos casos de lesão mínima****, porque a extensão do dano não está inserida no rol dos pressupostos necessários à concessão do referido benefício*".

Nesse contexto, em que pese o posicionamento adotado pelo nobre juiz, presentes a redução da capacidade para o trabalho habitualmente executado e o nexo causal, comprovado pela emissão da CAT de fl. 252 e admitido anteriormente pela própria autarquia ao deferir administrativamente ao obreiro, *pela causa incapacitante*, "*auxílio-doença*" de natureza acidentária (fl. 145), elementos componentes do binômio necessário à reparação infortunística, o parcial provimento do recurso é de rigor na hipótese, para ser julgada procedente a ação, condenado o réu a pagar ao obreiro, na forma da *Lei nº 8.213/91*, combinada com a *Lei nº 9.528/97, "auxílio-acidente"* de *50% do salário-de-benefício*, a partir do dia seguinte ao da alta médica noticiada nos autos, ou seja, ***28.02.2019*** (**fl. 145**), mais o abono anual, segundo a disposição do *art. 86, §2º*, da *Lei nº 8.213/91*, confirmada pelo *Col. STJ* ao julgar os *Recursos Especiais nºs 1.729.555/SP* e *1.786.736/SP*, relativos ao *Tema 862*, firmando a tese jurídica no sentido de que "*O termo inicial do auxílio-acidente deve recair no dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença que lhe deu origem, conforme determina o art. 86, § 2º, da Lei 8.213/91, observando-se a prescrição quinquenal da Súmula 85/STJ*".

Acesso ao Sumário

E, em que pese o pedido nas razões recursais ser de restabelecimento de "*auxílio-doença*" ou concessão de "*aposentadoria por invalidez*", a outorga do benefício ordenado por este acórdão não configura julgamento *extra petita*, valendo a pena transcrever aresto *desta Col. Câmara* acerca do tema:

> *"E a concessão de benefício não pedido pelo autor em sua inicial não caracteriza julgamento extra-petita. Afinal, aqui, com maior razão, vigora o princípio da mihi factum, dabo tibi ius, já que cabe ao julgador adequar o benefício à incapacidade laborativa verificada".*
>
> *Aliás, conforme muito bem observado pelo Douto Procurador de Justiça oficiante, em sua manifestação, verbis: - "Em outras palavras, o julgamento extra petita, isto é, fora do que se pediu, não ocorre em matéria acidentária. O pedido do autor é a indenização. Ao juiz cabe a caracterização da situação e a subsunção à Lei. O benefício a ser concedido deve ser dito pelo juiz e não pelas partes, sendo certo que a indenização é paga em conformidade com o que é devido ao segurado, em face da lei, não segundo o acidentado pede" (fls. 158).*
>
> *E não é outro o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *PREVIDENCIÁRIO – ACIDENTÁRIA. PEDIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE – DECISÃO EXTRA PETITA – INOCORRÊNCIA. I - Formulado pedido de aposentadoria por invalidez, mas não atendidos os pressupostos para o deferimento deste benefício, não caracteriza julgamento extra petita a decisão que, constatando supridos os requisitos para o direito ao auxílio -acidente, concede em juízo esse benefício. II - Recurso especial desprovido.* (REsp 226958/ES; RECURSO ESPECIAL 1999/0073561-7; Ministro GILSON DIPP; T5 - QUINTA TURMA; DJ 05.03.2001, p. 200)." (Apelação Cível nº 483.333-5/1-00, Rel. Des. Alberto Gentil).

Este entendimento, ainda, vem estampado nos julgados abaixo colacionados:

> "*A ação dos juízes e tribunais, na aplicação das leis, é norteada por princípios e regras, sendo que, para obter a justa aplicação da norma, é necessário que o juiz passe a investigar o significado intrínseco delas, isto é, não se limite à pura letra, mas consiga captar seu próprio sentido e seu espírito. Deve advertir-se, como esclarece GIORGIO DEL VECCHIO, que o verdadeiro significado da norma é, amiúde, superior à intenção dos legisladores que a formularam. Quando o legislador estabelece uma norma, não é possível prever todas as aplicações que a mesma poderá ter. Sem dúvida o juiz, ao interpretar a lei não pode tomar liberdades inadmissíveis com ela. Mas, de outro lado, não deverá que-*

Acesso ao Sumário

dar-se surdo às exigências do real e da vida. O direito é essencialmente uma coisa viva, pois ele está destinado a reger os homens, isto é, seres que se movimentam, pensam, agem, mudam e se modificam. O fim da lei não é a cristalização ou imobilização da vida, e, sim, manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as normas legais, sem se aterrar ao texto, às palavras, mas tendo, principalmente, de analisar as necessidades sociais, como ainda as exigências da Justiça e da equidade que elas visam disciplinar, ou seja, em outras palavras, tal interpretação das leis, não deve ser puramente formal, mas sim, antes de tudo, real, humana e socialmente útil, devendo ser observado o princípio inserto no artigo 5.° da Lei de Introdução ao Código Civil." (Apelação Cível n.º137.511-5/5-00, Rel. Des. EMMANOEL FRANÇA).

Por outro lado, ressalto que, de acordo com o entendimento unânime desta *Col. Câmara*, os honorários advocatícios devem ser fixados no percentual de *15%* sobre as parcelas devidas até a sentença, de acordo com a jurisprudência também do *Col. STJ*, que manteve a aplicação da *Súmula nº 111*, mesmo depois da entrada em vigor do *novo CPC.*

Neste sentido, confira-se as decisões monocráticas proferidas nos REsp nºs 1.883.713/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, de 10.09.2020, 1.884.113/SP, rela. Mina. Regina Helena Costa, de 25.08.2020, e 1.864.992/SP, rel. Min. Og Fernandes, de 18.08.2020, bem como todas as outras mencionadas naqueles recursos, prolatadas por ambas as turmas da Primeira Seção, dando provimento ao recurso do INSS em casos análogos.

Para melhor direcionar a futura execução, observo que os juros de mora, incidentes de modo englobado até a citação e, após, mês a mês, decrescentemente, corresponderão ao índice de remuneração da caderneta de poupança, na forma do *art. 1º-F*, da *Lei nº 9.494/97*, com a redação dada pela *Lei nº 11.960/09*, segundo uma das teses definidas pelo *Col. STF* no julgamento do *RE nº 870.947/SE*, ao apreciar o *Tema 810*, com repercussão geral reconhecida, aplicando-se o *IPCA-e* na correção monetária dos atrasados ***desde 30.06.2009***, ***data de vigência da Lei nº 11.960/09***, na medida em que, ao rejeitar, por maioria de votos, em *03.10.2019*, em acórdão publicado em *03.02.2020*, todos os "embargos de declaração" opostos ao *aludido Recurso Extraordinário,* não modulando os efeitos da decisão anteriormente proferida, o Pretório Excelso considerou aquele índice empregável *desde junho de 2009* em diante para a atualização dos débitos judiciais das *Fazendas Públicas*.

Finalmente, de acordo com orientação transmitida pela *Corregedoria Geral da Justiça* veiculada no *Comunicado nº 912/2007*, passa a integrar o presente julgado o seguinte tópico-síntese:

Acesso ao Sumário

Número do processo:	1000108-88.2020.8.26.0526
Nome do Segurado:	Lucas Henrique de Oliveira
Benefício Concedido:	"Auxílio-acidente" - 50% do salário-de-benefício
DIB:	*28/02/2019* (**fl. 145**)
RMI	a ser apurada em liquidação

Ante o exposto, para os fins consignados, DOU PARCIAL provimento ao recurso para julgar procedente a ação, ***concedida, de ofício, a tutela de urgência para a imediata implantação do benefício, servindo cópia deste acórdão como ofício ao INSS, incumbindo ao autor ou a seu patrono apresentá-lo na agência ou posto da Previdência Social.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007762-12.2018.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante ESTHER MORGANTE ZAVANELLA, é apelado MUNICÍPIO DE ARARAQUARA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.759)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Apelação. Embargos à execução fiscal. Multa por infração ambiental. Ocorrência de queimada em propriedade da autora.

A mera solicitação de cancelamento da multa não permite concluir pela sua nulidade, pois o provimento administrativo só tem validade após sua divulgação no Diário Oficial. Sem a publicação do deferimento do pedido de cancelamento da multa, não há falar-se em sua nulidade. A responsabilidade por dano ambiental é objetiva. Nessa toada, descabe perquirir acerca da intenção do agente envolvido na causação do dano ambiental, tendo em vista o caráter *propter*

Acesso ao Sumário

***rem* da imposição da infração.**

Acertada a sentença na parte em que reduziu a cobrança.

A despeito da multa ter sido lavrada sobre área de 17.314m², o laudo dos bombeiros (fls. 62) apontou que a área real afetada foi de aproximados 500m². Deve o Fisco proceder a novo cálculo referente à área constante como realmente atingida.

Em razão da manutenção de sentença de parcial procedência, descabe falar-se em majoração da verba honorária.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de parcial procedência proferida nos autos da ação de embargos à execução fiscal ajuizada por **Esther Morgante Zavanella** em face do **Município de Araraquara**. Nela, foi determinado a este que providenciasse novo cálculo da multa aplicada em face daquela (fls.111/113).

É dos autos que a executada ajuizou ação de embargos à execução fiscal visando afastar cobrança de multa.

Alegou ter ingressado com pedido de cancelamento da infração na seara administrativa, obtendo parecer favorável ao pleito. Contudo, na troca de funcionários do setor responsável, seu requerimento foi reanalisado, oportunidade em que opinou-se por seu indeferimento.

Nessa toada, ajuizou a presente ação. Alegou que, enquanto a multa se funda em queimada sobre área de 17.314 m², sendo que a certidão emitida pelo oficial de bombeiros apontou que a real área atingida é de 500m² (fls.62).

Pediu a procedência dos embargos para o cancelamento da multa supramencionada com base na primeira apreciação de seu pleito administrativo ou, subsidiariamente, que a exação seja reduzida.

Acesso ao Sumário

Após regular tramitação processual, sobreveio sentença de parcial procedência na qual o pedido subsidiário foi acolhido.

Inconformada, a autora apelou (fls.139/146). Reiterou os termos da inicial.

Contrarrazões a fls.156/158.

É o relatório.

Primeiramente, a apelação deve ser recebida. Nos termos do art. 1.010 do CPC, estão preenchidos seus pressupostos de admissibilidade.

No mérito, contudo, o apelo não merece provimento.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de afastar-se (ou ao menos reduzir) a multa lavrada em face da autora em razão de queimada efetuada em sua propriedade.

A fls.4 de sua petição inicial, a própria apelante confessa a citada queimada: "*um foco de incêndio se iniciou justamente no acostamento da Rodovia Manoel de Abreu, se alastrando rapidamente pela propriedade rural da embargante e demais propriedades vizinhas*".

Tem-se, assim, por incontroversa a queimada narrada.

Sabe-se que a responsabilidade por dano ambiental é objetiva. Assim, descabe perquirir acerca da intenção do agente envolvido na causação do dano ambiental, tendo em vista o caráter *propter rem* da imposição da infração.

Importante mencionar que dos elementos dos autos vê-se que a apelante se descuidou de sua responsabilidade pela conservação do imóvel, caracterizando, pois, sua culpa "in vigilando" e negligência nos cuidados com a preservação ambiental.

No mais, tal como assentado na sentença, a mera solicitação de cancelamento da multa não permite concluir pela sua nulidade, pois o provimento administrativo (deferimento ou indeferimento) só tem validade após sua regular divulgação da decisão em Diário Oficial.

Destarte, sem a publicação do deferimento do cancelamento da multa, não há falar-se em sua nulidade. Dessa forma, descabe afastar a sanção indigitada.

No entanto, acertada a sentença na parte em que reduziu a cobrança.

A despeito da multa ter sido lavrada sobre área de 17.314m², o laudo dos bombeiros (fls. 62) apontou que a área real afetada foi de aproximados 500m².

A redução da exação, portanto, deve ser mantida, devendo o Fisco proceder a novo cálculo referente à área constante como realmente atingida, observando o que consta no sinistro Nº 9GB-05/310/16.

Em razão da manutenção de sentença de parcial procedência, descabe falar-se em majoração da verba honorária.

Para que não se alegue cerceamento do direito de recorrer, considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional discutida, bastando que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no acórdão, como de fato ocorreu, sendo desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais.

Por derradeiro, atentem-se as partes para o cabimento de embargos declaratórios nas estreitas hipóteses delineadas no artigo 1.022, sob pena de eventual aplicação das multas processuais previstas nos §§ 2º e 3º do artigo 1.026, ambos dispositivos do Código de Processo Civil. Assinale-se que esta medida está em consonância com a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1512189-79.2019.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é apelado ROSANGELA ALVES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.648)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), BURZA NETO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 15 de outubro de 2021.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – Exercício de 2018 – Extinção do feito por abandono processual – Descabimento – Descumprimento do § 1º do artigo 485 do CPC – Ausência de intimação pessoal da parte para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias – Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

A **PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARULHOS** ajuíza ação de execução fiscal (processo nº 1512189-79.2019.8.26.0224 do Setor de Execuções Fiscais da Comarca de Guarulhos) em face de **ROSANGELA ALVES DOS SANTOS**, a título de cobrança de IPTU atinente ao exercício de 2018, requerendo a citação da executada para o pagamento do débito em questão.

Registre-se que foi proferida a sentença de fl. 13, que extinguiu o processo devido ao reconhecimento da ocorrência do abandono processual.

A Municipalidade, então, interpôs o seu recurso de apelação (fls. 16/18), no qual pleiteia a reforma da r. sentença, para o fim admitir-se o prosseguimento da execução fiscal.

Acesso ao Sumário

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Com efeito, entende-se que o presente recurso *reúne condições de prosperar*.

Senão, vejamos.

Dispõe o artigo 485, inciso III e § 1º, do CPC, *in verbis*:

"Art. 485 – O juiz não resolverá o mérito quando:

"(...);

"III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta dias);"

"§ 1º. Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias".

Conquanto exista alguma divergência, prevalece que esta regra também é aplicável às ações em que é demandante a Fazenda Pública e, inclusive, às execuções fiscais, haja vista o disposto no art. 1º da Lei n. 6.830/80, o qual prevê expressamente a incidência subsidiária das normas do Código de Processo Civil:

"Art. 1º. A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil".

Pois bem.

No presente caso, após a tentativa de citação infrutífera da executada (fl. 09), a Municipalidade foi intimada sobre o "resultado do AR" (fl. 11); entretanto, transcorrido o prazo de leitura no portal eletrônico (fl. 112), quedou- se inerte, fato este que ensejou a decretação de abandono e resultou na extinção do processo sem julgamento do mérito.

Todavia, *não foi cumprido o § 1º do artigo 485* transcrito acima, consistente na intimação pessoal da parte para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

Observe-se que a Municipalidade foi intimada tão-somente para tomar conhecimento sobre o resultado negativo da citação. Todavia, não foi a mesma intimada especificamente para se manifestar sobre eventual extinção do processo por abandono da causa, em cinco dias, de modo que não era possível ao juízo *a quo* que extinguisse o feito da forma como procedeu.

A respeito da matéria, dizem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que:

*"§1º: **23. Intimação pessoal**. Não se pode extinguir o processo com fundamento no CPC 485 II e III, sem que, previamente, seja intimado pessoalmente o autor para dar andamento ao processo. O "dies a quo" do prazo (termo inicial) é o da intimação pessoal do autor; daí começa a correr o prazo de cinco*

Acesso ao Sumário

dias. Permanecendo silente há objetivamente a causa de extinção. Para o réu que se oculta, pode ser feita intimação por edital" (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo, 16ª edição, 2016, p. 1207).

Destarte, visando o cumprimento do devido processo legal, afigura-se de rigor a *reforma* da *r. sentença*, para o fim de determinar-se o prosseguimento do feito.

Com isto, **dá-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021817-45.2020.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante GABRIELLE LINARES RIBEIRO LUIZ, são apelados SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV e 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 13.541)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente) e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 18 de outubro de 2021.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Pensionista de servidor falecido (PM) – Pretensão de concessão do benefício "post-mortem" previsto na Lei nº 5.451/86: promoção de policial militar falecido em assalto, em virtude de disparo de arma de fogo, durante a folga – Sentença de improcedência mantida, embora com outro fundamento, considerando que a Lei nº 5.451 de 22 de dezembro de 1986, prevê a concessão de benefícios aos militares julgados inválidos ou falecidos em ato de serviço, sendo claro que a referida norma abriga a possibilidade de sua aplicação nos casos em que há o falecimento do policial, e neste ponto, equivocada a sentença recorrida (o fundamento principal da improcedência foi que a previsão originária do § 1º, da

Acesso ao Sumário

Lei nº 5.451, de 22 de dezembro de 1986 não abarcava a hipótese morte), fato que não afasta o decreto de improcedência da ação, mas por outros fundamentos. Ausência de nexo causal com o exercício da função policial – Requisitos da Lei Estadual nº 5.451/86, não preenchidos – Honorários recursais fixados – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de **ação declaratória c.c. obrigação de fazer e cobrança de danos materiais** ajuizada por **Gabrielle Linares Ribeiro Luiz** contra a **Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de São Paulo**, contra a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, e contra a **São Paulo Previdência (SPPREV)**, visando a promoção "***post mortem***" de seu genitor, servidor - **PM Márcio Ribeiro Luiz**, o qual, durante um assalto ocorrido no seu período de férias (em 07/09/2002), veio a falecer em decorrência de 02 disparos de arma de fogo (um na cabeça e outro no peito) efetuados por dois indivíduos.

A r. sentença de fls. 237/241, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação, condenando a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, observada a suspensão do pagamento de tais verbas da exigibilidade em razão dos benefícios da gratuidade da justiça.

Irresignada, apela a autora buscando a reforma do julgado (fls. 146/257). Sustenta que houve equívoco do d. Magistrado que proferiu a sentença, pois, **o fundamento principal da improcedência foi que a previsão originária do § 1º, da Lei nº 5.451, de 22 de dezembro de 1986 não abarcava a hipótese morte**. Porém, entende a apelante que referida norma contempla sim a hipótese. Diz que "*se tratava de mero erro na redação do referido instituto, tanto que o § 3º e o artigo 2º (ambos da redação originária) traziam a previsão morte, determinando que "A promoção e reforma serão precedidas de competente apuração, retroagindo seus efeitos, entretanto, à data da invalides ou morte. Artigo 2º - A pensão devida a beneficiários de contribuinte que vier a falecer em virtude de lesões sofridas em serviço, enfermidade dele decorrente, (vetado) corresponderá aos vencimentos ou proventos integrais de que trata o* § 1º do artigo anterior"*. E, fazendo uma interpretação sistêmica da referida lei, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem jurisprudência consolidada que a previsão originária do § 1º da Lei nº 5.451, de 22 de dezembro de 1986 abarcava a hipótese morte*." (fls. 247/248).

Argumenta que o d. Magistrado "a quo" não reconheceu a interpretação dada pela jurisprudência desta Corte, além de não reconhecer, também, que a atividade policial tem a função de manter a paz e a ordem pública, ininterrupta-

Acesso ao Sumário

mente, além de que, o inquérito policial elaborado sobre os fatos não foi determinante como prova hábil para comprovar que a morte do genitor da autora teve relação com o fato de ele exercer o ofício de policial militar.

A apelante entende que a atividade policial tem sido considerada contínua e ininterrupta, e que o policial sempre se considera em exercício, mesmo fora da escala normal de trabalho. Isto porque a "*Administração Pública determina a atuação dos policiais, mesmo no horário de folga e durante as férias, logo, ocorrendo os sinistros morte e incapacidade os seus direitos não podem ser mitigados, sob pena de enriquecimento ilícito da administração pública*" (fls. 253). Ressalta, ainda, que "*o exercício da atividade de policial traz sob o servidor exercente do cargo o fardo de poder ser assassinado simplesmente pelo fato de ser um policial, seja pelo fato de sua identidade ser descoberta durante a prática de um ato criminoso, seja porque organizações criminosas encomendam mortes de policiais*" (fls. 253).

Assim, **diz ser de rigor o reconhecimento que a atividade policial deve ser considerada contínua e ininterrupta.**

Sobre o caso em si, a apelante alega que, no dia dos fatos, seu genitor e sua família retornavam de um culto religioso quando foram abordados por dois criminosos, os quais "*pela firma como conduziram o ato criminoso antes do assassinado, por exemplo, vistoriando a cintura dele, bem como a parte interna do carro, sem dúvida estes atos denunciaram que eles tinham pleno conhecimento que se tratava de um policial militar e que estavam praticando um crime encomendado. Corrobora tal premissa o fato de os criminosos não terem roubado o dinheiro que o policial militar carregava em seu bolso, bem como os relógios entre outros itens*" (fls. 256). Insiste que "*o histórico de guerra entre o Estado e a facção criminosa denominada PCC que se vivia na época, onde era comum a morte de policiais como retaliação as investidas do Estado contra a facção. E, neste contexto, os criminosos, que eram adolescentes, afirmavam pelo bairro que se "trombassem" com um policial militar, eles "derrubariam"; que o Inquérito Policial Militar, consoante Solução Nº 9 GB – 008/902/02 (fls. 70) apontou fortes indícios de que a motivação da morte do Sr. Márcio (genitor da apelante) estivesse associada ao fato de ele ser Policial Militar, já que a dinâmica dos fatos distanciou-se do que normalmente acontece em casos de roubo, sobretudo, pelo fato de não levarem os relógios das vítimas, o dinheiro portado por elas, quase dois mil reais no total, limitando-se a levarem a pochete do Sr. Márcio, certamente por se trará de um objeto onde geralmente os policiais guardam suas armas*" (fls. 256/257); que a morte do genitor da autora teve relação com o fato de ele exercer o ofício de policial militar, e que a parte requerida não conseguiu comprovar o contrário, ônus que lhe incumbia.

Requer, da forma acima exposta, a condenação da parte apelada na promoção "post mortem" do genitor da autora, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 5.451/86, e, por consequência, a correção do valor da pensão por morte paga

Acesso ao Sumário

à apelante, além do pagamento das diferenças dos valores decorrentes da mencionada promoção, desde a data da concessão da pensão (outubro de 2003), até a data do cumprimento efetivo, valores apurados em liquidação de sentença, Busca, por fim, a inversão do ônus de sucumbência.

O recurso foi respondido (fls. 266/273), oportunidade em que **arguiu a prejudicial de prescrição do fundo de direito**, sob alegação de que os fatos ocorreram em 07/09/2002 e a ação foi proposta apenas em 15/07/2020, quase 18 anos depois.

É o relatório.

Discute-se nos autos o recálculo do benefício da pensão por morte, recebida pela autora, em decorrência de *promoção "post mortem"* de policial militar, a qual pretende ver aqui reconhecida.

A apelante alega que o ex-PM, em 07/09/2002, veio a falecer, porque, **quando em férias, foi vítima de assalto, e foi baleado.** Porém, nos termos da **Portaria de Sindicância nº 9GB-008/902/02** (fls. 45/68 e fls. 183/194), e do **Ofício nº SECCOM-170/20** (fls. 195/199), ele não foi graduado, "post mortem", ao posto imediatamente superior, como determinam os artigos 1º, § 1º e 3º e Artigo 2º, da Lei 5.451/86.

Inicialmente, **não há que se falar na ocorrência de prescrição**, pois, a autora, nascida em 02/08/1999 (fls. 25/27 e fls. 37), possuía, à época da morte do genitor, 3 anos de idade. Como é cediço**, a prescrição** não corre contra os absolutamente incapazes, conforme teor do art. 198 do Código Civil: *Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.*

Dessa forma, e considerando que a prescrição começou a correr apenas em 02/08/2015, data em que a autora completou 16 anos e tornou-se relativamente incapaz, e que a ação somente foi ajuizada em 5/07/2020, fica afastada a alegação de prescrição do fundo de direito.

Sobre o mérito, considerando os riscos inerentes aos quais estão submetidos os policiais, para o bem comum da coletividade, a **Lei nº 5.451 de 22 de dezembro de 1986**, prevê a concessão de benefícios **aos militares julgados inválidos ou falecidos** em ato de serviço, sendo claro que a referida norma abriga a possibilidade de sua aplicação nos casos em que há o falecimento do policial, e neste ponto, **equivocada a sentença recorrida** (o fundamento principal da improcedência foi que a previsão originária do § 1º, da Lei nº 5.451, de 22 de dezembro de 1986 não abarcava a hipótese morte), fato que não afasta o decreto de improcedência da ação, mas por outros fundamentos.

Os **artigos 1º e 2º da Lei n° 5.451/1986** (em sua redação original, *pois as alterações trazidas pela Lei Complementar Estadual nº 1.305, de 20/09/2017*

Acesso ao Sumário

não se aplicam ao caso em estudo, pelo princípio "tempus regit actum", considerando que o fato ocorreu em 2002) -, dispõem *'in verbis'*:

"Artigo 1.º - Os policiais militares julgados definitivamente incapazes para a função policial militar serão reformados com vencimentos integrais de seu posto ou graduação independentemente de seu tempo de serviço.

§ 1º - Se a ***incapacidade resultar de lesão ou enfermidades adquiridos em consequência de exercício de função policial****, o policial militar será promovido ao posto ou graduação imediatamente superior e perceberá, a partir da reforma, vencimentos integrais a que teria direito ao completar 30 (trinta) anos de serviço."* (grifo nosso).

O **art. 1º**, **'caput'**, prevê a reforma com vencimentos integrais da graduação, independentemente do tempo de serviço, dos policiais militares julgados definitivamente incapazes para a função policial militar. O § 1º do **art. 1º**, por sua vez, dispõe sobre a promoção ao posto ou graduação imediatamente superior dos policiais militares julgados definitivamente incapazes para a função, desde que haja nexo de causalidade entre o exercício da função policial e a lesão ou enfermidade incapacitante; neste caso, o policial militar perceberá, a partir da reforma, vencimentos integrais a que teria direito ao completar trinta anos de serviço.

E, a teor do **artigo 2º** do diploma, "*A pensão devida a beneficiários de contribuinte que vier a falecer em virtude de lesão sofrida em serviço, enfermidade dele decorrente, corresponderá aos vencimentos ou proventos integrais de que trata o § 1º do artigo anterior"*

O **Decreto nº 20.218, de 22.12.1982**, (vigente época dos fatos), determina que:

"Artigo 1º - Considera-se acidente em serviço, para todos os efeitos previstos na legislação em vigor, relativos aos componentes da Polícia Militar do Estado, aquele que ocorra com o Policial-Militar quando:

(...) ***no exercício de suas atribuições funcionais, durante o expediente normal, ou, se determinado por autoridade competente, em sua prorrogação ou antecipação****;*

III- ***no cumprimento de ordens emanadas de autoridade competente****;*

§ 1.º O acidente em serviço não descaracterizado pela concorrência ou superveniência de outras causas que contribuam para a morte ou incapacidade do Policial-Militar, desde que entre o acidente e o dano haja relação de causa e efeito."

Destarte, da análise das provas verifica-se que a vítima, à época dos fatos, **não teve conduta em razão da Função Policial**, buscando restabelecer a Ordem Pública na tentativa de prender delinquentes, durante o exercício da função e em cumprimento a ordem superior. De outro lado, não houve prova conclusiva de que o falecido foi reconhecido pelos assaltantes (como sendo policial militar), e que, por este motivo, a morte teria ocorrido.

Acesso ao Sumário

Segundo a **Portaria da Sindicância nº 9GB-008/902/02**, instaurada para apuração dos fatos, em 07/09/2020, o **Soldado PM Márcio Ribeiro Luiz**, de folga e em trajes civis, "ao chegar na residência de sua irmã, sito à Rua Elisa Alves de Jesus, nº 230, bairro Planalto Verde, Ribeirão Preto-SP, juntamente com sua esposa e filhos, foi assaltado por dois meliantes e alvejado com dois tiros, sendo socorrido e pronto pela Vtr. I-03393, vindo a óbito momento depois, na Unidade de Emergência do Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto." (fls. 182).

Ainda, nos termos da Sindicância, após o anúncio do assalto, um dos meliantes adentrou à residência da irmã do policial, enquanto o outro permaneceu na entrada da casa com o PM. "*Que, ato contínuo o mencionado policial militar foi atingido por dois disparos de arma de fogo, sendo um no tórax e o outro na cabeça, vindo a entrar em óbito no local do fato. Que os meliantes se evadiram levando uma pochete do Sd PM MÁRCIO. Que logo em seguida foi efetuada uma operação nas proximidades do local, utilizando- se de várias viaturas, porém, não foi possível localizar os autores do crime. Que no início da operação, a equipe de uma das viaturas avisou dois indivíduos, que ao perceberem a viatura se evadiram adentrando o quintal de uma residência, onde posteriormente foram encontrados a pochete do referido PM, e um revólver calibre 32, municiado com um cartucho, cuja espoleta apresentada dois sinais de percussão, mas conseguiram fugir se embrenhando num matagal lá existente. Que num dos bolsos da calça do citado PM foram encontrado R$ 1.950,00 (um mil novecentos e cinquenta reais) em dinheiro*" (fls. 189).

A decisão administrativa (Sindicância), ao final, foi contrária ao pedido de promoção "post mortem" (fls. 195/199), mediante o seguinte fundamento: *"(...) 17. Conforme é afirmado na inicial, o interessado foi assaltado por dois meliantes e alvejado com dois tiros, vindo a óbito, porém, é precipitada a alegação de que a motivação dos criminosos tenha sido a "função policial-militar" da vítima, pois, aparentemente, não há nenhuma evidência que leve a essa conclusão, nos parecendo que tal conclusão se deu por mera presunção.*

18. De fato nos parece que o homicídio foi praticado de forma violenta e cruel, mas, em que pese ter havido uma investigação, diga-se de passagem, esta também concluiu presumidamente que a motivação do crime teria sido a condição de policial-militar da vítima, não havendo indícios que corroborem esta conclusão, nem mesmo que possa descartar outras circunstâncias que poderiam motivar o crime.

19. Ademais, a narrativa na exordial não denota o interesse do de cujus em tutelar os interesses coletivos, por meio do múnus público, mas sim agir em defesa própria, isto é, em suma reagiu diante de uma situação em que se encontrava como vítima – autodefesa.

20. Não estamos, aqui,, afirmando que o crime tenha ocorrido por este ou por aquele motivo, porém, para a concessão do benefício da promoção nos termos da Lei nº 5.451/86, o exercício da função policial-militar como fator decisivo para o resultado morte deve estar indubitavelmente caracterizado, sob ris-

Acesso ao Sumário

co de se conceder um benefício em desacordo com o espírito da própria norma, que seria a de "premiar" aquele que, ainda que fora de seu turno de serviço, age em defesa da sociedade e acaba por ter sua vida ceifada por meliantes ou torna-se definitivamente incapaz de prosseguir em sua careira, nos casos que resultam a invalidez militar. (...)" (grifos originais).

As testemunhas ouvidas na Sindicância (fls. 64/68) **não afirmaram, com certeza absoluta**, que **Márcio Ribeiro Luiz** foi morto pelos assaltantes depois de se identificar como policial militar, ou mesmo que, indiretamente ele tenha sido identificado como policial pelos meliantes. Embora seja irrelevante para o reconhecimento do direito pra buscado, (**o fato do policial estar de folga e em trajes civis**), é fato que, no caso em comento, **não houve efetivamente comprovado o nexo de causalidade** entre os fatos ocorridos e a atividade policial desenvolvida pelo servidor. Nestes termos, foi a decisão do d. Magistrado "*a quo*":

"(...) A sindicância de fls. 45/70, aliás, não concluiu que o assassinato ocorreu em razão de o pai da autora ser policial militar, embora houvesse indícios nesse sentido (fls. 70), o que não basta para a concessão por mortem.

Nesse sentido:

APELAÇÃO – POLICIAL MILITAR – PROMOÇÃO À CLASSE IMEDIATAMENTE SUPERIOR – ***Instituidor da pensão falecido vítima de homicídio em horários de folga – Ausência de nexo causal com o exercício da função policial – Requisitos da Lei Estadual nº 5.451/86, não preenchidos – Sentença de improcedência mantida – Precedentes desta Eg. Câmara e Corte – Honorários recursais fixados – Recurso não provido*** *(TJSP – Apelação Cível nº 1052274-66.2017.8.26.0053, Relator Des. Rebouças de Carvalho, 9ª Câmara de Direito Público, j, em 26/04/2019). (...)".* (fls. 239/240).

Aparentemente, os indícios declinados no documento de fls. 70, não foram confirmados, e por tal motivo, no mesmo documento, o signatário acentua que decidiu adotar, "in totum", a solução do oficial encarregado do feito. Assim, referido documento, sozinho, não para a reforma da sentença e condenação da ré.

Acesso ao Sumário

A alegação de que o resultado da Sindicância padece de equívocos não está embasada em provas irrefutáveis, consoante determina o art. 373, I, da Lei Processual Civil, incumbindo à parte autora produzir prova quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Importa observar que instaurada a Sindicância devida, afastou-se a possibilidade de promoção ao constatar que o Soldado falecido estava de folga na data dos fatos, e que não há certeza de que a ação orquestrada pelos meliantes se deu em razão do mesmo ser policial militar. A conclusão é a de que o Policial Márcio não morreu "em consequência de exercício de função policial", Daí porque, como a autora não se desincumbiu de seu ônus probatório (art. 373, inciso

I, do CPC), bem deliberou o Juízo "a quo" ao julgar improcedente a pretensão.

Dessa forma, outros fundamentos são dispensáveis diante do que foi deduzido na r. sentença e aqui expressamente adotado, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que assim dispõe: "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Dessa forma, o caso é de manutenção da improcedência da ação, com observação de alteração da fundamentação da sentença, considerando a inexistência de nexo causal entre a morte do genitor da autora e o fato de ele exercer o ofício de policial militar.

Por fim, quanto à verba honorária recursal, necessária a majoração em 2% (dois por cento) sobre o *quantum* já fixado pela r. sentença a ser pago pela apelante, nos termos do art. 85, §11, do CPC de 2015.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, a fim de viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, lembrando ser desnecessária a menção de dispositivos legais para esse efeito, bastando que seja apreciada para ensejar o manejo desses recursos (Súmulas 211 do E. STJ e 282 do E. STF).

Nesse sentido:

"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" (STJ-1ª T., AI 169.073-SP-AgRg, Min. José Delgado, j. 4.6.98, v.u., DJU 17.8.98). No mesmo sentido: RSTJ 148/356, RT 797/332, RJTJESP 115/207, JTJ 349/638 (AP 991.09.051344-5- EDcl)"[1]

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso, mantendo a sentença de improcedência, embora com fundamento distinto.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001578-58.2020.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que são apelantes/apelados (...), P.R.S., R.M.F.S., S.H.L.I.S., R.I.S. e F.F.P.N., é apelado/apelante M.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: deram provimento ao recurso do Município e negaram provimento aos demais recursos

1 Código de Processo Civil e legislação processual em vigor/Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca. – 45ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 708 – Nota 3ª ao artigo 535.

Acesso ao Sumário

dos réus, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.212)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente sem voto), PAULO BARCELLOS GATTI e ANA LIARTE.

São Paulo, 25 de outubro de 2021.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Ação de reintegração de posse – Área pertencente ao Município de Avaré que foi invadida pelos requeridos e posteriormente desocupada após o ajuizamento da demanda **– Extinção do feito sem resolução do mérito pelo juízo de 1º grau – Art. 485, inciso VI, do CPC – Discussão referente à atribuição da sucumbência – Artigo 85, §§ 6º e 10º, do CPC – Fixação da verba honorária que deve pautar-se pelo Princípio da Causalidade – Sentença reformada – Recurso do Município provido, negando-se provimento às demais apelações dos réus.**

VOTO

I – Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada pelo Município de Avaré em face de (...) e outros, por meio da qual o autor pleiteava a reintegração de posse de área pública invadida pelos requeridos, com a fixação de prazo para que "*providenciem, as suas próprias expensas, a retirada do fechamento existente e a sua realocação nas divisas corretas, conforme descritas na Matrícula nº (...)*".

A r. sentença de fls. 228/229, cujo relatório se adota, complementada pela decisão dos embargos de fls. 237, extinguiu o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC, deixando de estabelecer a sucumbência.

Recorre a empresa (...), sustentando a necessidade de fixação dos honorários de sucumbência contra quem deu causa ao processo, consoante o que estabelece o art. 85, §§ 6º e 10º. Pede provimento ao recurso (fls. 241/244).

Também apelam os patronos dos demais requeridos apontando, igualmente, que o Município deveria ter sido condenado ao pagamento de verba honorária, uma vez que deu causa a uma lide desnecessária (fls. 247/254).

Por fim, recorre o Município de Avaré, sustentando que somente após o ajuizamento da demanda é que os requeridos *"contrataram um topógrafo, o qual confirmou a invasão, motivo pelo qual, providenciaram a remoção do*

Acesso ao Sumário

cercamento de chapas metálicas, popularmente chamados de "tapumes"", destacando que os réus reconheceram em suas contestações a ocorrência da invasão da área de sua propriedade, a qual foi locada a terceiro, tendo eles auferido elevados valores por tal locação, de modo que devem ser condenados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios (fls. 267/276).

Recursos regularmente processados e respondidos (fls. 291/299 e 300/317).

É o relatório.

II – Preservado o respeito ao convencimento do MM. Juiz de Direito prolator da r. sentença recorrida, tem-se, "*data venia*", pelo provimento do recurso do Município, negando-se provimento às demais apelações.

No presente caso, conforme admitido pelos requeridos houve ocupação irregular de área pertencente ao Município de Avaré e que, somente depois do ajuizamento da demanda "*procederam com a retirada dos tapumes, e contrataram engenheiro agrimensor para confecção de Levantamento Planimétrico (em anexo) e posterior estabelecimento dos reais marcos divisórios das propriedades*" (em especial fls. 82 e 124).

Ainda que os réus tenham alegado que a demanda era desnecessária e que bastava uma notificação por parte da Municipalidade para que tivessem providenciado a desocupação da área e a retirada dos tapumes, anoto que o ajuizamento da demanda não estava condicionado a tal providência.

Portanto, a conduta dos requeridos de invadirem área pertencente à Municipalidade deu causa ao processo.

Destaco que a sucumbência se subordina ao princípio da causalidade, devendo ser atribuída à parte que deu causa à instauração da demanda.

Com efeito, como observam Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY: *"(...) Pelo princípio da causalidade, aquele que deu casa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. Quando não houver resolução do mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda, se a ação fosse decidida pelo mérito. O fato de, por exemplo, o réu reconhecer o pedido de imediato (CPC 487 III a), ou deixar de contestar tornando-se revel, não o exime do pagamento dos honorários e custas, porque deu causa à propositura da ação (CPC 90). O prazo não pode reverter em dano de quem tinha razão para o instaurar (...)."* (Código de Processo Civil Comentado. 17ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 517)

Acesso ao Sumário

Assim sendo, merece reforma a r. sentença proferida pelo juízo de 1º grau, para atribuir os ônus sucumbenciais aos requeridos, fixados os honorários em R$ 3.000,00 (três mil reais).

III - Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso de apelação do Município de Avaré, consoante especificado, negando provimento aos demais recursos dos réus.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1000248-02.2021.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO, é apelada IZABELLA THAINÃ BATISTA BAPTISTA TORRES.

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 20.566)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente sem voto), ANA LIARTE e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 23 de agosto de 2021.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO DE ASSISTENTE DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO – EDITAL Nº 01/2019 – CONVOCAÇÃO PARA ADMISSÃO – NÃO COMPARECIMENTO DA CANDIDATA POR ESTAR ACOMETIDA DA COVID-19, COM EXPRESSA DETERMINAÇÃO MÉDICA DE ISOLAMENTO SOCIAL – Pretensão mandamental voltada à autorização de ingresso da impetrante ao cargo de assistente de serviços administrativos da Prefeitura Municipal de São Sebastião, sob o fundamento de que a candidata não compareceu à posse porque estava

Acesso ao Sumário

acometida da Covid-19, com expressa determinação médica de isolamento social – Desclassificação da candidata em razão da ausência de comparecimento na data em que foi convocada – De fato, em regra, inexiste a possibilidade de remarcação das etapas de certame público, sob pena de violação ao princípio da isonomia e da impessoalidade – Todavia, a situação peculiar dos autos evidencia a ocorrência de força maior, pois a candidata demonstrou que estava acometida da Covid-19, com necessidade de isolamento social, sob pena de infringir normas de segurança sanitária – Sentença concessiva da segurança mantida. Recursos, oficial e voluntário da Municipalidade, desprovidos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO**, nos autos do "mandado de segurança com pedido de liminar" impetrado pela apelada **IZABELLA THAINÃ BATISTA BAPTISTA TORRES** contra ato dito coator do PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO SEBASTIÃO, em que foi concedida a ordem de segurança pelo Juízo singular para autorizar a impetrante a comparecer no Setor de Admissão da Prefeitura Municipal de São Sebastião, no prazo de 30 dias, para a apresentação e entrega da documentação necessária e, caso verifique a conformidade da documentação com as exigências para posse no cargo, que a autoridade impetrada promova a posse da postulante para assumir o cargo de Assistente de Serviços Administrativos, consoante r. *decisum* de fls. 371/373, cujo relatório se adota.

Irresignado, o Município, em suas razões (fls. 380/387), aduziu a necessidade de reforma da r. sentença, com fundamento no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Sebastião e no edital do certame. Nesta linha, afirmou que os itens 14.8 e 14.9 descrevem que o não cumprimento dos prazos, como o não comparecimento do candidato no prazo estipulado, acarreta a exclusão do indivíduo no concurso público. Ao fim, requereu a reforma do r. *decisum* para fins de denegar a ordem de segurança pretendida no *writ*.

Recurso regularmente processado, livre de preparo, diante da isenção legal conferida à Municipalidade, nos termos do art. 1.007, § 1º, do CPC/2015, desafiando contrarrazões da apelada às fls. 392/397.

Remessa necessária efetivada pelo Magistrado singular (fls. 373), nos termos do art. 14, §1º, da LF nº 12.016/2009.

Acesso ao Sumário

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Insurge a Municipalidade contra a r. sentença de primeiro grau que concedeu a ordem de segurança pleiteada no *writ*, autorizando a impetrante a comparecer no Setor de Admissão da Prefeitura Municipal de São Sebastião, no prazo de 30 dias, para a apresentação e entrega da documentação necessária e, caso verifique a conformidade da documentação com as exigências para posse no cargo, que a autoridade impetrada promova a posse da postulante para assumir o cargo de Assistente de Serviços Administrativos.

Porém, pelo que se depreende do acervo fático-probatório colacionado aos autos, os recursos oficial e voluntário do Município **não** comportam provimento.

In casu, a candidata se inscreveu no **Concurso Público – Edital nº 01/2019** (fls. 20/88 – pp.) da Prefeitura Municipal de São Sebastião para o cargo de *assistente de serviços administrativos*, sendo aprovada e classificada na 97ª posição.

Ocorre que, na etapa de convocação para admissão no cargo público (edital de convocação nº 17 – fls. 291 – pp.), a candidata deveria comparecer no local designado pela Administração entre os dias 05 e 09.10.2020, das 13h30 às 17h, **impreterivelmente**, para tratar de assuntos relativos à admissão. Todavia, **a interessada não compareceu**, infringindo norma expressamente prevista no edital e em lei municipal. Vejamos.

O item 14 do **Edital nº 01/2019** versa sobre a nomeação, *in verbis*:

14. DA NOMEAÇÃO

(...)

14.3. A nomeação dos candidatos será regida pelos preceitos do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Sebastião – Lei Municipal Complementar nº 146/11 e respectivas atualizações.

14.3.1. A nomeação dos aprovados neste concurso público obedecerá à ordem de classificação, observados os critérios de alternância e de proporcionalidade entre a classificação de ampla concorrência e da reserva para as pessoas com deficiência.

14.4. A convocação será realizada por meio publicação no Diário Oficial Eletrônico Municipal (acesso pelo site (endereço eletrônico constante no texto original)) e divulgação no endereço eletrônico (constante no texto original), devendo o candidato apresentar-se à Prefeitura do Município de São Sebastião no prazo estabelecido.

14.5. Os candidatos, no ato da posse, deverão apresentar originais e cópias dos documentos discriminados a seguir: Carteira de Trabalho e Pre-

Acesso ao Sumário

vidência Social (as cópias devem ser das páginas onde está a foto e o número da CTPS, bem como da folha de qualificação civil); Certidão de Nascimento (quando solteiro) ou Casamento (quando casado); Título de Eleitor; Certidão de quitação eleitoral; Certificado de Reservista ou Dispensa de Incorporação, quando do sexo masculino; Cédula de Identidade - RG ou RNE; 1 (uma) foto 3x4 recente e colorida; Inscrição no PIS/PASEP ou declaração de firma anterior, informando não haver feito o cadastro; Cadastro de Pessoa Física - CPF; Comprovante de Residência (emitido há, no máximo, 3 meses da data da apresentação); Comprovantes de escolaridade requeridos pelo cargo; Comprovante do Registro e de regularidade junto ao órgão de fiscalização profissional, se exigido para o cargo; Carteira Nacional de Habilitação - CNH vigente e na categoria exigida na Tabela I do Capítulo

1 deste edital, se for o caso; Certidão de Nascimento dos filhos menores de 14 anos, quando possuir; Caderneta de Vacinação dos filhos menores de 14 anos; Certidão negativa de Distribuições/Antecedentes Criminais da Justiça Comum e Federal (dos últimos 5 anos) com data de emissão de até 60 (sessenta) dias da apresentação; Certidão expedida pelo órgão competente, se o candidato foi servidor público, afirmando que não sofreu qualquer penalidade no desempenho do serviço público; Declaração de bens e valores que constituem o seu patrimônio; caso seja ocupante de outro cargo, emprego ou função pública em qualquer esfera do governo, apresentar declaração constando o nome do cargo, carga horária e horário de trabalho emitida pelo setor competente do órgão; e outras declarações ou documentações necessárias a critério da Prefeitura do Município de São Sebastião.

(...)

14.5.3. Caso haja necessidade, o Município de São Sebastião poderá solicitar outras declarações e documentos complementares.

14.5.4. Não serão aceitos, no ato da posse, protocolos ou cópias dos documentos exigidos. As cópias somente serão aceitas se estiverem acompanhadas do original.

14.6. Obedecida à ordem de classificação, os candidatos convocados e que comprovarem os requisitos mínimos da forma definida neste Edital, serão submetidos a exame-médico, que avaliará sua capacidade física e mental no desempenho das tarefas pertinentes ao cargo a que concorrem.

14.6.1. As decisões do Serviço Médico indicado pelo Município de São Sebastião, de caráter eliminatório para efeito de posse, são soberanas.

14.6.2. O candidato com deficiência, aprovado no concurso, será submetido à perícia médica oficial do Município de São Sebastião.

Acesso ao Sumário

14.7. O não comparecimento ao exame médico/perícia médica oficial do Município, bem como à posse, na data agendada pelo Município de São Sebastião caracterizarão sua desistência e consequente eliminação do concurso.

14.8. O descumprimento de prazos estabelecidos neste Edital e aqueles determinados pelo Município de São Sebastião acarretarão na exclusão do candidato deste concurso.

14.9. O candidato que não comparecer à Prefeitura do Município de São Sebastião, conforme estabelecido no subitem 14.4 e no prazo estipulado pelo Município de São Sebastião ou, ainda, que manifestar sua desistência por escrito **será considerado desclassificado**, perdendo os direitos decorrentes de sua classificação no concurso."

Da mesma forma, o art. 25 da **LCM nº 146/2011** (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Sebastião) estabelece:

Art. 25. O procedimento administrativo, a partir da **convocação** de candidato habilitado obedecerá cronologicamente as seguintes etapas:

I – O candidato habilitado será convocado por edital afixado no Paço Municipal, em lugar de costume, publicação em Jornal local e site oficial, para se apresentar em 05 (cinco) dias úteis.

II – Quando da apresentação do candidato convocado, no prazo improrrogável do inciso I, este assinará o "Termo de Apresentação", quando receberá a relação de providências a cumprir, no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis, prorrogáveis por até igual período a critério da administração.

III – Cumprindo o candidato todas as exigências, no prazo mencionado, será publicada a portaria de nomeação configurando- se o ato do provimento.

(...)

Parágrafo único. O não atendimento de qualquer dos prazos estabelecidos nos incisos deste artigo significará **desistência tácita**, e o **candidato ou nomeado será eliminado da relação de chamada ou terá revogada a portaria de nomeação.**

Com base nesses dispositivos, a Administração Municipal afirma que foi presumida a *desistência tácita* da candidata.

Em contrapartida, aduz a postulante que, em **01.10.2020**, sentindo-se mal, procurou assistência médica em razão do seu quadro de saúde (fls. 294 – pp.), com sintomas suspeitos da Covid-19, de modo que foi aconselhada a permanecer em isolamento social ao menos até obter o resultado dos exames que realizou.

Com efeito, em **05.10.2020**, a candidata foi diagnosticada "POSITIVO

Acesso ao Sumário

(reagente) para Covid-19", tendo recebido orientações sobre o cuidado e zelo da sua saúde, do uso de medicamentos, mas principalmente a ***necessidade de isolamento social*** (fls. 295/296 – pp.), com o objetivo de evitar a propagação da doença.

Em **07.10.2020**, a postulante procurou assistência especializada (pneumologista) para dar continuidade ao seu tratamento, já que evoluiu para o quadro de pneumonia, tendo recebido recomendações expressas para repouso, ministrar a medicação nos horários determinados e **principalmente manter o isolamento social pelo período de 14 dias** (fls. 297 – pp.).

A candidata retornou à Unidade de Saúde em **09.10.2020**, local em que realizou novamente a Testagem da Covid-19, recebendo novas orientações acerca dos cuidados a serem feitos e reiterada a importância de manter o isolamento social (fls. 298 – pp.). E, para sua surpresa, em 13.10.2020, recebeu o resultado de que ainda estava POSITIVO (fls. 299 – pp.).

Ao final do seu tratamento, a paciente recebeu um relatório médico do SUS, informando o histórico da doença a que estava acometida (fls. 300 – pp.).

A interessada afirma que, impossibilitada de comparecer pessoalmente à Divisão de Admissão, tentou reiteradamente contato telefônico com a referida Divisão de Admissão nos dias 08, 09 e 13 de outubro, para expor a sua situação e DEMONSTRAR O SEU INTERESSE NA MANUTENÇÃO DA VAGA, mas **não** obteve êxito nas ligações, pois em contato, nos diversos ramais daquela Divisão, pelos telefones (12) 3891-2154, 3891-2155, 3891-2156, 3891-2157, 3891-2158, 3891-2159, automaticamente escutava a seguinte mensagem "o número chamado está ocupado, tente novamente mais tarde, obrigada".

Ora, finalmente em contato no telefone (12) 3891-2000, a impetrante foi informada pela telefonista que os ramais da Divisão de Admissão estavam com problemas técnicos e que os mesmos estavam impossibilitados de receber ligações. Porém, conseguiu obter o e-mail da Divisão de Admissão.

No próprio dia 13.10.2020, a candidata informou à Divisão de Admissão, **via e-mail** (fls. 301/303 – pp.), que desde o dia 07.10.2020 vem tentando entrar em contato via telefone, porém sem sucesso, e consignou o seu interesse na vaga, postulando se haveria condições de comparecer em 16.10.2020, ocasião em que provavelmente já estaria de alta médica para poder dar continuidade aos trâmites para a sua posse no cargo e que o seu não comparecimento na data estipulada pelo certame deu-se em face do seu contágio da Covid-19, pois além de não estar em plenas condições de saúde física, a mesma estava seguindo as recomendações médicas e sanitárias (ISOLAMENTO SOCIAL) para recuperar-se com eficácia e evitar a propagação do vírus. Todavia, seu pedido foi indeferido pela Administração Municipal, razão pela qual impetrou o presente *writ*.

Com efeito, não se olvide que o concurso público tem como fundamento

Acesso ao Sumário

essencial o ***princípio da impessoalidade*** (art. 37, *caput*, da CF/88), porquanto proporciona iguais condições de concorrência entre os candidatos, sem qualquer grau de preferência subjetiva por parte da Administração Pública.

Acerca do tema, ensina HELY LOPES MEIRELLES:

"(...) o concurso público é o meio técnico posto à disposição da administração para obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da **isonomia**, uma vez que propicia igual oportunidade de acesso aos cargos e empregos públicos a todos os que atendam aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata em lei"[1].

A **regra** constitucional, portanto, não admite qualquer tratamento diverso do conferido aos demais candidatos.

Ocorre que, na peculiar situação dos autos, a necessidade de a candidata permanecer em isolamento social durante o período de 05.10.2020 a 20.10.2020 (fls. 300 pp.), por estar acometida da Covid-19, também é de nítido interesse público, para fins de evitar a propagação da pandemia que assola o cenário mundial.

Na hipótese *sub examine*, a candidata estava impossibilidade de comparecer ao local designado pela Administração **por expressa determinação médica, sob pena de violar normas de segurança sanitárias, inclusive afetando o interesse público, pois colocaria em risco a sua saúde e também a de terceiros.**

É notório que o Brasil, assim como todo o mundo, vem sofrendo com a epidemia do novo coronavírus – Covid-19, elevada a *status* de **pandemia** pela Organização Mundial da Saúde aos 11.03.2020, já tendo afetado diversos países, causando, até o presente momento, mais de 120 milhões de infectados e mais de 2,5 milhões de mortos no mundo[2].

Diante desse cenário, não somente o Brasil, mas todos os demais países têm adotado medidas de precaução e combate ao vírus, visando evitar/frear a sua propagação e proliferação, estando, dentre elas, o **isolamento social** e a restrição à circulação de pessoas e ao exercício de atividades comerciais.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, foi promulgada a **Lei Federal nº 13.979/2020**, que dispõe sobre as medidas para enfretamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, a qual previu, em seu art. 3º, com redação dada pela Medida Provisória nº 926/2020, sobre as medidas que podem ser adotadas pelas autoridades, **no âmbito de suas competências**:

Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, **as autoridades poderão adotar,**

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 22ª ed., 1997, p. 380.

2 Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original).

no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020).

I – **isolamento**;

II – quarentena;

III – determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

III-A – **uso obrigatório de máscaras de proteção individual**; (incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)

IV – estudo ou investigação epidemiológica;

V – exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: (redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020):

a) entrada e saída do País; e (incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal; (incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)

[...]

Registre-se que **não** se trata de um evento comum, do cotidiano, previsível, mas de força maior, extraordinário, estranho à vontade das partes, sem antecedentes na história mundial e de evidente interesse público, não havendo que se falar em quebra da isonomia para proteger o interesse individual da candidata em detrimento dos demais participantes.

Os efeitos da pandemia da Covid-19, causada pelo coronavírus, estão se apresentando na forma de uma crise sem precedentes, com características e efeitos econômicos semelhantes aos das duas grandes guerras do Século XX. Aliás, consigne-se que foram nas grandes guerras que os doutrinadores e os tribunais de todo o mundo se debruçaram na conformação da teoria da imprevisão e dos conceitos de caso fortuito e força maior.

Medidas governamentais drásticas como o fechamento do comércio, interrupção dos transportes públicos, isolamento social e a quarentena ameaçam os negócios e a cadeia logística, levando muitas famílias e empresas a perderem a perspectiva de geração de receita e de caixa.

Segundo o Código Civil, o "caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir." (art. 393, parágrafo único).

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, o caso fortuito ou de força maior existe quando uma determinada ação gera consequências, efeitos imprevisíveis, impossíveis de evitar ou impedir.

Nesse contexto, é plenamente cabível enquadrar a situação da candidata estar acometida pela Covid-19 um evento de força maior, de modo que merece ser tratada como situação excepcional.

Aliás, ainda que a Municipalidade de São Sebastião tenha consignado o desinteresse da candidata porque a mesma só conseguiu contato via e-mail no dia 13.10.20, após 04 dias do vencimento do prazo para admissão, nota-se que, na realidade, a postulante demonstrou vontade e disposição em informar a Prefeitura acerca da sua situação de saúde, pois mesmo acometida de Covid-19, período em que necessitava de repouso, a interessada engrenou esforços para obter contato com o setor responsável pelo certame.

Sabe-se, ainda, da dificuldade de atendimento dos órgãos públicos em geral durante a pandemia, seja pela necessidade da instalação do **home office**, seja em razão da redução do quadro de pessoal em razão da própria contaminação pela Covid-19.

Destarte, levando-se em consideração os documentos anexados aos autos, com destaque para os **laudos médicos** de fls. 297 e 300, que indicam a evolução do quadro da impetrante para pneumonia, ficando impossibilitada de exercer atividades habituais pelo prazo de 20 dias (05.10.2020 a 20.10.2020), bem como para as **informações trazidas pela autoridade coatora** (fls. 315/321 – pp.), no sentido de que a desclassificação da candidata no certame ocorreu pelo não comparecimento na Administração no prazo estipulado, verifica-se a ocorrência de ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade.

Em suma, os documentos juntados no *mandamus* comprovam incoerência e ilegalidade do Poder Público Municipal em excluir a interessada do concurso por obedecer às normas de segurança sanitárias impostas pelo Governo, inclusive em âmbito municipal (medidas de isolamento social, principalmente para pessoas que apresentam sintomas da Covid-19, quiçá daquelas que testaram positivo).

Acesso ao Sumário

Destarte, em que pese o esforço argumentativo do Município, certo é que existem elementos de informação suficientes que demonstram a ilegalidade do ato administrativo que excluiu a candidata do certame, sendo de rigor a concessão da segurança, no sentido de autorizar a candidata a comparecer no Setor de Admissão da Prefeitura Municipal de São Sebastião e dar seguimento ao seu processo de contratação.

Em suma, mantém-se a r. sentença concessiva da segurança, tal como lançada.

Por fim, consigne-se ser descabida a fixação de honorários advocatícios

sucumbenciais (**inclusive aqueles destinados à fase recursal – art. 85,** §11, do CPC/2015), em razão do disposto no art. 25, da Lei nº 12.016/2009 e **Enunciado nº** 512, da Súmula do Excelso Pretório.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos, oficial e voluntário da Municipalidade, de modo a **MANTER** a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1006104-46.2021.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado AUTO POSTO LEQUE LTDA.

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 apelo e ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.744)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Remessa Necessária e Apelação Cível – Mandado de Segurança – Município de Santo André – Postos de combustíveis e lojas de conveniência – Decreto Municipal que restringiu o horário de funcionamento de sobreditos estabelecimentos – Alegação de perda superveniente do interesse recursal – Edição de novo decreto, com ampliação do horário de funcionamento – Decreto que, embora ampliativo, ainda prevê restrições ao horário de funcionamento – Subsistência do interesse recursal – Preliminar afastada – Pretensão à primazia da normativa municipal no concernente às restrições referentes ao horário de funcionamento dos postos de combustíveis, em razão da pandemia – Normas federais e estaduais que estabelecem a essencialidade do serviço prestado pelo impetrante, sem dispor sobre restrições – Necessidade de se ponderar

Acesso ao Sumário

qual o direito deve prevalecer, diante da colisão de interesses, mormente quando se trata de competência concorrente – Prevalência das regras que melhor possam contribuir para o resguardo da saúde pública – Interpretação, ademais, que deve levar em conta a coordenação das normas, que refletem a articulação dos poderes e instâncias governamentais no enfrentamento da pandemia – Segurança parcialmente concedida – Sentença mantida – Reexame necessário e apelação aos quais se nega provimento.

VOTO

Remessa necessária e apelação cível manejada pelo **Município de Santo André** nos autos de mandado de segurança impetrado por **Auto Posto Leque Ltda**., os quais tramitaram na 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Santo André, cuja segurança foi **parcialmente concedida** para assegurar ao impetrante o direito de permanecer em funcionamento, tão-somente para exploração de atividades de comercialização de combustíveis e outros derivados, todos os dias da semana, sem restrições e limitações de horários prescritos no **Decreto Municipal nº 17.655/2021** (e nos que o antecederam), conforme alvará de funcionamento e **Resolução Federal da ANP**, mantendo, contudo, restrição regulamentar no que concerne à loja de conveniência.

Vindica o apelante a desconstituição do julgado, arguindo, preliminarmente, a superveniência de *ausência de interesse processual*, eis que com a edição do **Decreto Municipal nº 17.688/2021**, em 28/05/2021, foi prorrogado o prazo previsto no **Decreto Municipal nº 17.685/21**, ampliando o período de funcionamento dos estabelecimentos destinados às atividades essenciais, tais como postos de combustíveis e lojas de conveniência, razão pela qual impõe-se a extinção do feito.

Caso superada a preliminar, aduz que a sentença não deve prevalecer, pois editada em desacordo com legislação vigente, contrariando, outrossim, a **Súmula Vinculante nº 38**, do **E. STF**. Ressalta estarem os decretos municipais que amparam o ato vergastado em consonância com a **Resolução nº 812 da ANP**, que permite que postos de combustíveis permaneçam abertos até às 22 horas. Ademais, referidas normas municipais também mostram-se em conformidade com o Decreto Estadual que instituiu a Fase de Transição do Plano São Paulo, **pelo qual não se estabeleceu** (o que também não teria sido feito pela **Lei Federal nº 13.979/2020**, regulamentada pelo **Decreto federal nº 10.282/20** e, posteriormente, pelo **Decreto nº 10.202/21**) **horário ilimitado para o exercício das atividades essenciais**, tão-somente disciplinando quais seriam as atividades consideradas essenciais que não se sujeitariam à quarentena.

Acesso ao Sumário

Acena ser dos municípios a competência para fixação de horários de estabelecimento comercial, consoante previsão constitucional, entendimento consagrado na **súmula vinculante nº 38.**

Refuta tese encampada nos fundamentos da sentença, que afasta a incidência da competência legislativa concorrente, o que teria sido reconhecido pelo **STF**. Questiona a contraposição entre o direito individual da livre exploração da atividade econômica e o direito à vida e saúde pública. Por fim, ressalta que nos termos do **art. 30**, **I**, da **CRFB**, detém competência para legislar sobre assuntos de **interesse local**, razão pela qual pretende a denegação da segurança.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado (fls. 170/176).

Tal, em abreviado, o relatório.

Reexame mandatório, por imperativo do **artigo 14**, §1º, da **Lei 12.016/2009**.

Trata-se na origem de mandado de segurança, com pedido de tutela de urgência, impetrado por **Auto Posto Leque Ltda**. contra ato praticado pelo **Prefeito do Município de Santo André**, no qual alegou-se, em breve síntese, que o **Decreto Municipal nº 17.626**, de **18 de março de 2021** restringiu o horário de funcionamento dos postos de combustíveis e lojas de conveniência até às 19h. O impetrante ressalta que tal limitação não encontra eco nas normas federais (**Lei Federal nº 13.979/2020**, que dispôs medidas para o enfrentamento da questão da saúde púbica decorrente da pandemia, regulamentada pelo **Decreto 10.292/2020**, que substituiu o **Decreto 10.282/2020**) e estaduais (**Decreto nº 64.881/2020** e, posteriormente, o **Decreto nº 65.563/2021**, que instituiu a fase emergencial do **Plano São Paulo**), estatuídas para disciplinar as medidas de contenção à pandemia do Covid-19, até porque postos de gasolina e lojas de conveniência foram consideradas **atividades essenciais**, não se submetendo, destarte, à restrição de horário de funcionamento. Postulava, assim, concessão de liminar para que a autoridade coatora se abstivesse de limitar o horário de funcionamento do posto de combustíveis e loja de conveniência.

Foi deferida, em parte, a liminar requerida, tão-somente para assegurar ao impetrante o direito de permanecer em funcionamento, todos os dias da semana, sem restrições ou limitações de horários, não estendido o mesmo benefício à loja de conveniência, que devia manter-se adstrita às restrições municipais (fls. 67/68).

Após regular processamento, sobreveio, por fim, sentença concessiva da segurança, em parte, (fls. 122/124), à qual insurge o apelante.

Cumpre, a *priori*, **afastar** a preliminar de perda de interesse superveniente, em razão da edição de novo decreto municipal que teria reduzido as restrições impostas aos postos de combustíveis, no que tange ao horário de funcionamento dos estabelecimentos.

Acesso ao Sumário

Consoante se verifica, o **Decreto nº 17.646/2021**, foi realmente revogado, com a edição de sucessivos decretos (**Decreto Municipal nº 17.685/21**, que deveria viger até 14 de junho de 2021, e que havia determinado que as atividades essenciais poderiam manter-se abertas até às 22h, **Decreto Municipal nº 17.688/21**, que prorrogou o **Decreto nº 17.685**). Contudo, as normas que os substituem e sucedem **continuam prevendo restrições ao horário de funcionamento aos postos de gasolina e às lojas de conveniência**, motivo pelo qual **subsiste o interesse recursal** questionado.

No que tange ao mérito, em que pese aos argumentos gizados pelo apelante, o recurso **não comporta acolheita.**

Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade dos estabelecimentos da impetrante – posto de combustíveis e loja de conveniência – funcionarem comercialmente fora dos horários estabelecidos nos recentes Decretos Municipais editados com vistas à adoção de medidas de enfrentamento à pandemia do COVID-19.

É certo que a **Constituição Federal** atribuiu aos Municípios competência para legislar sobre os assuntos de interesse local em seu **art. 30**, **inciso I**:

> **Art. 30. Compete aos Municípios:**
>
> **I - legislar sobre assuntos de interesse local;**
>
> **II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;**
>
> **III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;**
>
> **IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;**
>
> **V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;**
>
> **VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;**
>
> **VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;**
>
> **VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;**
>
> **VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;**
>
> **IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.**

Acesso ao Sumário

Nesse ponto, o próprio Supremo Tribunal Federal, mediante a edição da **Súmula Vinculante nº 38** e Súmula 645, possui entendimento assente sobre a

questão, dispondo que é competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial, em face do interesse local.

> ***Súmula nº 645:*** "É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial."
>
> ***Súmula Vinculante nº 38:*** "É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial."

Consoante preleciona **HELY LOPES MEIRELLES**: "*O que define e caracteriza o 'interesse local', inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.*" ("Direito Municipal Brasileiro", 17ª ed., Ed. Malheiros, p.111/112).

É justamente neste "*conflito de interesses*" (conquanto o contexto fático subjacente à questão jurídica demande estratégias politicas coordenadas, o que faz soar estranho a ideia de dissenso sobre a organização das atividades, ainda que envolvendo diferentes esferas de governo), como acima consignado, que reside a resolução da causa.

De se notar que, em razão da decretação, pela Organização Mundial de Saúde - OMS, em 11 de março de 2020, da pandemia mundial do COVID-19, e como forma de conter os impactos do alastramento da moléstia e minimizar as consequências, em todos os setores, advindas da situação global, os entes públicos trataram de estabelecer medidas de enfrentamento ao problema, com vistas, notadamente, a preservar a saúde pública, gerenciando, assim, a crise sanitária e, posteriormente, econômica, que se instalou.

Desta feita, o governo federal promulgou a **Lei nº 13.979/2020**, dispondo sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública internacional decorrente do coronavírus, que expressamente previu, no **art. 3º**, **incisos I** e **II**[1], a possibilidade da instituição do isolamento e da quarentena, determinando, ademais, nos **parágrafos 9º** e **10**[2], regras relativas ao abastecimento de produtos e funcionamento dos serviços públicos e atividades consideradas essenciais.

De se notar, assim, e de acordo com o § 10 do **art. 3º**, da **Lei nº 13.979/2020**, que qualquer medida restritiva a ser tomada em relação aos serviços considerados essenciais, somente poderiam ser envidadas caso houvesse **prévia articula-**

1 Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: **(Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)**

I - isolamento;

II - quarentena;

2 § 9º A adoção das medidas previstas neste artigo deverá resguardar o abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais, assim definidos em decreto da respectiva autoridade federativa. **(Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020).**

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do **caput**, observado o disposto nos incisos I e II do § 6º-B deste artigo, quando afetarem a execução de serviços públicos e de atividades essenciais, inclusive os regulados, concedidos ou autorizados, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que haja articulação prévia com o órgão regulador ou o poder concedente ou autorizador. **(Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020).**

ção entre o órgão regulador e o poder concedente ou autorizador.

Para regulamentar mencionada lei, no que tange à definição dos serviços públicos e das atividades consideradas essenciais, foi editado o **Decreto nº 10.282/2020**, que, no **art. 3º**, estabeleceu quais seriam os serviços considerados essenciais:

> Art. 3º As medidas previstas na **Lei nº 13.979, de 2020**, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º.
>
> § 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como:
>
> (...)
>
> XXVII - produção de petróleo e produção, distribuição e comercialização de combustíveis, biocombustíveis, gás liquefeito de petróleo e demais derivados de petróleo; **(Redação dada pelo Decreto nº 10.329, de 2020).**

A **Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP**, ao definir procedimentos a serem adotados por agentes por si regulados, enquanto durarem as medidas temporárias de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (Covid-19) estabelecidas pelos Estados e Municípios da Federação, previu que "*os revendedores varejistas de combustíveis automotivos deverão funcionar, no mínimo, de segunda-feira a sábado, das 7:00 às 19:00 horas, com base no art. 22, inciso XI, da Resolução ANP nº 41, de 5 de novembro de 2013*" (**Resolução nº 812/2020, art. 5º**).

Em âmbito estadual, o Governo do Estado de São Paulo promulgou o **Decreto nº 64.881/2020**, instituindo a quarentena no Estado. Referido diploma dispõe que "*as restrições de atendimento presencial ao público não se aplicavam a estabelecimentos que tenham por objeto atividades essenciais, dentre essas, os postos de combustíveis"* (**art. 2º,§ 1º, "3"**).

Acesso ao Sumário

Posteriormente, foi editado o **Plano São Paulo**, propondo a "*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*" (**art. 2º**, ***caput***, do **Decreto nº 64.994/2020**), mantidas as disposições sobre a quarentena impostas pelo **Decreto 64.881/2020** (vigente até a presente data).

Verifica-se, então, que tanto a União quanto o Estado de São Paulo, expressamente estabeleceram a **essencialidade do comércio de combustíveis**, inibindo restrições ao horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais dedicados a tal atividade (eminentemente, postos de combustíveis).

Desta forma, e sem menosprezo à competência do Município para legislar sobre assunto de interesse local, conforme gizado no **art. 30**, **I**, da **CRFB**, verifica-se que a questão é mais complexa e abrangente que a mera regulação dos horários de postos de combustíveis; antes, é inequivocamente matéria ínsita à **saúde pública** e, por consequência, à vida. Vale apontar que o direito à liberdade econômica e à livre iniciativa, bem como a exploração de atividade comercial, conquanto consagrados constitucionalmente, como se infere do **art. 170**, da **CRFB**, devem harmonizar-se com as demais garantias constitucionais sob a ótica da *razoabilidade*. Há que se fazer um juízo de ponderação ante a colisão de direitos fundamentais, de forma a eleger aquele que protege direitos mais prementes, mais caros à condição humana, à uma existência digna.

Sendo, assim, o tema em tela **questão afeta** à saúde, impõe-se o reconhecimento da *competência concorrente entre União, Estados e Municípios*, cabendo a estes últimos, justamente, estabelecer regras de índole local e de caráter suplementar que, contudo, não colidam com normas de mais alta hierarquia e, ademais, que estejam em coordenação com outras normativas incidentes à situação, de forma a viabilizar a plena orquestração das ações políticas, nas diversas e escalonadas instâncias, na área da saúde, e, em mais ampla medida, **melhor preservar o direito constitucional à saúde de todos**.

Desta forma, e como bem observou o magistrado *a quo*, na sentença que não merece reparos:

"(...) diante do estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavirus (Covid-19), as atividades de comercialização de combustíveis, gás liquefeito de petróleo e demais derivados do petróleo, são essenciais à garantia do pleno funcionamento das cadeias produtivas de alimentos e bebidas, assegurando o abastecimento e a segurança alimentar da população.

Sendo assim, ainda que se considere a excepcionalidade do momento atual e o inegável intuito da autoridade impetrada de refrear o alastramento desmesurado da epidemia, a restrição e limitação de horários ao impetrante, nos moldes em que veiculadas pelos sucessivos Decretos Municipais, restringem a prestação de serviço essencial de modo mais gravoso do que o regulado pelo setor, caracterizando violação à garantia constitucional de proteção ao direito à saúde e à segurança do cidadão.

No mais, a restrição imposta pelo Município não encontra equivalência nas normas estaduais pertinentes ao tema serviços essenciais" (fls. 123).

Neste sentido tem se norteado a jurisprudência desta **C. Corte**:

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração por posto de gasolina do Município de Santo André contra a suspensão do atendimento presencial ao público após às **19:00 horas por força do Decreto Municipal 17.626/21. Alegação de perda do objeto da ação. Inocorrência. Em que pese a revogação dos decretos municipais impugnados na presente demanda, os decretos supervenientes mantêm a restri-**

Acesso ao Sumário

ção do horário de funcionamento do posto de combustível. O atual Decreto Municipal 17.718/21 permite o atendimento ao público até às 23:00. Inexistência de perda superveniente do objeto da ação. Preliminar afastada. MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão de prevalência da legislação municipal quanto às restrições impostas ao combate da pandemia. Impossibilidade. As legislações federal e estadual não restringem o horário de funcionamento das atividades consideradas essenciais. O serviço prestado pelo impetrante é essencial para toda a coletividade, não apenas aos residentes do Município. Falta de razoabilidade em negar o funcionamento do posto de combustíveis, restringindo indevidamente atividade considerada essencial. Concessão parcial da segurança mantida. Reexame necessário e recurso voluntário improvidos. (TJSP, Apelação Cível nº 1006128-74.2021.8.26.0554, 2ª Câm. De Direito Público, rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi, j. 27.07.2021).

RECURSOS DE APELAÇÃO E *EX OFFICIO* EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. PRELIMINAR. PROCESSO CIVIL. PERDA DO OBJETO. Embora editado novo decreto ampliando o horário de funcionamento, a causa de pedir persiste, já que se pretende o funcionamento ininterrupto dos serviços de abastecimento de veículos. 2. RESTRIÇÃO DE HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. ATIVIDADE ESSENCIAL. POSTO DE GASOLINA. MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ. PANDEMIA DE COVID-19. A atividade de abastecimento de veículos é considerada essencial, de modo que não deve sofrer restrição no horário de funcionamento, até porque diversas pessoas demandam este serviço no horário noturno, principalmente aqueles que trabalham na linha de frente do combate à pandemia. Ademais, a restrição de horário de serviço essencial pode causar a aglomeração indesejada de pessoas, o que colide com o que ser pretende buscar. 3. Sentença de parcial concessão da ordem mantida. Recursos desprovidos. (TJSP, Apelação/Remessa Necessária nº 1006018-75.2021.8.26.0554, 5ª Câm. De Direito Público, rel. Des. Marcelo Martins Berthe, j. 31.07.2021).

Por todo o exposto, e afastada a preliminar, impõe- se a mantença da sentença, roborados os fundamentos ali pontuados.

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento serão realizados por meio de sessão virtual permanente.

Postas tais premissas, por meu voto, **nega-se provimento** ao recurso e ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1003934-18.2020.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ALAN IBN CHAHRUR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.583)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), ISABEL COGAN e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 3 de setembro de 2021.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE INJUNÇÃO – Professor de educação básica PEB II. Pretensão à avaliação prática de seus indicadores profissionais, para fins de evolução funcional, na modalidade de memorial (o art.1º, do Decreto Estadual nº 60.650/2014 e Decreto Estadual nº 55.217/2009), obstada pela administração sob a justificativa de ausência de regulamentação da matéria.

Impetrante que já havia buscado tutela jurisdicional perante o JEFAZ e teve sua demanda extinta, por inadequação da via eleita, tendo sido indicado na sentença se tratar de caso de mandado de injunção, remédio constitucional incompatível com o rito dos Juizados Especiais.

PRETENSÃO AO PREENCHIMENTO DE LACUNA LEGISLATIVA – Cabimento – Lacuna que obsta a sua progressão funcional, em ofensa ao artigo 206, V, da Constituição Federal.

R. sentença concessiva da ordem, com determinação de que no descumprimento do prazo seja processada a avaliação dos indicadores profissionais do impetrante, consoante os princípios gerais estabelecidos pelo Decreto Estadual nº 60.650/2014 – Mantida.

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de injunção impetrado por **ALAN IBN CHAHRUR** em face de omissão atribuída à **COORDENADORIA GERAL DE RECURSOS HUMANOS - C.G.R.H e SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO**. A fim de evitar repetições, transcrevo o relatório e dispositivo da r. sentença de fls. 80/82 prolatada em 23.07.2020 pelo Juízo "a quo", *verbis*:

"Vistos.

Pleiteou o impetrante, em síntese, a procedência de sua pretensão inicial, no sentido de ser concedida a ordem de injunção para determinar o prazo de 30 dias para que a autoridade impetrada promova a regulamentação do processo de avaliação prática, por meio de memorial, nos termos da Lei Complementar Estadual nº 1097/2009 e Decreto Estadual nº 60.650/2014, com o consequente processamento do requerimento de sua evolução, com efeitos retroativos à data do protocolo da requisição, bem como promova a sua imediata promoção funcional, nos termos da lei, caso o Poder Público deixe de promover a regulamentação do processo de avaliação prática no prazo anteriormente determinado e, subsidiariamente, caso não se entenda pela promoção, mesmo em face do eventual descumprimento do prazo fixado para regulamentação da avaliação, requer que ao menos seja determinado o processamento da avaliação dos seus indicadores profissionais, consoante os princípios gerais do Decreto Estadual nº 60.650/2014, a fim de não privilegiar indefinidamente a inércia do Poder Público.

Em informações, a autoridade impetrada arguiu a carência de ação, defendendo o não cabimento do mandado de injunção; no mérito, afirmou que não há mora legislativa e que o direito invocado pelo impetrante não se insere no rol daqueles que autorizam a impetração do mandado de injunção.

O Estado de São Paulo foi admitido como assistente litisconsorcial do impetrado.

Instado a se manifestar, o representante do Ministério Público declinou de intervir no feito.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

(...)

Diante do exposto e pelo mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial e, consequentemente, JULGO EXTINTO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, forte no

Acesso ao Sumário

artigo 487, inciso I, do CPC, fazendo-o para CONCEDER a ORDEM pleiteada pelo impetrante, DETERMINANDO à autoridade impetrada, que no prazo de 120 (cento e vinte) dias, promova a regulamentação do processo de avaliação prática, por meio de memorial, nos termos da Lei Complementar Estadual 1097/2009, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 60.650/2014, com o consequente processamento do requerimento de evolução do impetrante, com efeitos retroativos à data do protocolo.

Em caso de descumprimento do prazo concedido para a regulamentação, DETERMINO que seja processada a avaliação dos indicadores profissionais do impetrante, consoante os princípios gerais estabelecidos pelo Decreto Estadual nº 60.650/2014.

Sem sucumbência, incabível em mandado de injunção.

P.R.I.C."

Apela a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO (fls. 93/102), aduzindo, em síntese, que: a) deve ser reconhecida a **incompetência absoluta do MM Juízo "a quo"** eis que a autoridade coatora estadual apontada pelo impetrante (Coordenador Geral de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Saúde) tem sede de exercício na capital, não podendo a causa ser julgada pelo Juízo da comarca de Jaú (incompetência absoluta). À vista disso os autos deveriam ter sido encaminhados a uma das Varas da Fazenda Pública da capital; b) **ausência de capacidade postulatória** eis que o impetrante está advogando em causa própria. Ocorre que, na condição de servidor público estadual, está impedido de exercer a advocacia contra a Fazenda Pública Estadual, a teor do disposto no art. 30, I da Lei nº 8.906/94; c) **inadequação da via eleita** eis que no caso vertente, a pretensão deduzida não está relacionada com o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, por isso que não tem cabimento o mandado de injunção; d) não houve qualquer omissão estatal, pois a questão já poderia ser resolvida com base na Lei Complementar Estadual nº 1.097/09 e Decreto nº 55.217/09, com a redação dada pelo Decreto 60.650/2014.

Requer o *"(...) provimento do presente recurso para anular a sentença, reconhecida a competência absoluta de uma das Varas da Fazenda Pública da Capital, ou, então, para reformá-la, com a extinção do processo sem resolução do mérito, com base nos artigos 30, I da Lei nº 8.906/94, 6º da Lei 13.300/16 e 485, I, IV ou VI do Código de Processo Civil, nos termos das preliminares suscitadas, ou, ainda, para denegar a ordem em razão da inexistência de inércia legislativa."* (fls. 102).

Recurso tempestivo, desnecessário o preparo, acompanhado de contrarrazões, nas quais o impetrante sustenta a intempestividade do recurso da FESP (fls. 106/119).

Acesso ao Sumário

Parecer da D. Procuradoria de Justiça pela manutenção da r. sentença concessiva da Ordem (fls. 140/142).

É o relatório.

A r. sentença foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, e é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

Afasto a preliminar de intempestividade do recurso de apelação do impetrado eis que conforme a certidão de fls. 92 apontando que "e*m razão de falha operacional do sistema SAJ não houve intimação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo acerca da r. Sentença de fls. 80/82. Tal inconsistência de verifica em razão de inexistir nos autos certidão de decurso do prazo de leitura da intimação eletrônica, embora haja certidão de remessa – fls. 88 – para o portal da eletrônico da Fazenda. Assim, verificada essa situação, efetuei nesta data – fls. 91 –* ***nova tentativa de intimação da Fazenda acerca da referida sentença. Nada Mais. Jaú, 13 de janeiro de 2021.***". Em assim sendo, tempestivo o recurso de fls. 93/101 protocolado aos 23.02.2021 (consultado perante sistema eletrônico "SAJ").

Afasto a preliminar de ausência de capacidade postulatória do impetrante, eis que este, servidor público concursado e advogado, não está exercendo propriamente atividade exclusiva da advocacia pois impetrou remédio constitucional em nome próprio.

Como bem apontado no parecer da D. Procuradoria de Justiça, *verbis*:

"(...) No que diz respeito à irregularidade da representação processual, pois a apelante afirma pela impossibilidade do autor exercer a advocacia contra o Estado, por ser ele servidor público, tal premissa não é válida para o caso em questão.

Acontece que ***o impetrante, ora apelado, veio a impetrar o mandado de injunção em nome próprio, não exercendo assim, a advocacia nos termos a que refere-se o texto legal.***

Assim sendo, não vislumbro óbice legal." **(fls. 141).**

Afasto a preliminar de incompetência do Juízo de Jaú/SP eis que a impetração é claramente direcionada ao Estado de São Paulo (fls. 01), a quem recairá o ônus de cumprir a ordem.

Anoto que também neste ponto há concordância da D. Procuradoria de Justiça, *verbis*:

"(...) A alegação da recorrente concernente à incompetência absoluta do juízo, deve ser entendida com reserva, eis que, embora a autoridade impetrada tenha sua sede funcional na comarca de São Paulo, não é menos verdade, que a ação mandamental direciona-se ao Estado de São Paulo, sobre o qual, em última análise, recairá o ônus da ordem.

Assim sendo, aplicável ao caso concreto, a legislação mencionada pelo

apelado nas suas contrarrazões de recurso." (fls. 141).

A preliminar de inadequação da via eleita confunde-se com o mérito e com ele será analisada, mas adianta-se que a via adequada para sanar omissão legislativa que tolhe direito constitucionalmente garantido é mesmo a presente, e é valido relembrar que o impetrante que já havia buscado tutela jurisdicional perante ao JEFAZ e teve lá sua demanda extinta por inadequação da via eleita, tendo sido indicado na r. sentença lá proferida, trata-se de caso de mandado de injunção, remédio constitucional incompatível com o rito dos Juizados Especiais (fls. 23/24).

Afastadas as preliminares, passo à análise do mérito.

O Mandado de Injunção é remédio constitucional disciplinado no artigo 5º, LXXI, que assim dispõe: "*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a* ***falta de norma regulamentadora*** *torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*."

Segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello em seu Curso de Direito Administrativo (Malheiros, São Paulo, 2014, 14ª ED – fls. 983) "*O mandado de injunção, previsto no inciso LXXI do mesmo artigo, é a medida hábil para que o postulante obtenha, em um específico caso concreto (e estritamente para ele), mediante suprimento judicial, a disciplina necessária indispensável ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, frustrados pela ausência de norma regulamentadora, cuja falta esteja a inviabilizar-lhes o exercício. Tal instituto apresenta-se como um meio de* ***controle da inércia do Poder Público em expedir as regras necessárias, obviando obstáculos decorrentes de sua omissão, quando a norma faltante seja uma lei ou regulamento nela presumido***."

Verifico que no caso presente a r. sentença concessiva da ordem deve ser mantida. Isto porque os elementos de prova trazidos pelo impetrante demonstraram a inequívoca omissão normativa a lhe tolher direito garantido constitucionalmente.

A pretensão do impetrante visa a compelir a autoridade impetrada a promova a regulamentação do **processo de avaliação prática do impetrante, por meio de memorial**, nos termos da Lei Complementar nº 1097/2009, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 60.650/2014, com o consequente processamento do requerimento de evolução deste, com efeitos retroativos à data do protocolo.

O direito constitucionalmente tolhido pela omissão em questão, no presente caso, é aquele garantido no artigo 206, V, da Constituição Federal, qual seja, *verbis*:

" Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

Acesso ao Sumário

*V - **valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira**, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;"*

Em outros dizeres, trata-se de lacuna a impedir a **progressão funcional de profissional da Educação**, tema que, como visto, foi elevado à questão de dignidade constitucional.

O impetrante demonstrou cabalmente a omissão em questão, trazendo duas negativas administrativas da Secretaria do Estado da Educação a seu pedido de promoção por memorial, ambos ao argumento de **ausência de regulamentação** (fls. 21 e 22).

O MM Juízo "a quo" com razão aduziu em seus fundamentos estar evidente a omissão regulamentar a obstar a progressão funcional do ora impetrante, merecendo transcrição seus bem lançados argumentos, *verbis*:

"Passo ao exame do mérito.

A Lei Complementar nº 1097/2009 instituiu o Sistema de Promoção para os integrante do Quadro do Magistério da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, regulamentada pelo Decreto nº 55.217/2009, alterado pelo Decreto nº 60.650/2014.

E conquanto o impetrado tenha demonstrado que deflagrou a abertura de avaliação teórica de conhecimentos específicos no ano de 2018, é de se notar que nos termos do artigo 2º, § 1º, da vigente redação do Decreto nº 55.217/2009, ao servidor será dado o direito à opção pela avaliação teórica ou pela avaliação prática.

E no caso dos autos, o impetrante optou expressamente pela avaliação prática, a ser realizada por memorial.

Ocorre que a autoridade impetrada indeferiu sua pretensão ao argumento de ausência de regulamentação, o que de fato se evidenciou.

Ora, nos termos do Decreto acima referido, a avaliação em questão depende de edição de regulamento, tendo o diploma se limitado a tecer regras gerais para a avaliação prática, sem descer às minúcias, o que foi relegado justamente ao regulamento ...

*Nesse diapasão, forçoso se torna reconhecer que **a omissão quanto à regulamentação da avaliação prática, a toda evidência, está tolhendo do impetrante a oportunidade de promoção função, não obstante o texto constitucional lhe assegure esse direito.***

De rigor, destarte, a concessão da ordem, a fim de ser colmatada a lacuna regulamentadora deixada pela impetrada. Entrementes, o prazo de 30 dias se mostra assaz exíguo, notadamente em tempos de pandemia.

Razoável, portanto, a concessão de 120 dias para que sejam adotadas as providências cabíveis à regulamentação ora determinada.

E não havendo regulamentação, não reputo razoável a imediata promoção funcional do impetrante sem que seja submetido a qualquer avalia-

Acesso ao Sumário

ção.

Reputo razoável, entrementes, que seu pedido de promoção seja avaliado consoante os princípios gerais estabelecidos pelo Decreto Estadual nº 60.650/2014." (fls. 81 – grifei).

A D. Procuradoria de Justiça concordou com o deslinde do feito, em esmerado parecer do Exmo. Procurador de Justiça Newton Maia Filho, *verbis*:

"Quanto ao argumento da inexistência de omissão legislativa, vale dizer que ***o próprio órgão setorial, (ofício fls. 21), reconhece, expressamente, a ausência de regulamento para o fim de implementação do processo de promoção, ou seja, admite não existir suporte legal apto a dar início ao processo de avaliação.***

Quanto ao mérito propriamente dito, a presente ação mandamental de injunção, procura apenas, obter a ordem de avaliação funcional do impetrante, com vista sua promoção funcional, face a lacuna legal mencionada, que impede o reconhecimento ***de um direito apregoado na Constituição Federal, no artigo 206, inciso V.***

No mais, reporto-me aos fundamentos expostos na r. sentença, opinando assim, pelo improvimento do recurso." (fls. 141)

Destaco que mandados de injunção visando sanar lacunas regulamentares inequívocas não são questão estranha a esta C. Câmara de Direito Público e C. Corte Bandeirante, sendo citados, a título de exemplo, os seguintes julgados:

"MANDADO DE INJUNÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL (MÉDICO) – MUNICÍPIO DE CÂNDIDO RODRIGUES – PRETENSÃO AO PREENCHIMENTO DE LACUNA LEGISLATIVA DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, A FIM DE VIABILIZAR O RECEBIMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DE BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL A DAR EFETIVIDADE AO COMANDO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA." (TJSP; Mandado de Injunção 0005339-76.2019.8.26.0000; Relator: Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 25/09/2019; Data de Registro: 30/09/2019).

"Apelação – Mandado de Injunção – Lei Municipal nº 406/94 que pende de regulamentação – reconhecida mora do Executivo municipal – possibilidade de aplicação, por analogia, dos percentuais aplicado aos médicos e dentistas – Concessão da Injunção – sentença reformada – Recurso provido" (TJSP; Apelação Cível 0931802-11.2012.8.26.0506; Relator: Venicio Salles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/09/2015; Data de Registro: 29/10/2015).

Ressalto que escorreita a solução dada pela r. sentença de, não atendido o adequado prazo de 120 dias para ser sanada a omissão, seja aplicado, no que possível os "*(...) princípios gerais estabelecidos pelo Decreto Estadual nº*

Acesso ao Sumário

60.650/2014." (fls. 82), diploma normativo, este, que "*institui o sistema de promoção para os integrantes do Quadro do Magistério da Secretaria da Educação, e dá providências correlatas*."

Não há outra solução que não a manutenção da concessão da ordem, nos exatos termos da r. sentença concessiva, que resta integralmente mantida.

Sem condenação em honorários advocatícios, por serem incabíveis na espécie, nos termos do artigo 14 da Lei Federal 13.300/2016, c/c artigo 25 da Lei Federal 12.016/2009.

Em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Por fim, eventuais embargos de declaração serão julgados virtualmente, nos termos da Resolução nº 549/2011, com redação dada pela Resolução nº 7725/2017.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se a r. sentença que concedeu pelos fundamentos nela constantes e pelos aqui acrescidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1001453-34.2021.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido NAGOSHI E NAGOSHI LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.383)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente), MARIA OLÍVIA ALVES e ALVES BRAGA JUNIOR.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível/Remessa necessária – Mandado de Segurança – Suspensão cautelar da licença

de feirante – Direito de exercer normalmente suas atividades até esgotado seu direito à ampla defesa e contraditório nos autos do processo administrativo – Segurança concedida – Remessa necessária e recurso da Municipalidade. Medida precipitada pautada em relato unilateral prestado em boletim de ocorrência, que não gera presunção de veracidade dos fatos narrados – Princípios do contraditório e da ampla defesa deve ser prestigiado no caso em tela, para efetiva averiguação da apontada infração, inibindo aplicação de punição administrativa antecipada – **Forçoso concluir pela violação do alegado direito líquido e certo, a justificar a interposição do *mandamus* – R. sentença mantida – Remessa Necessária e recurso desprovidos.**

VOTO

1. Por r. Sentença de fls. 77/78, cujo relatório ora se adota, o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Atibaia, nos autos do **Mandado de Segurança** impetrado por **Nagoshi & Nagoshi Ltda**. contra ato do Sr. **Secretário Municipal de Desenvolvimento Econômico**, assim decidiu: "**JULGO PROCEDENTE o presente mandado de segurança impetrado por NAGOSHI & NAGOSHI LTDA. contra ato do DD. SECRETÁRIO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO e, sendo assim, ASSEGURO à impetrante o direito de exercer normalmente suas atividades até esgotado seu direito à ampla defesa e contraditório nos autos do Processo nº 14.724/96, em curso sob a responsabilidade da e. autoridade impetrada**".

Suscitada a remessa necessária.

Inconformado, apela o **Município de Atibaia** (fls. 86/92). Aponta que a suspensão cautelar da licença de feirante da ora recorrida resultou da ocorrência de desentendimento com agressões verbais e vias de fato, no espaço da feira livre, envolvendo duas consumidoras e os funcionários da apelada. Alega que não se trata de sanção, mas sim medida administrativa provisória, adotada em caráter cautelar e justificada diante da gravidade dos fatos. Pugna pela reforma da r. sentença.

Processado o recurso, decorreu o prazo legal para apresentação de contrarrazões (fls. 97), subiram os autos.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 104/109).

É o relatório.

2. Não comporta reforma a r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

Como se sabe, "*direito líquido e certo é aquele que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocável, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios processuais. Quando a lei alude a direito líquido e certo, exige que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu conhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança*" (Hely Lopes Meirelles. Mandado de Segurança. 30ª Ed., atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, p. 38).

No âmbito administrativo, em razão da sistemática constitucional, não subsiste a aplicação de penalidade sem prévia e necessária observância do contraditório e da ampla defesa.

Nesse diapasão, acertada a r. sentença recorrida que destacou:

"Com efeito, os fatos subjacentes ao ato impugnado ocorreram no dia 06.02.21 (fls. 33/34) e, levados ao conhecimento da i. autoridade impetrada em 10.02.21, às 19h29 (fls. 37), dela atraíram, em 11.02.21, às 09h49, sem a prévia oitiva de ninguém, ordem de suspensão "de imediato" da autorização de funcionamento da impetrante (fls. 38, in fine e 39).

A impetrante, por sua vez, somente foi notificada de tal ordem em 02.03.21 (fls. 35/36), i.e., vinte dias depois de sua expedição, não se identificando, portanto, a pretensa natureza cautelar da medida aparentemente desnecessária, demais disso, posto que os fatos, a despeito das proporções que possam ter tomado, não indicam potência de reiteração, antes têm nítida conotação de ocorrência pontual.

Será caso, assim, de preservação do direito da impetrante de exercer sua atividade econômica até cumprida apuração de todos os contornos do fato que a envolveu, ela que somente depois disso estará sujeita às sanções legais próprias dentro, ainda, dos limites constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

É que, tal como assinalado pela medida liminar concedida em seu favor, *a apuração de eventual violação pela impetrante de posturas municipais que pudesse justificar a suspensão e ou o cancelamento de sua licença de funcionamento reclamava, como efetivamente reclama, "a reta observância do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (Constituição Federal, art. 5º, inciso LV)" (fls. 20).*

Acesso ao Sumário

Com efeito, "sem o devido processo legal administrativo, a forma sumária de atuação unilateral da Administração Pública, como na espécie, deve, pois, ser considerada sem valor jurídico" (idem).

Assim, em princípio, a suspensão cautelar da licença do feirante se mostra excessiva, porquanto pautado em relato unilateral prestado em boletim de ocorrência, que não gera presunção de veracidade dos fatos narrados.

Desta forma, deve ser prestigiado os princípios do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo, para efetiva averiguação da apontada infração, inibindo aplicação de punição administrativa antecipada.

Como apropriadamente destacado pelo D. Procurador de Justiça, em seu judicioso parecer de fls. 108: "*Mas o devido processo legal há de ser observado não só sob o aspecto formal, mas substancialmente falando também, valendo realçar que o contraditório e a ampla defesa somente restarão atendidos se o interessado efetivamente participar do processo, mas com possibilidade de interferir no resultado final, sob pena de se afigurar apenas um direito simbólico, sem efetividade, o que acaba por frustrar o intento do constituinte. É o que se verifica no caso vertente, pelo que a segurança corretamente foi concedida*".

In casu, a desconstituição da medida cautelar não impede, como anotado na r. sentença, o prosseguimento de processo administrativo para averiguação aprofundada e eventual aplicação de penalidade.

Destarte, insubsistente o pleito do apelante, de rigor a manutenção da r. sentença.

Para efeito de eventual prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou todas as questões postas no presente recurso sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento à remessa necessária e ao recurso do Município.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0004670-40.2015.8.26.0072, da Comarca de Bebedouro, em que é apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado VALDEVINO ALBERTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Suscitaram conflito negativo de competência perante o Superior Tribunal de Justiça. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

nº 38.929)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO NEGRINI FILHO (Presidente) e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 21 de setembro de 2021.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL – Parte que, ao postular o restabelecimento de auxílio-doença ou a concessão de aposentadoria por invalidez, não atribui os problemas relatados na inicial a algum acidente típico ou às condições de trabalho – Exame pericial que concluiu pela incapacidade laborativa total e temporária, afastando, porém, o nexo causal – Sentença que concede ao obreiro o benefício de auxílio-doença previdenciário, considerando tão-somente a incapacidade laborativa, independentemente do reconhecimento do liame ocupacional – Competência da Justiça Federal – Suscitação de conflito negativo de competência.

VOTO

A r. sentença de fls. 189/191, cujo relatório se adota, julgou procedente ação proposta por Valdevino Alberto, condenando o INSS a pagar-lhe o benefício de aposentadoria por invalidez previdenciária a partir da cessação do auxílio-doença (04/06/2015 – fls. 14); mais juros de mora contados da citação; correção monetária pela sistemática da Lei nº 6.899/81, adotando-se os critérios especificados nos provimentos disciplinadores dos débitos judiciais no âmbito do TRF3; e honorários advocatícios de 10% sobre as prestações devidas até a data da sentença. Outrossim, tornou definitiva a tutela antecipada.

Inconformado, apela o INSS, buscando a improcedência da demanda. Inicialmente, requer o recebimento do recurso no feito suspensivo. No mais, sustenta estarem ausentes os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez, alegando que, no presente caso, o benefício cabível seria o auxílio-doença. Salienta que o perito foi claro ao afirmar que a moléstia apresentada não é decorrente do trabalho, tendo apontado, ainda, o seu caráter temporário. Entende que os fatores socioeconômicos devem ser desconsiderados. Tece considerações acerca da matéria, destacando jurisprudência que reputa respaldar a sua posição. Subsidiariamente, requer a aplicação da Lei nº 11.960/09 no que concerne aos juros moratórios. Pretende, também, que o termo inicial do benefício corresponda à data do laudo; que os honorários advocatícios sejam fixados nos moldes da Súmula nº 111 do STJ; e que seja observada a prescrição quin-

Acesso ao Sumário

quenal.

Processado o recurso, a parte contrária apresentou contrarrazões.

Encaminhados os autos ao Tribunal Regional Federal, a Sétima Turma daquela Corte reconheceu, por unanimidade, a incompetência da Justiça Federal para o julgamento da demanda, determinando a remessa do feito para o Tribunal de Justiça (fls. 231/239).

É o relatório.

Pretende o autor o restabelecimento de benefício de auxílio-doença ou a concessão de aposentadoria por invalidez, sob a alegação de que teve comprometida sua capacidade laborativa em decorrência de lesão no joelho direito, mal que impede o exercício da sua atividade habitual. Importa ainda ressaltar que o obreiro não vincula nem atribuiu sua incapacidade a algum acidente típico ou às condições de trabalho.

Feito esse registro, é oportuno consignar que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença acidentário de 19/08/2010 a 03/06/2015, em virtude de "gonartrose" (fls. 105/110), benefício que foi restabelecido por força da liminar deferida às fls. 62, a qual foi confirmada pela sentença.

Anote-se também que, no curso do processo, foi concedido administrativamente ao obreiro o benefício de aposentadoria por invalidez acidentária (fls. 217/220).

Efetuada a avaliação médica (fls. 170/177), constatou o perito que o autor apresenta "outras gonartroses primárias" (resposta ao quesito nº 1 do INSS fls. 176), atestando que referido quadro acarreta redução da capacidade laborativa de forma total e temporária.

No entanto, afastou o "expert" o liame ocupacional, afirmando que a patologia verificada não tem nexo causal com o trabalho ou com acidente laboral (resposta ao quesito nº 12 da autarquia fls. 177).

Ao proferir a sentença, o juízo de origem julgou procedente a ação, condenando a autarquia ao pagamento do benefício de auxílio-doença. Analisou a demanda exclusivamente sob o ângulo previdenciário, considerando tão-somente a incapacidade laborativa, independentemente do reconhecimento do liame ocupacional.

Em outras palavras, a ação assumiu cunho previdenciário, tendo sido julgada por juiz estadual no exercício da competência delegada de que cuida o art. 109, § 3º, da Constituição Federal.

Dentro desse quadro, ante a incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgar o recurso, e considerada a posição adotada pelo TRF, de rigor a suscitação de conflito negativo de competência perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na forma prevista no art. 105, inciso I, alínea "d", da Constituição

Acesso ao Sumário

Federal.

Ante o exposto, pelo meu voto, suscito conflito negativo de competência perante o Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1015921-85.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados LUIS ANTONIO AGUILAR HAJNAL, MARCIA AGUILAR HAJNAL BILTON e HELOÍSA AGUILAR HAJNAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso não provido e remessa necessária rejeitada. V.U, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.949)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente), LEONEL COSTA e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 25 de setembro de 2021.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – BENS SITUADOS NO EXTERIOR RECEBIDOS EM HERANÇA – ITCMD – LEI COMPLEMENTAR – Adequação da via eleita – Os impetrantes não objetivam a discussão da lei em tese, mas pretendem a efetiva tutela do direito líquido e certo – Pretensão dos autores ao reconhecimento de que o recolhimento do ITCMD sobre bens situados no exterior recebidos em herança, depende de Lei Complementar – Ocorrência – Inteligência do artigo 155, §1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal – Extraterritorialidade do fato gerador – Tema que excede a competência legislativa estadual concorrente – Inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.705/00, já declarada pelo C. Órgão Especial (004604-24.2011.8.26.000) – Precedentes desta C. Oitava Câmara – Aplicabilidade ao caso do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 825 –

Acesso ao Sumário

Sentença de concessão da ordem mantida – Recurso não provido e remessa necessária rejeitada.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto tempestivamente pela Fazenda Pública Estadual, às fls. 79/136, em face da r. sentença de fls. 73/76, cujo relatório se adota, que concedeu a segurança "*para garantir aos impetrantes o não recolhimento do ITCMD, referente à transmissão por herança dos bens elencados na Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (DCBE), situada no exterior, no regime de herança*".

Não foram arbitrados honorários advocatícios, por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/09. Foi determinada a remessa necessária.

Irresignada, a ré requer a reforma da r. sentença, sob o fundamento, em preliminar de mérito, de inadequação da via eleita. Aponta não estarem presentes os requisitos do direito líquido e certo. Questiona o ato ilegal ou abusivo da Administração a amparar a questão. Aduz que o suposto direito pretendido pelos impetrantes tem como pressuposto afastar a legislação atinente ao ITCMD.

Com isso, entende não haver direito que embase o pretendido pelos impetrantes, que é a contrariedade à Lei nº 10.705/00 e o Código Tributário Nacional. Aduz que o pedido formulado na peça inaugural é genérico, de modo que não pode ser admitido em ação mandamental.

Colaciona o teor da Súmula nº 266 do E. Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, "*não cabe mandado de segurança contra lei em tese*".

Cita haver ilegitimidade passiva, pois os impetrantes teriam apontado aleatoriamente a autoridade para figurar no polo passivo da impetração, desrespeitando as normas processuais vigentes. Aduz que a autoridade coatora, para os fins da impetração do mandado de segurança, é aquela que pratica concretamente o ato ilícito.

Quanto ao mérito, defende a constitucionalidade do artigo 4º, inciso II, letra "b" da Lei Estadual nº 10.702/00. Defende que o artigo 146, inciso III da Constituição Federal não exige Lei Complementar da União para que os Estados-membros instituam o ITCMD. Cita jurisprudência do *E. Supremo Tribunal Federal*.

Assevera que "*não obstante o Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tenha se manifestado pela necessidade de lei complementar para regular a incidência do ITCMD sobre bens havidos por doação ou transmissão Causa Mortis em inventários processados no exterior (arguição de inconstitucionalidade n. 0004604-24.2011.8.26.0000), esta foi suscitada no bojo da apelação 0046442-50.2009.8.26.0053, ainda não transitou em julgado, havendo interposição de recurso extraordinário*".

Acesso ao Sumário

Afirma que julgar procedente a demanda é conceder tratamento desigual entre os iguais, além de representar violação ao princípio da isonomia. Reitera não haver inconstitucionalidade na previsão do artigo 4º, I, "b", da Lei Estadual Paulista nº 10.705/2000 e do artigo 3º do Decreto Estadual nº 46.655/2002.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 142/144. Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Primeiramente, afasto as preliminares aventadas pela Fazenda Pública Estadual relativas à inadequação da via eleita e à ilegitimidade passiva.

Afinal, a via do mandado de segurança é legítima, visto que, no caso, não há questionamento de lei em tese, mas a pretensão de inibir iminente ameaça a direito líquido e certo, consistente em exigência de recolhimento de ITCMD sobre doações provenientes do exterior, as quais são reputadas pela impetrante como inconstitucionais.

Nos termos do que já reconhecido pelo i. Des. Bandeira Lins[1], no julgamento de caso análogo, "*(...) em havendo legislação que exige a cobrança do ITCMD na situação narrada nos autos, é de se presumir a sua efetiva cobrança pela autoridade fazendária a qualquer momento, estando configurada, assim, a ameaça real e o justo receito da exação impugnada*".

Com isso, o direito líquido e certo dos impetrantes está devidamente reconhecido, de modo a se autorizar a sua tutela pela via do mandado de segurança.

De outra banda, a pertinência subjetiva da autoridade apontada como coatora decorre do fato de que a ordem de cobrança seria por ela emanada, não havendo qualquer inadequação na indicação do Delegado Tributário e o Coordenador da Administração Tributária.

Quanto ao mérito, o artigo 155, III, "b", da CF/88, é claro ao estabelecer que a instituição do ITCMD pelos Estados e Distrito Federal, no caso em que o *de cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior, depende de lei complementar.

Acesso ao Sumário

A questão foi objeto de julgamento no E. Supremo Tribunal Federal que, em decisão dotada de repercussão geral no RE nº 851.108/SP (Tema nº 825), fixou a tese de que "é vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional".

Tal julgamento manteve o entendimento que prevalecia no C. Órgão Especial deste TJSP:

"*I - Arguição de inconstitucionalidade. A instituição de imposto sobre transmissão 'causa mortis' e doação de bens localizados no exterior deve*

1 Apelação Cível nº 1036306-88.2020.8.26.0053.

ser feita por meio de Lei Complementar. Inteligência do art. 155, §1°, inciso III, Alinea b, da Constituição Federal. II - O Legislador Constituinte atribuiu ao Congresso Nacional um maior debate político sobre os critérios de fixação de normas gerais de competência tributária para instituição do imposto sobre transmissão de bens - móveis/imóveis, corpóreos/incorpóreos - localizados no exterior, justamente com o intuito de evitar conflitos de competência, geradores de bitributação, entre os Estados da Federação, mantendo uniforme o sistema de tributos. III - Inconstitucionalidade da alínea 'b' do inciso II do art. 4º da Lei paulista n° 10.705, de 28 de dezembro de 2000, reconhecida. Incidente de inconstitucionalidade procedente." (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000, rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 30.03.2011).

No mesmo sentido está o posicionamento desta ***C. Oitava Câmara***, no julgamento de casos análogos:

"*APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. Mandado de Segurança. ITCMD incidente sobre bens herdados localizados no exterior. O ITCMD não incide sobre bens localizados no exterior por falta de previsão legal, eis que inexiste Lei Complementar nacional regulando a matéria, como exige a alínea "b", inciso II, do art. 155 da Constituição Federal – Declaração de Inconstitucionalidade do art. 4º, inciso II, alínea "a", da Lei Estadual nº 10.705/2000: "O Legislador Constituinte atribui ao Congresso Nacional um maior debate político sobre os critérios de fixação de normas gerais de competência tributária para instituição do imposto sobre transmissão de bens - móveis/imóveis, corpóreos/incorpóreos - localizados no exterior, justamente com o intuito de evitar conflitos de competência, geradores de bitributação, entre os Estados da Federação, mantendo uniforme o sistema de tributos." Concessão da segurança que era de rigor – Sentença mantida – Reexame necessário não acolhido. Recurso não provido*".

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1035771- 95.2019.8.26.0506; Relator: Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/07/2021; Data de Registro: 01/07/2021).

"*APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITCMD. Recebimento de valores de origem estrangeira provenientes de herança. Inteligência do art. 155, §1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal. Entendimento dominante de necessidade de lei complementar, para efeitos de regulamentação e estabilização da matéria. Extraterritorialidade do fato gerador. Tema que excede a competência legislativa estadual concorrente. Inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.705/00, já declarada pelo C. Órgão Especial (0046042-24.2011.8.26.000). Precedentes. Aplicabilidade ao caso do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 825. Apelo e remessa necessária desprovidos*".

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1033639-32.2020.8.26.0053; Relator: Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/06/2021; Data de Registro: 24/06/2021).

"*ITCMD – Pretensão à incidência do imposto sobre bens recebidos em doação localizados no exterior – Inocorrência – O ITCMD não incide sobre bens localizados no exterior por falta de previsão legal – Inexistente Lei Complementar nacional regulando a matéria, como exige a alínea "b", inciso III, do art. 155 da Constituição Federal – Declaração de Inconstitucionalidade do art. 4º, inciso II, alínea "a", da Lei Estadual nº 10.705/2000 pelo Órgão Especial desta Corte – Sentença mantida – Recurso voluntário não provido e remessa necessária rejeitada*".

(TJSP; Apelação Cível 1022282-89.2019.8.26.0053; Relator: Percival Nogueira; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/07/2020; Data de Registro: 15/07/2020).

Diante disso, não prospera a alegação da Fazenda Pública Estadual no sentido de que os entes da Federação gozam de autonomia e que a competência legislativa estadual deve ser exercida em plenitude, pois nos termos do que reconhecido pelo C. Órgão Especial deste E. TJSP, os "*Estados não dispõem de competência tributária para suprir ausência de Lei Complementar exigida pela Magna*".

Diante dessas considerações, correta a r. sentença ao estabelecer que:

"*Nesse contexto, vejo que a sistemática adotada para transmissão dos bens do de cujus no caso concreto ajusta-se ao ordenamento jurídico em vigor e, portanto, não incide a cobrança de ITCMD. Essa questão já se encontra pacificada no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo e segue no sentido do afastamento da hipótese de incidência trazida pelo artigo 4º, inciso II, "b", da Lei Estadual n° 10.705/00, diante da ausência de lei complementar federal a respeito do tema.*

E ainda, nesse sentido, também o E.TJSP, na apelação nº 1001741-55.2015.8.26.0554, da 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Celso Faria, j. 28.06.2017, já decidiu: Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. Mandado de Segurança. ITCMD incidente sobre bens recebidos em doação localizados no exterior – O ITCMD não incide sobre bens localizados no exterior por falta de previsão legal, eis que inexiste Lei Complementar nacional regulando a matéria, como exige a alínea "b", inciso III, do art. 155 da Constituição Federal – Declaração de Inconstitucionalidade do art. 4º, inciso II, alínea "a", da Lei Estadual nº 10.705/2000: "O Legislador Constituinte atribui ao Congresso Nacional um maior debate político sobre os critérios de fixação de normas gerais de competência tributária para instituição do imposto sobre transmissão de bens – móveis/imóveis, corpóreos/incorpóreos – localizados no exterior, justamente com o intuito de evitar conflitos de competência, gerado-

Acesso ao Sumário

res de bitributação, entre os Estados da Federação, mantendo uniforme o sistema de tributos." Concessão da segurança que era de rigor – Sentença mantida – Reexame necessário não acolhido. Recurso não provido. Posto isso, concedo a segurança para garantir aos impetrantes o não recolhimento do ITCMD, referente à transmissão por herança dos bens elencados na Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (DCBE doc 02), situada no exterior, no regime de herança".

Dessa forma, verifica-se que a r. sentença recorrida bem analisou a questão e merece confirmação por seus próprios e jurídicos fundamentos, a teor do artigo 252 do Regimento Interno deste *E Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, cuja aplicabilidade encontra respaldo na jurisprudência do E. STJ[2].

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no *E. Superior Tribunal de Justiça* que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

Isso posto, meu voto **rejeita a remessa necessária e nega provimento ao recurso (sem majoração dos honorários advocatícios em sede recursal [art. 85, § 11, CPC], posto que não arbitrados em primeiro grau, com fundamento no artigo 25 da Lei nº 12.016/09).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1060588-30.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante DETRAN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO-SÃO PAULO, é apelada FERNANDA RIBEIRO ABRANTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.942)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 1º de outubro de 2021.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

2 REsp n. 662.272-RS, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio Noronha, DJ 27.09.2007; REsp n. 641.963-ES, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 21.11.2005; REsp n. 592.092-AL, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 17.12.2004; e REsp n. 265.534- DF, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 01.12.2003.

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Suspensão do direito de dirigir – Alegada ocorrência de prescrição intercorrente – Não se aplica ao presente caso a Resolução CONTRAN nº 723/2018 (a qual dispõe, na regra do artigo 24, acerca da ocorrência da prescrição intercorrente), pois, conforme disposto na norma do artigo 2º, aquele regramento só se ajusta às infrações cometidas após 1º de novembro de 2016 (o que não é o caso), aplicando-se à espécie, assim, a Resolução CONTRAN nº 182/2005 – Impertinente, ademais, argumentar com a ocorrência da prescrição intercorrente, uma vez que o procedimento administrativo encerrara-se meses depois da instauração – Recurso e reexame necessário providos.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Fernanda Ribeiro Abrantes contra ato praticado pelo Diretor Técnico do Setor de Pontuação da Divisão de Habilitação do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo – DETRAN/SP, no qual a impetrante busca o reconhecimento da ocorrência da prescrição intercorrente no Procedimento Administrativo nº 0235451-2/2015, com o que postula também o desbloqueio de seu prontuário.

Julgou-se a ação procedente, com a concessão da ordem pleiteada, ao fundamento de que se operou a prescrição objeto da norma do artigo 24 da Resolução CONTRAN nº 723/18.

Apela a autarquia, pugnando pela reforma da r. sentença. Não vieram contrarrazões.

O Douto Procurador de Justiça deixou de se manifestar à falta de interesse que justificasse a intervenção do Ministério Público.

É o relatório.

A r. sentença comporta reforma.

Alega a impetrante que foi instaurado, em 11/09/2015, o Procedimento Administrativo nº 0235451-2/2015, visando à suspensão do direito de dirigir, decorrente de infrações cometidas nos anos de 2014 e 2015, o qual se encontra "sem andamento" desde 06/01/2016.

Inicialmente, cumpre consignar que não se aplica ao presente caso a Resolução CONTRAN nº 723/2018 – a qual dispõe, na regra do artigo 24, acerca da ocorrência da prescrição intercorrente –, pois, conforme disposto na norma do artigo 2º, aquele regramento só se ajusta às infrações cometidas após 1º de

novembro de 2016, aplicando-se à espécie, assim, a Resolução CONTRAN nº 182/2005.

Diga-se mais, impertinente argumentar com a ocorrência da prescrição intercorrente, uma vez que o noticiado procedimento administrativo encerrou-se em 06/01/2016, conforme se retira de documento juntado pela própria impetrante a fls. 34.

E tampouco se operou a prescrição da pretensão executória da penalidade de suspensão do direito de dirigir, pois o lançamento foi feito no RENACH em 06/01/2016, de forma que, na data da impetração do mandado de segurança, 05/11/2019 (momento em que a parte argumenta com sobredita prescrição), não havia se passado o prazo de cinco anos de que trata a regra do artigo 23 da Resolução CONTRAN nº 182/2005:

> Art. 23. A pretensão executória das penalidades de suspensão do direito de dirigir e cassação da CNH prescreve em cinco anos contados a partir da data da notificação para a entrega da CNH, prevista no art. 19 desta Resolução.

Nestes termos, dou provimento ao recurso e ao reexame necessário.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1037175-17.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado MARCO ANTONIO JOSE SADECK.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.994)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), SILVA RUSSO e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 1 de outubro de 2021.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: ITBI – Município de São Paulo – Concessão de segurança para que o Município-impetrado se abs-

Acesso ao Sumário

tenha de exigir o recolhimento do imposto com base na Lei Municipal nº 11.154/91 – Inconstitucionalidade dos arts. 7º-A e 7º-B, daquele diploma, declarada pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal – Dispositivos que impõem o prévio arbitramento da base de cálculo – Exigência incompatível com o lançamento por homologação, característico daquele tributo – Possibilidade, todavia, de se realizar o arbitramento de valores, após o recolhimento pelo contribuinte, nas hipóteses do art. 148 do CTN – Recursos oficial e voluntário não providos.

VOTO

Vistos.

Mandado de segurança impetrado com vistas a assegurar que o ITBI, incidente sobre a transação referida nos autos, seja calculado sobre o valor venal para fins de IPTU ou sobre o valor do negócio, o que for maior.

A sentença de fls. 80/94, prolatada pelo Meritíssimo Juiz de Direito Randolfo Ferraz de Campos, concedeu a ordem para autorizar o recolhimento do ITBI tendo como base de cálculo o valor venal do imóvel para fins de IPTU ou o valor da transação, o que for maior.

Apela a Municipalidade (fls. 98/107), pugnando, preliminarmente, pela inadequação da via mandamental, pois além de demandar a produção de provas, poderia o impetrante requerer a avaliação especial conforme art. 7º da Lei nº 11.154/91. Pelo mérito, busca a denegação da segurança aos seguintes argumentos, em resumo: a base de cálculo do ITBI é o valor de mercado do imóvel que pode ou não coincidir com aquele aferido para efeito de IPTU; a transação referida nos autos deve ser tributada nos exatos termos da Lei Municipal nº 11.154/91 (alterada pelas Leis Municipais nºs 14.125/05 e 14.256/06), não se podendo falar em ofensa ao princípio da legalidade.

Regularmente processado e respondido (fls. 115/118).

Dispensado o pronunciamento da douta Procuradoria de Justiça, tendo-se em conta suas reiteradas escusas em intervir em ações com o mesmo objeto da presente.

É o relatório.

Afasta-se de plano a preliminar levantada no apelo.

Com efeito, revela-se desnecessária, na espécie, a produção de provas, sendo suficientes para o deslinde da questão os documentos acostados na inicial e as informações trazidas pela autoridade impetrada, em cotejo com a legislação municipal que se aplica ao caso.

Acesso ao Sumário

Em segundo lugar, não prospera a alegação de falta de interesse processual, pois não está a parte obrigada a esgotar os recursos de que dispõe na esfera administrativa para só então reclamar o provimento jurisdicional almejado. Ademais, trata-se de clara pretensão resistida, de maneira que é plenamente verificada, no caso, a existência de interesse processual do impetrante.

Dito isso, não comportam provimento os recursos oficial e voluntário.

Com efeito, busca o impetrante impugnar a exigência do ITBI calculado nos termos do que dispõe a Lei Municipal nº 14.256 de 2006 e incidente sobre o imóvel descrito na inicial, cadastrado junto à Prefeitura de São Paulo sob o número 010.030.0483.0 (fls. 22).

Tencionava recolher o imposto com base no valor venal para efeito de IPTU ou no valor da transação, o que for maior. No entanto, à luz daquela lei municipal, o valor do imóvel, para fins de recolhimento do imposto, atingiria uma importância muito maior, conforme se observa a fls. 22, porquanto fundado no valor de referência atribuído pelo ente público à transação realizada.

O douto Juiz de Direito concedeu-lhe a liminar pleiteada e, ao final, reconheceu-lhe o direito líquido e certo ao recolhimento do ITBI, tendo como base de cálculo o valor venal do imóvel para fins de IPTU ou o valor da transação, o que for maior. Daí este apelo.

A Municipalidade apoia-se na assertiva de que a base de cálculo do tributo continua sendo o valor venal do imóvel, tal como estabelecido nos artigos 38 do CTN e 7º, da Lei Municipal nº 11.154/91, entendido este como sendo o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado.

Ampara-se, também, no argumento de que a lei municipal em apreço cuidou tão-somente de estabelecer um procedimento para o cálculo do valor de mercado do bem, passível de questionamento pelo contribuinte, que poderia reclamar uma avaliação especial, não redundando necessariamente dessa prática, então, a majoração do valor venal estimado quando do lançamento do IPTU.

Pois bem. Este Relator entendia ser possível à Municipalidade de São Paulo, para fins de cobrança do referido imposto e de aferição de sua base de cálculo, proceder à apuração e publicação dos valores venais atualizados dos imóveis nos moldes por ela pretendidos, por considerar válidos os arts. 7º- A e 7º-B, da Lei Municipal nº 11.154/91, acrescentados pela Lei nº 14.256/2006. Como se sabe, tais dispositivos instituíram o uso dos chamados "*Valores Venais de Referência*" para cobrança daquele tributo, oportunizando, todavia, aos contribuintes, a possibilidade de impugnarem tais valores e de solicitarem uma avaliação especial do imóvel tributado.

Referido entendimento, no entanto, foi modificado para alinhar-se à decisão do Colendo Órgão Especial tomada quando do julgamento da Arguição de

Acesso ao Sumário

Inconstitucionalidade nº 0056693-19.2014.8.26.0000 (Des. Rel. Paulo Dimas Mascareti, j. 25.03.2015), no âmbito da qual se reconheceu a inconstitucionalidade dos mencionados artigos 7º-A e 7º-B, bem como do artigo 12, todos da Lei nº 11.154/91, do Município de São Paulo. Desse venerando aresto transcreve-se ementa a seguir:

"*INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 7º da Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelas Leis nºs 14.125, de 29 de dezembro de 2005, e 14.256, de 29 de dezembro de 2006, todas do Município de São Paulo, que estabelece o valor pelo qual o bem ou direito é negociado à vista, em condições normais de mercado, como a base de cálculo do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) – Acórdão que, a despeito de não manifestar de forma expressa, implicitamente também questionou as disposições dos artigos 7º-A, 7º-B e 12 da mesma legislação municipal – Valor venal atribuído ao imóvel para apuração do ITBI que não se confunde necessariamente com aquele utilizado para lançamento do IPTU – Precedentes do STJ – Previsão contida no aludido artigo 7º que, nessa linha, não representa afronta ao princípio da legalidade, haja vista que, como regra, a apuração do imposto deve ser feita com base no valor do negócio jurídico realizado, tendo em consideração as declarações prestadas pelo próprio contribuinte, o que, em princípio, espelharia o 'real valor de mercado do imóvel' – 'Valor venal de referência', todavia, que deve servir ao Município apenas como parâmetro de verificação da compatibilidade do preço declarado de venda, não podendo se prestar para a prévia fixação da base de cálculo do ITBI – Impossibilidade, outrossim, de se impor ao sujeito passivo do imposto, desde logo, a adoção da tabela realizada pelo Município – Imposto municipal em causa que está sujeito ao lançamento por homologação, cabendo ao próprio contribuinte antecipar o recolhimento – Arbitramento administrativo que é providência excepcional, da qual o Município somente pode lançar mão na hipótese de ser constatada a incorreção ou falsidade na documentação comprobatória do negócio jurídico tributável – Providência que, de toda sorte, depende sempre da prévia instauração do pertinente procedimento administrativo, na forma do artigo 148 do Código Tributário Nacional, sob pena de restar caracterizado o lançamento de ofício da exação, ao qual o ITBI não se submete – Artigos 7º-A e 7º-B que, nesse passo, subvertem o procedimento estabelecido na legislação complementar tributária, em afronta ao princípio da legalidade estrita, inserido no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal – Inadmissibilidade, ainda, de se exigir o recolhimento antecipado do tributo, nos moldes estabelecidos no artigo 12 da Lei Municipal nº 11.154/91, por representar violação ao preceito do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal – Registro imobiliário que é constitutivo da propriedade, não tendo efeito meramente regularizador e publicitário, razão pela qual deve ser tomado como fato gerador do ITBI – Regime constitucional*

Acesso ao Sumário

da substituição tributária, previsto no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que nem tem lugar na espécie, haja vista que não se cuida de norma que autoriza a antecipação da exigibilidade do imposto de forma irrestrita – Arguição acolhida para o fim de pronunciar a inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, da Lei nº 11.154/91, do Município de São Paulo."

Conforme se nota desse julgado, a inconstitucionalidade dos arts. 7º-A e 7º-B decorre da prévia imposição de valores venais a serem usados pelos contribuintes no cálculo do imposto. Porque, tratando-se de lançamento por homologação, compete ao contribuinte declarar e recolher a quantia devida, só após o que poderá a Municipalidade, em caso de discordância, valer-se da prerrogativa prevista no artigo 148 do Código Tributário Nacional, com observância dos preceitos legais.

Assim, como registrado no v. acórdão do Órgão Especial, nada impede a utilização pelo ente público do "Valor Venal de Referência", previsto no artigo 7º-A da Lei Municipal nº 11.154/91, desde que ele sirva "*tão somente como parâmetro de verificação da compatibilidade da base de cálculo obtida a partir do preço declarado de venda do imóvel, na transação objeto da exação, com a realidade do mercado imobiliário*".

Bem por isso, a medida que melhor soluciona o presente caso passa pelo reconhecimento de que não é legítima a cobrança em questão, porquanto fundada em dispositivo inconstitucional.

Não obstante, deve ficar registrado que, uma vez recolhido o imposto pelo contribuinte – e caso entenda configurada qualquer das hipóteses do artigo 148 do Código Tributário Nacional –, a Municipalidade poderá instaurar processo administrativo para, à luz do contraditório e da ampla defesa, apurar a veracidade do valor declarado e, sendo o caso, arbitrar o montante correto e cobrar a diferença. Ou então valer-se do decidido pelo Colendo 7º Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte no âmbito do IRDR nº 2243516-62.2017.8.26.0000, no sentido de que o ITBI "*Deve ser calculado sobre o valor do negócio jurídico realizado ou sobre o valor venal do imóvel para fins de IPTU, aquele que for maior (...)*".

Destarte, em consonância com as considerações tecidas no mencionado aresto, a respeito do direito do ente tributante de proceder ao arbitramento de valores, nos termos do artigo 148 do CTN, fica consignada a essa observação.

Bem por isso, a concessão da segurança há de ser confirmada, ante a ilegitimidade da exigência feita pela Fazenda Municipal.

Assenta-se, por fim, que a presente decisão não representa negativa de vigência a nenhum dos dispositivos invocados pela apelante.

Ante o exposto, em suma, nega-se provimento aos recursos *ex officio* e voluntário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1055377-76.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados MARCELLO LEÃO BRAGA e ANDREA APARECIDA ROSA BRAGA.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.953)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente) e SILVA RUSSO.

São Paulo, 4 de outubro de 2021.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança ITBI – Município de São Paulo – Cabimento do recolhimento do imposto com base no valor venal do IPTU eis que superior ao valor na negociação – Impossibilidade de aplicação da Lei nº 11.154/91 com redação dada pelas Leis nº 14.125/2005 e 14.256/2006 – **Base de cálculo apurada segundo coleta de amostras de transações e ofertas de venda de imóveis pelo Poder Executivo – Majoração de tributo sem exame do Poder Legislativo – Violação do princípio da legalidade em matéria tributária consagrado no artigo 150, inciso I da Constituição Federal e 97, inciso IV do Código Tributário Nacional – Tese firmada no julgamento do IRDR n.º 2243516-62.2017.8.26.0000 – Tema 19 do TJSP, "Tese: Base de cálculo do ITBI, devendo corresponder ao valor venal do imóvel ou ao valor da transação, prevalecendo o que for maior" – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Possibilidade, entretanto, de atualização monetária da base de cálculo para recomposição do poder de compra da moeda diminuído pela inflação – Sentença mantida – Recursos oficial e voluntário do município não providos.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO** em face da sentença de fls. 166/167, que nos autos do mandado de segurança impetrado por **MARCELO LEÃO BRAGA E OUTRO**, concedeu a segurança para reconhecer o direito dos impetrantes em recolher o ITBI incidente sobre imóvel descrito na petição inicial tendo como base de cálculo o valor venal atribuído ao IPTU eis que superior ao valor da negociação, devidamente atualizado pelo IPCA-E, impossibilitando a aplicação do valor de referência, arbitrado pela municipalidade.

A Municipalidade de São Paulo apelou às fls. 169/178. Sustenta, preliminarmente, a inadequação da via eleita, porquanto a matéria trazida pela impetrante demanda dilação probatória. No mérito, aduz que a jurisprudência do STJ reconhece a possibilidade do Fisco Municipal apurar bases de cálculos distintas para o IPTU e ITBI; a base de cálculo do ITBI no Município de São Paulo sempre foi o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, tal como determina o art. 38 do Código Tributário Nacional e definida pela Lei Municipal nº 11.154/91; a atualização dos valores dos imóveis encontra-se prevista na Lei Municipal. Requer, por fim, o provimento do seu recurso de apelação para denegar a segurança, possibilitando a utilização do valor de referência ou, alternativamente, o maior valor entre o venal do IPTU e o da negociação.

Contrarrazões às fls. 183/193.

Há reexame necessário nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei 12.016/2009.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou deixando de oferecer parecer (fls. 203).

É O RELATÓRIO.

A sentença comporta parcial reforma.

Marcelo Leão Braga e outro impetraram mandado de segurança em face do **Secretário Municipal da Fazenda do Município de São Paulo** visando o recolhimento do ITBI incidente sobre aquisição de imóvel descrito na petição inicial, com base no valor venal utilizado a título de IPTU, qual seja, **R$ 1.123.573,00** (fls. 120), em detrimento ao valor venal de referência do imóvel encontrado pela Municipalidade conforme previsão do art. 7º da Lei Municipal nº 11.154/91 com a redação dada pela Lei nº 14.256/06 e do art. 7º, § 1º, do Dec. Municipal nº 46.228/05 (**R$ 1.648.581,00 – fls. 55/57**).

A sentença de fls. 166/167 concedeu a segurança no presente *mandamus*, considerando válido o recolhimento do ITBI com base no venal atribuído ao IPTU eis que superior ao valor da negociação, devidamente atualizado pelo IPCA-E, gerando a interposição do presente recurso que não merece ser provido.

Inicialmente, consigna-se que a preliminar de inadequação da via eleita

Acesso ao Sumário

deve ser afastada, pois a impetrante não pretende que seja fixado o valor venal de seu imóvel, mas sim, o reconhecimento do direito de recolher o ITBI pelo valor venal já atribuído pela municipalidade, para fins de cálculo do IPTU ou o valor da negociação, buscando o afastamento de lei municipal, não havendo para tanto, necessidade de dilação probatória.

A Lei Municipal de São Paulo nº 11.154/91, que instituiu a base de cálculo do ITBI, dispunha, em sua redação original, que:

> "*Art. 7º: A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos (...).*
>
> *Art. 8º: Em nenhuma hipótese, o imposto será calculado sobre valor inferior ao valor do bem, utilizado, no exercício, para base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial urbana (...)*".

O Decreto Municipal nº 46.228/05, por sua vez, aprovou o regulamento do imposto em tela e introduziu fórmula de majoração da respectiva base de cálculo, nos seguintes termos:

> "*Art. 8º A Secretaria Municipal de Finanças tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Imobiliário Fiscal do Município de São Paulo.*
>
> § 1° Os valores venais dos imóveis serão atualizados periodicamente, de forma a assegurar sua compatibilização com os valores praticados no Município, através de pesquisa e coleta amostral permanente dos preços correntes das transações e das ofertas à venda do mercado imobiliário, inclusive com a participação da sociedade, representada no Conselho de Valores Imobiliários."

Diante da inovação trazida ao cálculo, sobredito Decreto foi declarado inconstitucional pelo Órgão Especial desta Corte por meio da Arguição de Inconstitucionalidade n° 0098335-50.2006.8.26.0000, de Relatoria do Des. Renê Ricupero, cuja ementa foi assim redigida:

> "*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Município de* São Paulo – Decreto Municipal 46.228/2005 – *ITBI ((Imposto sobre transmissão de bens imóveis inter vivos) – Aumento na base de cálculo – art. 150 da Constituição Federal – Inconstitucionalidade reconhecida. Na veiculação de temas de direito tributário que concernem às relações entre o Estado e o contribuinte, sujeita-se o Poder Público ao princípio constitucional da reserva de Lei, disposto no artigo 150 da Constituição Federal, que veda à União, Estados ou Municípios a exigência ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça.* ***Tendo em vista que, ao teor do art. 38, do CTN, a base de cálculo para o lançamento tributário é o valor venal dos bens e títulos transmitidos, para se atribuir outro valor ao imóvel, que não o decorrente do anterior, mister a existência de uma lei que o autorize, não bastando, para isso, simples decreto****."* (Grifei)

Após este julgamento do E. Tribunal de Justiça editou-se a Lei Municipal

Acesso ao Sumário

nº 14.256/06 que alterou o art. 7º, bem como acrescentou os arts. 7º- A e 7º- B à Lei nº 11.154/91. Vejamos:

> "*Art. 7º: Para fins de lançamento do imposto, a base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, assim considerado o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado. (...)*
>
> *Art. 7º- A. A Secretaria Municipal de Finanças tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Imobiliário Fiscal do Município de São Paulo.*
>
> *Parágrafo único. A Secretaria Municipal de Finanças deverá estabelecer a forma de publicação dos valores venais a que se refere o "caput" deste artigo."*
>
> *Art. 7º-B. Caso não concorde com a base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças, nos termos de regulamentação própria, o contribuinte poderá requerer avaliação especial do imóvel, apresentando os dados da transação e os fundamentos do pedido, na forma prevista em portaria da Secretaria Municipal de Finanças, que poderá, inclusive, viabilizar a formulação do pedido por meio eletrônico.*"

Em 13 de julho de 2010, veio a lume o Decreto Municipal nº 51.627 trazendo indevida majoração na base de cálculo do ITBI, assim como o Decreto nº 46.228/05, anteriormente declarado inconstitucional pelo Órgão Especial desta Corte:

> "*Art. 8º A Secretaria Municipal de Finanças tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Imobiliário Fiscal do Município de São Paulo.*
>
> § 1º A Secretaria Municipal de Finanças deverá estabelecer a forma de publicação dos valores venais a que se refere o "caput" deste artigo.
>
> § 2º ***Os valores venais dos imóveis serão atualizados periodicamente**, de forma a assegurar sua compatibilização com os valores praticados no Município, **através de pesquisa e coleta amostral permanente dos preços correntes das transações e das ofertas à venda do mercado imobiliário, inclusive com a participação da sociedade, representada no Conselho Municipal de Valores Imobiliários***."

O Egrégio Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 7ºA, 7ºB e 12 da Lei Municipal nº 11.154/91, conforme ementa:

> "*INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 7º da Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelas Leis nºs 14.125, de 29 de dezembro de 2005, e 14.256, de 29 de dezembro de 2006, todas do Município de São Paulo, que estabelece o valor pelo qual o bem ou direito é negociado à vista, em condições normais de mercado, como a base de cálculo do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) – Acórdão que, a despeito de não manifestar de forma expressa,*

Acesso ao Sumário

implicitamente também questionou as disposições dos artigos 7º-A, 7º-B e 12 da mesma legislação municipal – Valor venal atribuído ao imóvel para apuração do ITBI que não se confunde necessariamente com aquele utilizado para lançamento do IPTU – Precedentes do STJ – Previsão contida no aludido artigo 7º que, nessa linha, não representa afronta ao princípio da legalidade, haja vista que, como regra, a apuração do imposto deve ser feita com base no valor do negócio jurídico realizado, tendo em consideração as declarações prestadas pelo próprio contribuinte, o que, em princípio, espelharia o "real valor de mercado do imóvel" – "Valor venal de referência", todavia, que deve servir ao Município apenas como parâmetro de verificação da compatibilidade do preço declarado de venda, não podendo se prestar para a prévia fixação da base de cálculo do ITBI – Impossibilidade, outrossim, de se impor ao sujeito passivo do imposto, desde logo, a adoção da tabela realizada pelo Município – Imposto municipal em causa que está sujeito ao lançamento por homologação, cabendo ao próprio contribuinte antecipar o recolhimento – Arbitramento administrativo que é providência excepcional, da qual o Município somente pode lançar mão na hipótese de ser constatada a incorreção ou falsidade na documentação comprobatória do negócio jurídico tributável – Providência que, de toda sorte, depende sempre da prévia instauração do pertinente procedimento administrativo, na forma do artigo 148 do Código Tributário Nacional, sob pena de restar caracterizado o lançamento de ofício da exação, ao qual o ITBI não se submete – Artigos 7º-A e 7º-B que, nesse passo, subvertem o procedimento estabelecido na legislação complementar tributária, em afronta ao princípio da legalidade estrita, inserido no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal – Inadmissibilidade, ainda, de se exigir o recolhimento antecipado do tributo, nos moldes estabelecidos no artigo 12 da Lei Municipal nº 11.154/91, por representar violação ao preceito do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal – Registro imobiliário que é constitutivo da propriedade, não tendo efeito meramente regularizador e publicitário, razão pela qual deve ser tomado como fato gerador do ITBI – Regime constitucional da substituição tributária, previsto no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que nem tem lugar na espécie, haja vista que não se cuida de norma que autoriza a antecipação da exigibilidade do imposto de forma irrestrita – Arguição acolhida para o fim de pronunciar a inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, da Lei nº 11.154/91, do Município de São Paulo." (Incidente de Inconstitucionalidade nº 0056693-19.2014.8.26.0000 – Relator Desembargador Paulo Dimas Mascaretti – São Paulo – Órgão Especial – Julg. 25/03/2015).

Desse modo, a utilização do valor de referência trazido como base de cálculo do ITBI também afronta o princípio da legalidade, insculpido no artigo 150, inciso I, da Magna Carta e no artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional.

Acesso ao Sumário

Suas disposições são claras ao instituir majoração da base de cálculo do tributo em caráter *permanente*, isto é, em moto contínuo e sem aprovação do Poder Legislativo, pois baseada em coleta amostral de preços correntes de negócios com imóveis e pesquisas de simples ofertas imobiliárias.

Extravasa assim, o Decreto, a simples atualização da base de cálculo em decorrência da inflação de preços de mercado ou da desvalorização da moeda, providência que poderia ser tolerada sob o argumento de que a simples correção de valores não majora o tributo. Todavia, o valor da base de cálculo sofre verdadeira definição e quantificação administrativa pois é apurado, segundo as regras do Decreto, em pesquisas de preços e de ofertas de venda (estas sequer constituem parâmetro de negócios existentes) feitas pelo Poder Executivo Municipal.

Embora publicado sob o manto de lei nova padece o novel Decreto Municipal 51.627/2010 da mesma eiva do antigo Decreto 46.228/2005 julgado inconstitucional pelo Órgão Especial da Corte paulista. Deve, pois ser também a ele aplicado o mesmo veredito de inidoneidade para fundamentar a exação do ITBI nos moldes que preconiza, ou seja, com base de cálculo apurada e majorada pelo Poder Executivo, de forma unilateral.

Nesse sentido, já decidiu esta C. 15ª Câmara de Direito Público do TJSP:

"MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Município de São Paulo – Lei Municipal nº 14.256/06 e Decreto Municipal nº 51.627/10 – Majoração indevida da base de cálculo fixada na Lei Municipal nº 11.154/91 – Valor venal entendido como aquele em que o imóvel seria negociado à vista, em condições normais de mercado – Sistemática que delega sua fixação prévia ao Poder Executivo – Afronta ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 150, inciso I, da CF/88 – Precedentes do C. Órgão Especial e da 15ª Câmara de Direito Público deste E. TJSP, a propósito – Violação de direito líquido e certo demonstrada – Sentença reformada – Apelo provido, com observação. (Apelação cível n° 0018777-88.2011.8.26.0053 – Relator Desembargador Silva Russo).

"ITBI – Município de São Paulo – Concessão de segurança para que o Município-impetrado se abstenha de exigir o recolhimento do imposto com base na Lei Municipal nº 11.154/91 – Inconstitucionalidade dos arts. 7º-A e 7º-B, daquele diploma, declarada pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal – Dispositivos que impõem o prévio arbitramento da base de cálculo – Exigência incompatível com o lançamento por homologação, característico daquele tributo – Possibilidade, todavia de se realizar o arbitramento de valores, após o recolhimento pelo contribuinte, nas hipóteses do art. 148 do CTN – Recurso voluntário não provido. ITBI – Município de São Paulo – Incidência de correção monetária para fins de recomposição da moeda – Recurso oficial parcialmente provido." (TJSP – Apelação/Remessa Necessária 1020190-46.2016.8.26.0053 – Relator Desembargador Erbetta Filho – 15ª Câmara de Direito Público – Foro Central – Julg. 09/05/2019).

Acesso ao Sumário

"APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO «EX OFFICIO» – *Mandado de Segurança – Município de São Paulo – ITBI – Impetração para garantir o direito líquido e certo de recolhimento do tributo com base no valor venal do imóvel utilizado para fins de IPTU ou no valor da transmissão – Ilegalidade na adoção de valor de referência como base de cálculo – Lei Municipal nº 14.256/06 – Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, da Lei nº 11.154/91, do Município de São Paulo, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça – Impossibilidade de cálculo sobre o IPTU – Bases de cálculo distintas – Inteligência do art. 38 do CTN – Possibilidade de recolhimento com base no valor da transação – Pode o Município, no entanto, valer-se do art. 148 do CTN quando entender que o valor declarado pelas partes esteja em desacordo com o mercado imobiliário, podendo nesta hipótese arbitrar a base de cálculo para efeito de pagamento de ITBI mediante o devido processo, atendido o princípio do contraditório – Valor da transação que, no entanto, é inferior ao valor venal para fins de IPTU – Proibição da "reformatio in pejus" – Sentença mantida – Recursos improvidos".* (Apelação/Remessa Necessária 1017264-24.2018.8.26.0053; Relator: Rezende Silveira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público, Data do Julgamento: 06/05/2019).

Por fim, a incidência de correção monetária sobre a base de cálculo desde a data da negociação até o efetivo recolhimento do imposto é medida que se mantém, em razão da necessidade de recomposição do poder de compra da moeda diminuído pela inflação.

Por tais motivos, impõe-se a manutenção da sentença, tal como proferida.

Posto isso, **nega-se provimento aos recursos oficial e voluntário do município**, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1006821-25.2019.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante MUNICÍPIO DE ARARAS e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado CARLOS ALBERTO OLIVATO.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.998)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA e BORELLI THOMAZ.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 18 de outubro de 2021.
ISABEL COGAN, Relatora

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. Município de Araras. Fiscal Urbano – **Recebimento do adicional de periculosidade – Possibilidade. Laudo pericial que identificou a periculosidade no exercício da atividade. Hipótese com amparo legal no Estatuto dos Servidores Municipais (art. 138, §6º, da LCM nº 81/06). Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS.**

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de **fls. 366/369** que julgou procedente o pedido para condenar a municipalidade a implantar o pagamento do adicional de periculosidade em favor do autor, observada a prescrição quinquenal, com correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora nos termos da Lei nº 11.960/09. Em razão da sucumbência, o requerido foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apelou a municipalidade pugnando pela improcedência da ação (**fls. 381/391**).

Recurso contrariado (**fls. 399/405**).

Feito, no mais, sujeito ao reexame necessário.

É O RELATÓRIO.

Os recursos não comportam acolhimento.

Trata-se de ação ajuizada por servidor público do Município de Araras, o qual, em virtude do exercício no cargo de fiscal urbano, pleiteou o reconhecimento do trabalho em condições de periculosidade, em virtude do exercício das atividades com utilização de motocicleta.

O artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal assegura o percebimento de adicional para aqueles que exercem atividades insalubres ou perigosas, na forma da lei. Ainda, nos termos do art. 39 da Constituição Federal, prevê-se a autonomia dos Municípios para organizarem sua estrutura administrativa e o regime de trabalho de seus funcionários.

No caso, o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Araras (Lei Complementar Municipal nº 31/2013) prevê:

Art. 138) – Será concedido ao servidor público o adicional de insalubridade ou de periculosidade, ou ainda, ao adicional de trabalho penoso ou de

Acesso ao Sumário

risco de vida nas condições previstas na presente subseção.

§ 1º) – O servidor público que, pelos critérios técnicos, fizer jus a mais de um adicional, dentre os previstos no "caput" deste artigo, deverá optar por um deles, sendo vedada a acumulação dos mesmos.

§ 2º) – Os adicionais descritos neste artigo serão devidos apenas enquanto perdurarem as condições, riscos e ações dos agentes que deram causa a sua concessão.

(...) § 6º) – Na concessão de qualquer dos adicionais previstos neste artigo serão observadas as situações específicas disciplinadas nas normas técnicas e regulamentadoras da legislação federal.

(...) Art. 140) – Os servidores públicos que trabalhem, de forma habitual e permanente, em atividade considerada perigosa, na forma da legislação vigente, fazem jus ao adicional de periculosidade.

§ 1º) – Serão consideradas atividades ou operações perigosas aquelas em que o servidor público trabalhe com habitualidade em contato permanente com inflamáveis ou explosivos, bem como máquinas, instalações ou equipamentos energizados, nos termos do programa de prevenção de riscos ambientais.

§ 2º) – O trabalho em condições de periculosidade assegura um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o vencimento base do servidor público.

Com a finalidade de aferir as condições de trabalho do servidor, foi determinada a realização de perícia judicial, que concluiu:

"*De acordo com o Artigo 193 da CLT e Anexo 5 da NR 16 da Portaria 3.214/78, as atividades desenvolvidas pelo reclamante no período descrito no item 5 deste laudo,* ***foram*** *classificadas como* ***periculosas*** *por utilização de motocicletas, fazendo jus ao adicional de 30% sobre o salário mensal*" (**fls.298**).

Cabe destacar, no mais, que o perito atestou que o uso de motocicleta pelo servidor é realizado de forma não eventual, conforme exigido pelas normas regulamentadoras e jurisprudência trabalhista.

Por sua vez, a municipalidade sustenta a inaplicabilidade da legislação federal e a ausência de previsão de pagamento do adicional de periculosidade para atividades com uso de motocicleta, conforme art. 140 da LCM nº 31/2013, acima reproduzida.

Entretanto, cabe destacar que o art. 138, §6º, da LCM nº 31/2013 prevê expressamente a aplicação, para fins de concessão do adicional de periculosidade, das normas técnicas e regulamentadoras da legislação federal, nas situações que disciplinam.

Assim sendo, o caso é de aplicação supletiva da norma federal, que prevê, conforme bem relatado pelo perito judicial, a atividade do autor como perigosa, em virtude da utilização de motocicleta.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, já se manifestou este E. Tribunal de Justiça, em caso semelhante:

> *APELAÇÃO – Servidor Público Municipal – Araras – Pretensão de reconhecimento do direito do autor ao recebimento de adicional de insalubridade ou de periculosidade em função do desempenho das funções relacionadas ao cargo de Fiscal Leiturista – Cargo ocupado pelo autor que, nos termos da Lei Complementar nº 81/06, tem como uma de suas atribuições a condução de veículos ciclomotores – Artigo 138, § 6º, do Estatuto dos Servidores Municipais de Araras que, para a concessão do adicional de periculosidade, dispõe que serão observadas as situações específicas disciplinadas nas normas técnicas e regulamentadoras da legislação federal – Utilização de motocicleta no deslocamento do trabalhador em vias públicas que é considerada atividade perigosa, nos termos do item 1 do Anexo V da NR-16 – Pagamentos devidos, nos termos do artigo 140, § 2º, do Estatuto dos Servidores Municipais – Recurso provido.* **(AC nº 1001369-97.2020.8.26.0038, Rel. Aliende Ribeiro, 1ª Câmara de Direito Público, j. 08/10/2021).**

Dessa forma, o apelante não logrou infirmar as conclusões do laudo pericial e as condições de trabalho do servidor ali descritas, sendo de rigor o acolhimento das conclusões da perícia, realizada a contento e fundamentada tecnicamente por profissional de confiança do juízo e equidistante dos interesses das partes.

Nessas circunstâncias, forçosa é a manutenção da r. sentença, em sua integralidade.

Levando-se em consideração o trabalho adicional realizado em grau recursal, é de rigor a majoração dos honorários sucumbenciais para que passem ao patamar de 11% sobre o valor da condenação, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC.

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada, salientando-se o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 3005330-92.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ESTADO DE SÃO PAULO, são embargados IDAMIS CARRAVERO COSTA, ROSELI APARECIDA BORTOLOTTI BADRA, INES AMABILE FELLET PENATTI, MARIA RITA ROCHA CUZINATTO, MARIA APARECIDA DE NOVAES D AGUANO, ADILIO MARCUZZO, CLAUDETE DE FRANCESCHI, LEA ANGELICA BRESSAN, MARIA IVANILDA ZORDAN DE OLIVEIRA ALVES e NILZA DE TONI MAESTRELO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.656)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente sem voto), TORRES DE CARVALHO e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 2 de outubro de 2021.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Execução de julgado. Alegação de excesso de execução por não observância dos termos da Lei n. 11.960/09. Impugnação rejeitada, com homologação do cálculo do Contador Judicial. Decisão mantida. Incidência da Lei n. 11.960/09 no cálculo dos juros de mora, não da correção monetária. Observância do Tema 905 do STJ c.c. Tema 810 do STF. Agravo de instrumento não provido. Inexistência de omissão. Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Em relação a acórdão que negou provimento a agravo de instrumento contra decisão que rejeitara impugnação e homologara o demonstrativo de evolução de débito formulado pela Contadoria Judicial (p. 87/92) opôs a FESP embargos de declaração, de cunho infringente, alegando que o acórdão padece de

omissão em razão de não ter se pronunciado expressamente acerca do decidido pelo STF, quando do julgamento do Tema n. 733 de Repercussão Geral; reiterou que o título executivo transitado em julgado determinou expressamente a aplicação da Lei n. 11.960/2009 para o cálculo da correção monetária e que o caso em tela amolda-se ao entendimento consolidado pelo STJ no item 4 da ementa do julgamento do Tema n. 905 dos Recursos Especiais Repetitivos; argumentou que, ainda que se trate de norma posteriormente declarada inconstitucional, a decisão do STF em sede de controle concentrado não é apta a desconstituir automaticamente o título executivo; ressaltou a necessidade de observância do princípio da segurança jurídica, em respeito à garantia da coisa julgada, prevista no inciso XXXVI, do art.5º, da CF e nos arts. 502/508 do CPC; afirmou que título executivo se mantém hígido, salvo decisão de desconstituição por meio de ação rescisória, o que não ocorreu na espécie; acrescentou que o caso não se amolda ao Tema n. 810, mas sim ao Tema 980 do STF, razão pela qual merece prequestionamento da matéria constitucional e sobrestamento; pugnou pelo provimento dos embargos e, subsidiariamente, pelo sobrestamento do recurso na forma do Tema 980 da Repercussão Geral.

É o relatório.

Não há omissão a sanar. O acórdão decidiu fundamentadamente o conflito de interesses. Nada impõe fazer menção expressa, numérica, a regras legais não contrariadas nem com vigência negada; tampouco reproduzir argumentos que ficaram explicitamente rechaçados.

Trata-se de recurso de caráter meramente **protelatório** e **infringente**, por meio do qual a embargante tenta modificar julgado devidamente fundamentado, não se pode utilizar dos embargos de declaração como se de novo recurso se tratasse.

O julgado analisou os dispositivos aplicáveis ao caso. Ficou assinalado no v. acórdão que a turma colegiada seguiu tanto o disposto na Repercussão Geral relativa ao Tema n. 810 quanto na Repercussão Geral relativa ao Tema 905 do STJ, no sentido de estar pacificado o entendimento de que nas condenações contra a Fazenda Pública decorrentes de relação jurídica não tributária, a aplicabilidade dos juros moratórios se dará segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09 e a atualização monetária consoante o IPCA-E.

Não vulnera a coisa julgada a aplicação de norma legal posterior, de natureza processual, que modifica o trato da mesma matéria. Assim como a lei nova se sobrepõe à antiga, também se sobrepõe à coisa julgada fundada na mesma lei antiga, revogada.

Destarte, não viola a coisa julgada a revisão dos critérios de cálculo da correção monetária e dos juros de mora, ante a determinação de observância

Acesso ao Sumário

aos Temas 810 do STF e 905 do STF. Tampouco ofensa ao n.733 do STF, que diz respeito à eficácia temporal de sentença transitada em julgada fundada em norma superveniente declarada inconstitucional pelo STF.

Nesse sentido há julgado recente do STF:

"Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (eDOC 1, p. 58): "Agravo de Instrumento – Impugnação ao cumprimento de Sentença – Alegação de excesso de execução – Julgado exequendo, com trânsito em julgado em 04/02/2015, indicando a incidência da Lei nº 11.960/09 quanto à correção monetária e aos juros moratórios – Inaplicabilidade da Lei nº 11.960/09 quanto à correção monetária diante do julgamento de mérito do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810, STF, Ata nº 27, de 20/09/2017, DJE nº 216 – Efeitos da declaração de inconstitucionalidade "ex tunc" e natureza processual do tema Agravo não provido." Os embargos de declaração foram rejeitados (eDOC 1, p 84). No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a e b, do permissivo constitucional, aponta-se ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Nas razões recursais, sustenta-se, em suma, que (eDOC 2, p. 12): "... a decisão judicial transitada em julgado que embasa esta execução, de forma clarividente, determina a aplicação da Lei 11.960/2009 para fins de correção monetária. Assim, tendo em vista que o cumprimento de sentença deve seguir os parâmetros fixados no título, caberia ao Tribunal *a quo*, em observância à legislação processual que trata da coisa julgada, determinar a aplicação de correção monetária conforme definido no título, reconhecendo-se o excesso de execução. Há, portanto, violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que expressamente determina a proteção da coisa julgada." A Presidência da Seção de Direito Público do TJSP inadmitiu o recurso extraordinário em virtude da incidência, na hipótese, do óbice da Súmula 279 do STF (eDOC 2, p. 47-48). É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. De plano, verifica-se que a controvérsia em exame, referente aos critérios de correção monetária e juros incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, cinge-se ao Tema 810 da sistemática da repercussão geral, relativo ao RE 870.947-RG, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 20.11.2017. Ao apreciar a matéria, o Supremo Tribunal fixou as seguintes teses: "I - O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de

Acesso ao Sumário

mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; II – O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina." **A propósito da existência de coisa julgada quanto ao índice de correção monetária, a orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de não haver desrespeito à coisa julgada pela aplicação de precedente firmado em sede de repercussão geral**. Com efeito, constata-se que, em 03.10.2019, houve o julgamento pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal dos embargos opostos no RE nº 870.947-RG (Tema 810), de relatoria do Min. Luiz Fux, oportunidade em que o Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e decidiu não modular os efeitos da decisão anteriormente proferida. Dessa forma, esta Corte, ao concluir pela não modulação dos efeitos da decisão proferida no RE 870.947-RG, considerou inconstitucional o índice de correção monetária (Taxa Referencial) desde a data da edição da Lei 11.960/2009. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente, prolatado após o julgamento dos referidos embargos de declaração: "Embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário. Omissão. Ocorrência. 2. Direito Administrativo. Índice de correção monetária das condenações judiciais da Fazenda Pública. 3. Não houve modulação de efeitos da declaração parcial de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela Lei 11.960/2009. Ao determinar a aplicação do IPCA-e apenas após 25.3.2015, data do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, o Tribunal de origem contrariou a tese fixada no RE-RG 870.947, paradigma do tema 810 do Plenário Virtual. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso extraordinário. Honorários majorados em 10%" (RE 1.162.628-AgR-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 06.11.2019). Destaco, ainda, da decisão monocrática exarada no RE 1.197.964-AgR, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, DJe 22.10.2019, os seguintes fragmentos: "Em 3.10.2019, ao julgar os embargos de declaração no Recurso Extraor-

Acesso ao Sumário

dinário n. 870.947-RG (Tema 810), Relator o Ministro Luiz Fux, este Supremo Tribunal decidiu não modular os efeitos da decisão nele proferida, aplicando-se às condenações impostas à Fazenda Pública a inconstitucionalidade da correção monetária pelo índice de remuneração oficial da caderneta de poupança (Taxa Referencial). Assim, este Supremo Tribunal atribuiu eficácia retroativa à decisão de mérito proferida naquele Recurso Extraordinário, sendo nulo o índice de correção monetária declarado inconstitucional (Taxa Referencial) desde a data da edição da lei que o estabeleceu (Lei n. 11.960/2009). Ao estabelecer a Taxa Referencial TR como índice de atualização monetária a ser adotado na espécie vertente, o Tribunal de origem divergiu do entendimento firmado por este Supremo Tribunal pela exceção fixada no item 2.2 da modulação de efeitos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4.425 e 4.357 quanto à ausência de modulação de efeitos ao decidido no Recurso Extraordinário n. 870.947-RG, Tema 810. 12. Pelo exposto, em juízo de reconsideração, anulo a decisão agravada (e-doc. 4) e dou provimento ao recurso extraordinário para ser atualizada monetariamente a dívida pelo IPCA-E a partir de janeiro de 2014 (al. b do inc. V do art. 932 do Código de Processo Civil e § 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)". Observa-se, portanto, que o acórdão recorrido, proferido em 29.05.2020, posteriormente, portanto, ao julgamento de mérito do Tema 810 pelo Supremo Tribunal Federal, não divergiu do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria ora controvertida. Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 932, IV, b, do CPC. Publique-se. Brasília, 04 de agosto de 2021." (STF - ARE: 1312852 SP 3001753-43.2020.8.26.0000, Rel. Ministro Edson Fachin, j. em 04/08/2021, p. em 06/08/2021, g.n.).

No mesmo sentido tem se posicionado a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"AGRAVOS INTERNOS. Decisões monocráticas que negaram seguimento a recurso especial e extraordinário. – A aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494 com a redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos TEMA 905 - Resp. n. 1.495.146/MG. – A impossibilidade jurídica da utilização do Índice de Remuneração da Caderneta de Poupança (TR) como critério de correção monetária nas condenações judiciais da Fazenda Pública (art. 1º- F da Lei 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09) é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte no *leading case* TEMA 810 - RE n. 870.947/SE. – Afastamento da coisa julgada. Possibilidade. Ação rescisória des-

Acesso ao Sumário

necessária ante a configuração de fato novo na declaração recente do STF afastando a TR como critério de atualização. Nega-se provimento aos recursos." (Agravo Interno n. 2176722-25.2018.8.26.0000; Rel. Magalhães Coelho (Pres. da Seção de Direito Público); Câmara Especial de Presidentes; j. em 08/01/2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – IMPUGNAÇÃO – Alegado excesso de execução pela inaplicabilidade da Lei nº 11.960/09 no tocante à correção monetária – Questão analisada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça na análise do Tema 905, cujo entendimento está em consonância com o decidido no Tema 810, do STF – Alegação de necessidade de preservação da coisa julgada (item 4 do Tema 905/STJ). O título exequendo determinou a aplicação da Lei nº 11.960/2009, porém o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da referida lei (ADIn 4.357/DF). Impossibilidade de prevalência da coisa julgada fundada em norma inconstitucional. Inteligência do art. 535, §§ 5º e 6º do CPC. Ausência de violação à coisa julgada. Decisão mantida. Recurso desprovido." (Agravo de Instrumento n. 3004750-62.2021.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Danilo Panizza, j. 08.09.2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Correção Monetária. Insurgência contra aplicação do IPCA-E no cálculo da correção monetária em consonância com os temas 810 do STF e 905 do STJ. Inadmissibilidade. Matéria de ordem pública, cuja análise pode ser realizada de ofício. Afronta à coisa julgada não caracterizada. Viável a adequação dos valores em fase de cumprimento de sentença para aplicação dos corretos índices de correção monetária e juros, sob pena de se aplicar leis inconstitucionais (REsp nº 1112524/DF, Tema 235). Inaplicabilidade do decidido no tema 733 do STF, na questão relativa a juros e correção monetária, que são matérias de ordem pública. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido." (Agravo de Instrumento n. 3003079-04.2021.8.26.0000; 2ª Câmara de Direito Público; Relatora Vera Angrisani; j. em 30/06/2021).

Como se vê, não se justificam estes embargos de declaração, ante a decisão fundamentada, contrária aos interesses do ora embargante.

Por fim, cumpre ressaltar que o pedido de sobrestamento do recurso na forma do Tema 980 da Repercussão Geral não foi objeto do agravo aqui embargado e, ainda que fosse, não seria caso de acolhimento porque não houve determinação de sobrestamento dos processos similares no aludido tema. Além disso, o Tema 980 da repercussão geral foi cancelado em razão de ausência de paradigma apto para o correspondente julgamento, nos termos da decisão exarada pelo eminente Rel. Min. Marco Aurélio, disponibilizada no DJE de

Acesso ao Sumário

03/02/2021.

"Ao Tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a "res in iudicium deducta", o que se deu no caso em exame" (EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento n. 442.193-SP, STJ, rel. Min. Franciulli Netto, 19.08.04. v. RT 841/213-217, STJ, AgRg no REsp 462.431-RN, 16.08.05, rel. Min. Denise Arruda).

Ante o exposto, **rejeitam-se os embargos de declaração e mantém-se o acórdão por seus próprios fundamentos.**

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1019373-06.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente J.E.O., é recorrido N.A.R.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.182)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), REZENDE SILVEIRA e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – Base de cálculo de ITBI – Arrematação – ITBI sobre transmissão de imóvel adquirido em hasta pública – Fato gerador que se dá com o registro do título, nos termos do art. 156, inc. II, da CF/88 e art. 1.245 do CC/2002 – Nos casos de alienação judicial e extrajudicial, o preço da arrematação ou valor para fins de IPTU é que deve integrar

a base de cálculo do imposto – Precedentes do STJ – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2243516-62.2017.8.26.0000 – Incidência de correção monetária apenas, afastada incidência de encargos moratórios e multa – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de remessa necessária em vista de sentença que concedeu parcialmente a segurança para que fosse considerado como base de cálculo do imposto a ser recolhido em virtude da transação noticiada na inicial o valor venal do imóvel previsto para o IPTU ou o valor da arrematação, se superior, e como momento da exigência o registro da carta de arrematação, sem aplicação de juros moratórios e multa.

Sem apresentação de recursos voluntários, vieram os autos a este E. Tribunal de Justiça para fins de reexame necessário.

É o relatório.

Discute-se no *mandamus*, em síntese, qual a base de cálculo que deve ser observada para fins de cobrança do ITBI, se deve ser considerado o valor venal do imóvel ou o valor da transação, se este for maior.

Trata-se de remessa necessária em vista de sentença que concedeu parcialmente a segurança para que fosse considerado como base de cálculo do imposto a ser recolhido em virtude da transação noticiada na inicial o valor venal do imóvel previsto para o IPTU ou o valor da arrematação, se superior, e como momento da exigência o registro da carta de arrematação, sem aplicação de juros moratórios e multa.

Com efeito, a decisão proferida pelo i. magistrado de primeiro grau não comporta reparos, haja vista estar em absoluta consonância com os ditames legais e constitucionais.

Na esteira de pacífica jurisprudência do STJ, a arrematação judicial de imóvel induz a utilização do valor da transação para a base de cálculo do ITBI, afastado qualquer outro, pois que se trata de modalidade de aquisição originária da propriedade. Ainda, o momento de ocorrência do fato gerador é o registro do respectivo título na matrícula imobiliária, eis que a lei exige tal ato para que se opere a transferência da propriedade imóvel.

Vejamos:

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO PARA A INCIDÊNCIA DO ITBI. ARREMATAÇÃO EM HASTA PÚBLICA. VALOR ARREMATADO. MOMENTO DO FATO GERADOR. REGISTRO DO IMÓVEL. I - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica no sentido de que o valor

venal para fins de composição da base de cálculo do ITBI é aquele consignado no próprio ato de arrematação. Precedentes: AgRg no AREsp 818.785/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 13/05/2016; AgRg no REsp 1565195/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; AgRg no AREsp 630.603/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 13/03/2015. II - Com relação ao aspecto temporal do fato gerador, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uniforme no sentido de que o fato gerador do ITBI é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico no ofício competente. Precedentes: REsp 1673866/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 13/09/2017; REsp 1236816/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 22/03/2012. III - Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (AREsp 1425219/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019). Grifou-se.

TRIBUTÁRIO – ITBI – FATO GERADOR – OCORRÊNCIA. REGISTRO DE TRANSMISSÃO DO BEM IMÓVEL.

1. Rechaço a alegada violação do art. 458 do CPC, pois o Tribunal a quo foi claro ao dispor que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. A partir daí, portanto, é que incide o tributo em comento.

2. O fato gerador do imposto de transmissão (art.35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico no ofício competente. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg. no AREsp 215273/SP, Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, Data do Julgamento 02/10/2012).

Nesse sentido é o entendimento da doutrina e da jurisprudência, que afirmam que a base de cálculo do ITBI pode ser o preço da transmissão do bem, ou o valor venal atribuído pelo poder público para fins de IPTU, o que for maior, repise-se:

Acesso ao Sumário

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – ITBI – BASE DE CÁLCULO – Deve ser calculado sobre o valor do negócio jurídico realizado ou sobre o valor venal do imóvel para fins de IPTU, aquele que for maior, afastando o "valor de referência" – Ilegalidade da apuração do valor venal previsto em desacordo com o CTN – Ofensa ao princípio da legalidade tributária, artigo 150, inciso I da CF – Precedentes – IRDR PROVIDO PARA FIXAR A TESE JURÍDICA DA BASE DE CÁLCULO DO ITBI, DEVENDO CORRESPONDER AO VALOR VENAL DO IMÓVEL OU AO VALOR DA TRANSAÇÃO, PREVALECENDO O QUE FOR MAIOR. (TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

2243516-62.2017.8.26.0000; Relator: Burza Neto; Órgão Julgador: 7º Grupo de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/05/2019; Data de Registro: 26/07/2019).

Especificamente sobre arrematação em hasta pública, a tese firmada pelo TJSP no IRDR 2243516-62.2017.8.26.0000, dispõe:

"Fixaram a tese jurídica da base de cálculo do ITBI, devendo ser calculado sobre o valor do negócio jurídico realizado e, se adquirido em hastas públicas, sobre o valor da arrematação ou sobre o valor venal do imóvel para fins de IPTU, aquele que for maior, afastando o valor de referência."

O legislador buscou, a fim de se obter um padrão, assentar o momento da transmissão da propriedade como aquele em que a avença é devidamente registrada na matrícula, conjurando-se, assim, a ciência inequívoca de terceiros acerca do fato. Desse modo, os encargos moratórios só podem incidir a partir do efetivo registro do título no Registro de Imóveis.

Assim, definida a base de cálculo e resguardados os termos do artigo 148 do CTN, o fato gerador do ITBI se verifica com o registro do bem imóvel no Cartório competente.

APELAÇÃO – Mandado de segurança – ITBI – Arrematação do imóvel em hasta pública – Base de cálculo – Valor da arrematação – Fato gerador – Obrigação tributária que nasce com o registro do título translativo da propriedade no cartório de registro de imóveis – Indevida a cobrança de encargos moratórios anteriormente ao registro – RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1029578-02.2018.8.26.0053; Relator: Henrique Harris Júnior; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/08/2019; Data de Registro: 16/08/2019).

EXECUÇÃO FISCAL – ITBI – Exercício de 2001 – Município de São Paulo – Integralização de imóvel, de propriedade dos sócios, no capital social da empresa executada – Exceção de pré-executividade – Momento do fato gerador – Registro no Cartório de Imóveis – Antes do registro ainda não existe o fato gerador do ITBI, tampouco sua atinente obrigação, certo que nem promessa ou contrato de compra e venda, nem cessão de direito e nem mesmo escritura de compra e venda, apesar de quitados, irretratáveis e irrevogáveis, autorizam por si sós, a exação em debate – Precedentes dos C. STF e STJ – Sentença mantida – Apelo da municipalidade improvido.

(TJSP; Apelação Cível 9000060-55.2011.8.26.0090; Relator: Silva Russo; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Municipais - Vara das Execuções Fiscais Municipais; Data do Julgamento: 09/08/2018; Data de Registro: 13/08/2018).

Acesso ao Sumário

Posto isto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso oficial, mantendo-se a sentença por seus próprios fundamentos, ademais dos ora acrescidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1053587-62.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido MARCOS NEVES AGUILAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.963)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Mandado de segurança – Município de São Paulo – Transporte individual privado de passageiros no Município de São Paulo – Uber – Pretensão de concessão da segurança para que os impetrados se abstenham de exigir o licenciamento do veículo no Município de São Paulo – Inaplicabilidade da Resolução CMUV nº 16/17 – Proteção constitucional às liberdades de iniciativa, concorrência e exercício de profissão – Precedentes – Sentença mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MARCOS NEVES AGUILAR contra ato do SECRETÁRIO MUNICPAL DE TRANSPORTES, do DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES PÚBLICOS DE SÃO PAULO - DTP alegando que é motorista profissional, com veículo licenciado em Atibaia e atua no transporte individual privado de passageiros no Município de São Paulo, por meio do aplicativo Uber. Aduziu que a Prefeitura de São Paulo editou resolução contendo disposição que proíbe o exercício da atividade em veículo emplacados fora do Município. Postulou a concessão de liminar para determinar que (i) o Diretor do DTP ou quem o substitua, não utilize a exigên-

cia de licenciamento no Município de São Paulo como óbice à concessão do CSVAPP - Certificado de Segurança do Veículo de Aplicativo e (ii) o Secretário Municipal de Transportes, assim como todos os órgãos, departamentos e agentes a elas subordinados ou conveniados, se abstenha de apenar o impetrante pelo simples exercício do transporte individual privado de passageiros com veículo licenciado fora deste Município, sob pena de multa de R$ 50.000,00 por cada ato praticado em desobediência à decisão. Ao final, requereu a concessão da ordem, confirmando a liminar.

A segurança foi concedida (fls. 300/304), confirmando a liminar deferida (fls. 271/272). Há reexame necessário.

Não houve a interposição de recurso voluntário (fls. 308).

Tendo o representante do Ministério Público declinado de manifestar-se nos autos (fls. 293/294), os autos deixaram de ser remetidos à d. Procuradoria de Justiça.

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MARCOS NEVES AGUILAR contra ato do SECRETÁRIO MUNICPAL DE TRANSPORTES, do DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES PÚBLICOS DE SÃO PAULO - DTP alegando que é motorista profissional, com veículo licenciado em Atibaia e atua no transporte individual privado de passageiros no Município de São Paulo, por meio do aplicativo Uber. Aduziu que a Prefeitura de São Paulo editou resolução contendo disposição que proíbe o exercício da atividade em veículo emplacados fora do Município. Postulou a concessão de liminar para determinar que (i) o Diretor do DTP ou quem o substitua, não utilize a exigência de licenciamento no Município de São Paulo como óbice à concessão do CSVAPP - Certificado de Segurança do Veículo de Aplicativo e (ii) o Secretário Municipal de Transportes, assim como todos os órgãos, departamentos e agentes a elas subordinados ou conveniados, se abstenha de apenar o impetrante pelo simples exercício do transporte individual privado de passageiros com veículo licenciado fora deste Município, sob pena de multa de R$ 50.000,00 por cada ato praticado em desobediência à decisão. Ao final, requereu a concessão da ordem, confirmando a liminar.

A segurança foi concedida.

O recurso oficial não merece provimento.

O transporte privado individual de passageiros é previsto como uma das modalidades de transporte urbano nos art. 3º e 4º da Lei Federal nº 12.587/2012, que concretizou competência atribuída à União no art. 21, XX, da Constituição Federal.

Embora caiba ao Município a regulamentação de assuntos de interesse local, inclusive relacionadas ao transporte público, isso não pode se dar de forma a

eliminar por completo o exercício de atividade de transporte privado individual de passageiros, efetivamente criando reserva de mercado para os táxis, sob pena de violação aos princípios constitucionais da livre iniciativa e concorrência.

Neste sentido o acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2216901-06.2015.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 05.10.2016) que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 16.279, de 08 de outubro de 2015, que dispôs *sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de São Paulo* (fls. 38/151).

Estabelece o artigo 11-B da Lei Federal nº 12.587/2012:

Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018)

I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada; (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018)

II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal; (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018)

III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV); (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018)

IV - apresentar certidão negativa de antecedentes criminais. (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018)

Parágrafo único. A exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros sem o cumprimento dos requisitos previstos nesta Lei e na regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal caracterizará transporte ilegal de passageiros. (Incluído pela Lei nº 13.640, de 2018)

A Resolução do Comitê Municipal de Uso do Viário nº 16, de 07 de julho de 2017 dispôs (fls. 153):

Art. 6º - Todos os veículos utilizados para a exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública cadastrados nas OTTCs deverão, obrigatoriamente, obter o Certificado de Segurança do Veículo de Aplicativo - CSVAPP.

Parágrafo único. O formato do Certificado de Segurança do Veículo de Aplicativo - CSVAPP, será criado mediante Portaria do Diretor do Departamento de Transporte Público - DTP.

Art. 7º - Para a obtenção do CSVAPP os seguintes critérios deverão ser

Acesso ao Sumário

atendidos:

...

III - apresentar Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) no Município de São Paulo;

A restrição estabelecida pela Resolução CMUV nº 16, de 07 de julho de 2017, no Município de São Paulo, ao exercício da atividade de transporte privado individual de passageiros somente por veículo licenciados no próprio município viola a isonomia e livre iniciativa e concorrência.

Não se nega a competência do Município em regulamentar e fiscalizar o serviço, mas a Resolução em tela extrapola o poder regulamentador ao criar restrição indevida.

Neste sentido, julgados deste E. Tribunal de Justiça, inclusive desta C. 2ª Câmara de Direito Público:

MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão visando afastar a exigência da Municipalidade no Licenciamento do Veículo no Município de São Paulo para emissão do Certificado de Segurança do Veículo de Aplicativo (CSVAPP). Impossibilidade. Previsão contida na Resolução nº 16/2017 do Comitê Municipal de Uso do Viário que extrapola o poder regulamentar. Sentença mantida. Recurso e remessa necessária conhecidos e não providos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1001360-61.2018.8.26.0053; Relatora: Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/07/2018; Data de Registro: 01/08/2018).

RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – Resolução nº 16/2017 que, sob alegação de regulamentar o Decreto Municipal nº 56.981/2016, inova no ordenamento jurídico ao estabelecer restrições à atividade econômica de transporte individual de passageiros em São Paulo – Competência legislativa privativa da União, conforme art. 22 da Constituição Federal – Impossibilidade de que uma resolução estabeleça restrições ao exercício de atividade econômica – Necessidade de observância do princípio da legalidade – Medida que viola o princípio da proporcionalidade, eis que não se afigura necessária para atingimento dos fins pretendidos pelo Município – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1058476-59.2017.8.26.0053; Relator: Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/06/2018; Data de Registro: 21/06/2018).

RECURSO VOLUNTÁRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança – Alegação de que é motorista profissional e exerce as suas atividades nesta capital com automóvel licenciado

Acesso ao Sumário

em outra localidade – Por meio da Resolução 16 do Comitê Municipal de Uso do Viário, a Municipalidade exige que o veículo empregado no transporte remunerado de passageiros seja aqui licenciado, o que fere os dispositivos constitucionais e legais mencionados – Pretensão da concessão da segurança para que seja afastada a exigência do licenciamento em São Paulo para a concessão do certificado de segurança do veículo de aplicativo (CSVAPP) – Sentença de concessão da ordem – Inconformismo do Município de São Paulo. Preliminares recursais do Município de São Paulo, afastadas. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo – Sentença que concedeu a segurança para que o licenciamento do veículo do impetrante em outra cidade não constitua óbice ao exame de seu pedido administrativo para a obtenção do certificado de segurança do veículo de aplicativo CSVAPP, mantida – Recurso voluntário do Município de São Paulo e reexame necessário, improvidos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1055844-60.2017.8.26.0053; Relator: Marcelo L Theodósio; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/06/2018; Data de Registro: 20/06/2018).

Apelação Cível – Administrativo – Mandado de Segurança – Motorista particular – Aplicativo UBER – Pretensão de afastar exigência municipal de restringir a atividade de motorista do aplicativo apenas aos veículos licenciados no Município de São Paulo – Sentença que concede a segurança – Remessa necessária suscitada e Recurso pelo Município – Desprovimento de rigor. 1. Carência da ação mandamental – Inocorrência – Exordial da impetração que se faz acompanhar dos elementos probatórios suficientes para a apreciação do mérito da ação – Ademais, demanda voltada especificamente contra ameaça de lesão a direito líquido e certo – Inexistência de impetração contra lei em tese – Hipótese em que não se aplica a Súmula nº 266, do STF – Adequação da via eleita – Preliminares rejeitadas. 2. Com efeito, não se mostra possível a aplicação da exigência contida na Resolução Municipal nº 16/2017 de licenciamento do veículo no Município de São Paulo, e que extrapolou os limites da Lei Federal nº 12.587/2012 – Norma municipal que, ademais, afronta o direito de livre concorrência (art. 170, IV da CF). Precedentes desta Corte. Sentença mantida – Preliminares rejeitadas, recursos desprovidos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1051888-36.2017.8.26.0053; Relator: Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/06/2018; Data de Registro: 18/06/2018).

Destarte, de rigor a manutenção da r. sentença.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso oficial.

Para fins de prequestionamento tem-se por inexistente violação a qual-

Acesso ao Sumário

quer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1049436-31.2020.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido ROGERIO VINICIUS DOS SANTOS.

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 reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.338)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 29 de agosto de 2021.

AFONSO FARO JR., Relator

Ementa: AÇÃO POPULAR – ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS PÚBLICOS – Secretário Municipal de Saúde e membro da JARI – Natureza honorífica da função de membro da JARI – Não enquadramento na vedação constitucional – Sentença mantida.

AÇÃO POPULAR – UTILIZAÇÃO DA RECEITA ARRECADADA COM A COBRANÇA DE MULTAS DE TRÂNSITO PARA REMUNERAÇÃO DOS MEMBROS DA JARI – Possibilidade – Inteligência do art. 320 do CTB e art. 10, XIII, da Resolução CONTRAN nº 638/16 – Sentença mantida.

NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO OFICIAL.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

A sentença de fls. 178/181, cujo relatório é o adotado, julgou improcedente o pedido formulado por ROGÉRIO VINÍCIUS DOS SANTOS em ação popular ajuizada em face de ALDENIS ALBANEZE BORIM, EDSON EDINHO

COELHO ARAÚJO e MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, por não vislumbrar as ilegalidades sustentadas pelo autor.

Subiram os autos a este E. Tribunal por força do reexame necessário, tendo em vista o desinteresse das partes em ofertar recursos voluntários.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 195/196).

É o relato do necessário.

O rexame necessário não comporta provimento.

Inicialmente, cumpre consignar que a ação popular, na lição de Hely Lopes Meirelles, "é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ou a estes equiparados ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos*"* (Mandado de Segurança, 30ª ed., 2007, págs. 123/124).

Constitui importante medida de controle da administração e do bem público, a ser exercido pelo cidadão com o objetivo de invalidar atos praticados com ilegalidade que resultaram em dano ao erário público, lesão à moralidade, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico cultural, tendo como pressupostos ao seu ajuizamento, ser o autor cidadão brasileiro (no gozo de seus direitos cívicos e políticos), haver ato ilegal e lesividade do ato ao patrimônio público.

No caso em apreço, o autor alega irregularidade na acumulação de cargos remunerados pelo requerido ALDENIS, nomeado pelo segundo requerido para ocupar, no período de janeiro de 2017 a julho de 2019, o cargo de secretário municipal de saúde, bem como a função de membro da 1ª Junta Administrativa de Recursos de Infrações - JARI. Alega, ainda, uso ilegal de recursos oriundos da arrecadação de multas de trânsito para pagamento da remuneração dos membros da JARI.

A respeito da vedação à acumulação remunerada de cargos públicos, dispõem os incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal:

> "*XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:*
>
> *a) a de dois cargos de professor;*
>
> *b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;*
>
> *c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;*
>
> *XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;*"

Acesso ao Sumário

Ocorre que o membro da JARI não é ocupante de cargo público e sim um agente honorífico. Da lição de Hely Lopes Meirelles, extrai-se que:

> "*Agentes honoríficos: são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. Tais serviços constituem o chamado 'múnus público', ou 'serviços públicos relevantes', de que são exemplos a função de jurado, de mesário eleitoral, de comissário de menores, de presidente ou membro de comissão de estudo ou de julgamento e outros dessa natureza. Os agentes honoríficos não são servidores públicos, mas momentaneamente exercem uma 'função pública' e, enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um 'pro labore' e contar o período de trabalho como de serviço público. Sobre estes agentes eventuais do Poder Público não incidem as proibições constitucionais de acumulação de cargos, funções ou empregos (art. 37, XVI e XVII), porque sua vinculação com o Estado é sempre transitória e a título de colaboração cívica, sem caráter empregatício*." (Direito Administrativo Brasileiro, 40ª edição, Malheiros editores, pág. 82).

Nesse contexto, bem ponderou o magistrado *a quo* que, "*não sendo os membros das JARIs ocupantes de cargos, mas tão somente agentes públicos honoríficos, que desempenham funções esporádicas e precárias, sem vínculo empregatício, não lhes são aplicáveis as vedações constitucionais deduzidas na exordial*" (fls. 180).

Além disso, sequer foi alegada pelo autor qualquer incompatibilidade de horários no exercício das funções.

Em caso análogo, assim decidiu este E. Tribunal:

"*APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – Servidora pública estadual – Cumulação de cargos – Professora de Educação Básica e Conselheira Tutelar – Possibilidade – A função de Conselheiro Tutelar enquadra-se na categoria de cargo honorífico, que não impede a sua cumulação – Comprovação documental de que há compatibilidade de horários – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença reformada – Recurso provido.*" (TJSP; Apelação Cível 1006575- 96.2017.8.26.0297; Relator: Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Jales - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/07/2019; Data de Registro: 30/07/2019).

No tocante à destinação dos recursos oriundos das multas de trânsito, o *caput* do art. 320 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece que "*a receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito*".

Acesso ao Sumário

Por sua vez, a Resolução CONTRAN nº 638/16[1], ao regulamentar a matéria, assim dispõe a respeito das despesas com policiamento e fiscalização:

"*Art. 10.* São considerados elementos de despesas com policiamento e fiscalização:

(...)

XIII - manutenção, conservação e funcionamento da Junta Administrativa de Recursos de Infração - Jari, do Conselho Estadual de Trânsito - CETRAN e do Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRANDIFE;"

Assim sendo, conforme pontuou o representante do Ministério Público (fls. 175), "*as despesas com a JARI, inclusive remuneração dos seus membros, pode ser entendida como despesa de policiamento e fiscalização, segundo o próprio regulamento do artigo 320 do CTB, estando ainda expressamente prevista na legislação municipal, do que resulta o cabimento de seu custeio com a receita arrecadada pelos pagamentos das multas de trânsito, que integra o Fundo Municipal de Trânsito de São José do Rio Preto*".

Portanto, não comprovou o autor, nestes autos, a ocorrência de ilegalidade nos atos praticados e, tampouco, dano ao erário do município de São José do Rio Preto.

Em suma, a r. sentença deu correta solução à demanda e merece ser mantida.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso oficial, mantendo a sentença tal qual foi lançada.

Eventuais recursos que sejam interpostos deste julgado estarão sujeitos ao julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da interposição de referidos recursos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1065213-10.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida ADRIANA SANTOS FARIAS.

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 em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.415)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MON-

1 *Dispõe sobre as formas de aplicação da receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito, conforme previsto no caput do art. 320 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro - CTB.*

NERAT (Presidente sem voto), ALBERTO GENTIL e ALDEMAR SILVA.

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

RICARDO GRACCHO, Relator

Ementa: 1. Verificados o nexo causal e a incapacidade laborativa parcial e permanente, de rigor a concessão de auxílio-acidente, a partir da alta médica.

2. Acerca da adequação das parcelas em atraso, incidirá a Lei nº 8.213/91 e alterações posteriores.

3. A concessão de auxílio-doença pelo mesmo fato gerador determina a suspensão do auxílio-acidente durante a sua vigência. Inteligência do art. 104, § 6º, do Decreto nº 3.048/99.

4. A verba honorária deverá ser fixada na fase de liquidação, conforme disposto no artigo 85, §§ 3º e 4º, II do CPC, observando-se a Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

5. A partir da edição da Lei nº 11.960/09, aplica-se o IPCA-E como índice de correção monetária, conforme definido no julgamento do TEMA 810 do STF (Leading Case – RE. 870.947).

VOTO

Acrescente-se ao relatório da sentença, que a ação acidentária movida por **Adriana Santos Farias** foi julgada procedente (fls. 262/266 e 273).

Recorre de ofício o Juízo da 5ª Vara de Acidentes do Trabalho de São Paulo, por força do disposto no artigo 10, da Lei nº 9.469/97.

É o relatório.

A sentença carece de pequeno reparo.

Alega a autora que, em razão das condições agressivas de suas atividades como analista administrativo para a empresa Teleperformance CRM Ltda., acabou acometida por síndrome do túnel do Carpo em punho esquerdo, o que comprometeu sua capacidade laborativa.

Informa a concessão de benefícios por incapacidade temporária e o prejuízo funcional. Pede a concessão de benefício acidentário.

Analisando-se as provas produzidas nos autos, especialmente o laudo médico pericial de fls. 69/77 e os esclarecimentos de fls. 177, a conclusão é a de que o caso comporta a indenização infortunística.

Acesso ao Sumário

O artigo 86 da Lei nº 8.213/91 dispõe que: "O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia".

Por sua vez, para o reconhecimento de tal direito ao benefício no âmbito acidentário é necessária a comprovação de que a lesão corporal ou perturbação funcional decorra do exercício do trabalho ou por motivo dele.

O exame físico dos punhos revelou: "Ausência de deformidades, edemas ou atrofias. Presença de cicatriz longitudinal de 3,5 cm em face anterior do punho esquerdo. Presença de cisto sinovial em dorso do punho direito. Discreta limitação dos movimentos de flexo extensão do punho esquerdo quando comparados com o lado direito (movimentos mantidos à direita). Testes de Phalen, Phalen invertido, Durkan e Tinel negativos nos dois punhos. Hipoestesia referida em polpa do 3º e 4º dedos da mão esquerda (sentiu até monofilamento azul que indica sensibilidade diminuída, com dificuldade quanto à discriminação fina). Sensibilidade normal nos dedos da mão direita (sentiu todos os monofilamentos, inclusive o verde, que indica sensibilidade normal). Movimentos dos dedos mantidos. Ausência de gatilhos nos dedos das duas mãos. Força mantida bilateralmente" (fls. 71/72).

O perito informou que "Em suma, existe incapacidade parcial e definitiva para o trabalho. Não podemos tecnicamente afirmar que as atividades desenvolvidas no contrato de trabalho, tenham sido as únicas determinantes para o aparecimento da doença relatada (multicausal), mas podem ter contribuído para o aparecimento do seu quadro" (fls. 75).

Quanto ao nexo causal, ainda, não há o que se questionar, pois a própria autarquia já havia reconhecido a origem da lesão experimentada pela trabalhadora, afastando-a, inclusive, com pagamento de auxílio-doença por acidente de trabalho (fls. 222).

Neste passo, sem elementos aptos que possam desconstituir a prova até então produzida, considera-se formado o binômio nexo/incapacidade parcial e permanente, essencial para a concessão do auxílio-acidente.

Acesso ao Sumário

Destarte, presentes os pressupostos legais e fáticos, de rigor a concessão do auxílio-acidente de 50% do salário de benefício, nos termos da Lei nº 8.213/91 com a alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97.

No que tange ao termo inicial, correta a sentença, pois tendo recebido a obreira auxílio-doença, o benefício ora concedido deve ser pago a partir do dia seguinte ao da cessação daquele (30.12.2020 – fls. 222), ou seja, 31.12.2020.

A concessão de auxílio-doença pelo mesmo fato gerador determina a suspensão do auxílio-acidente durante a sua vigência em obediência ao disposto no art. 104, § 6º, do Decreto nº 3.048/99.

Os juros moratórios são contados de forma englobada até a citação e, depois, decrescentemente, mês a mês, nos termos da Lei nº 11.960/09.

O percentual da verba honorária deverá ser fixado na fase de liquidação, conforme disposto no artigo 85, §§ 3º e 4º, II do CPC, observando-se a Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Acerca da adequação das parcelas em atraso, caberá a Lei nº 8.213/91 e suas posteriores alterações.

Relativamente à aplicação da Lei nº 11.960/09, registre-se que no julgamento dos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais foi decidido: "O Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram em assentada anterior. Plenário, 03.10.2019" (Fonte: endereço eletrônico constante no texto original).

Por esta razão, prevalece a tese anteriormente firmada no Tema nº 810 do STF (*Leading Case* – RE. 870.947), com a aplicação do IPCA-E em substituição à TR.

Logo, as demais questões relativas aos índices de correção e juros de mora, deverão ser dirimidas, em sendo o caso, na fase de liquidação.

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento parcial ao reexame necessário, conforme acima definido.

Atendendo a recomendação da Corregedoria Geral da Justiça, veiculada pelo Comunicado nº 912/2007 e visando contribuir para o cumprimento mais célere do julgado, passa a integrar o presente o seguinte tópico-síntese:

1. Nº do Processo	1065213-10.2019.8.26.0053
2. Nome do Segurado	Adriana Santos Farias
3. Benefício concedido	Auxílio-Acidente de 50%
4. DIB	31.12.2020
5. R.M.I.	A ser apurado em liquidação

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1000148-13.2021.8.26.0081, da Comarca de Adamantina, em que é recorrente

Acesso ao Sumário

JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos R.G.B. (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) e J.L.G.P. (E POR SEUS FILHOS).

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 34.226)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 14 de outubro de 2021.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. VAGA EM ENSINO MÉDIO DA ETEC ADAMANTINA. MATRÍCULA NO CURSO TÉCNICO DE DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS. Lançamento equivocado da nota da disciplina de Português, que prejudicou o impetrante, classificando-o fora do número de vagas. Equívoco reconhecido pela Instituição de Ensino responsável pelo lançamento de suas notas no histórico escolar. Direito líquido e certo de ter a correção da nota e respectiva classificação e a efetivação da matrícula no curso pretendido. Segurança concedida. Remessa necessária improvida.

VOTO

R.G.B., menor representado por sua mãe J.L.G.P., impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Escola Técnica Professor Eudécio Luiz Vicente de Adamantina, objetivando a suspensão do ato coator que denegou seu acesso ao Curso de Ensino Médio (com habilitação de Técnico em Desenvolvimento de Sistemas), a fim de que seja efetivada sua matrícula (fls. 1/6).

A r. sentença julgou procedentes "os pedidos formulados no presente *mandamus* impetrado por R.G.M., menor, representado por sua genitora, J.L.G.P., contra ato praticado pelo DIRETOR DA ESCOLA TÉCNICA PROFESSOR EUDÉCIO LUIZ VICENTE DE ADAMANTINA, resolvendo o mérito, para CONCEDER a segurança postulada a fim de que a autoridade coatora acima proceda à matrícula do impetrante no curso Técnico de Desenvolvimento de Sistemas" (fls. 63/66).

Ausente o recurso voluntário, sobreveio a remessa necessária (fls. 72).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento

Acesso ao Sumário

da remessa necessária (fls. 80/81).

É o relatório.

Consta dos autos que o impetrante se candidatou a uma das vagas do ensino médio com habilitação de Técnico em Desenvolvimento de Sistemas – NOVOTEC – INTEGRADO – MANHÃ, oferecidas pela ETEC de Adamantina-SP, cujo processo seletivo, em razão da atual pandemia, seria a análise do histórico escolar, considerando a média aritmética das notas das disciplinas de português e matemática do ano letivo de 2019 (fls. 12/13). Foi classificado na 40ª posição, com status de aprovado, mas na condição de suplente (fls. 14/18). Alega o impetrante que houve um equívoco na nota atribuída no histórico escolar referente à matéria de Português, pois constou 5 (fls. 19 e 25), quando, na verdade, obteve média 7, cf. comprova boletim escolar (fls. 24), o que lhe daria a 35ª colocação, autorizando sua convocação imediata para matrícula. Diz que obteve a retificação formal da referida nota, tanto pela professora da disciplina (Português), quanto pela direção escolar da unidade em que cursou o ano letivo de 2019. Entretanto, foi informado que "a escola não consegue mudar a nota sem autorização da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo em razão da existência da Deliberação CEE 155/17, que Dispõe sobre avaliação de alunos da Educação Básica, nos níveis fundamentais e médio" (fls. 23).

Requereu administrativamente junto ao Diretor da E.T.E.C. de Adamantina, a revisão da nota e deferimento de matrícula (fls. 26), e teve seu pedido indeferido sob o argumento de que as matrículas seriam realizadas pela internet em razão da pandemia e de acordo com a ordem de classificação do processo seletivo já divulgada.

Pretende, por meio do presente *mandamus*, a suspensão do ato coator que negou seu acesso ao Curso de Ensino Médio (com habilitação de Técnico em Desenvolvimento de Sistemas), a fim de que seja efetivada sua matrícula, antecipando-se a tutela (fls. 1/6).

A r. sentença deve ser mantida integralmente.

De fato, os documentos juntados à inicial comprovam que houve erro material constante do boletim escolar emitido pela escola EE Durvalino Grion, sendo que o impetrante possui nota suficiente para se classificar dentro do número de vagas oferecidas pela ETEC de Adamantina.

Deve ser salientado que, conforme bem observou o i. Promotor de Justiça oficiante, "o erro constante do boletim escolar, para o qual o impetrante não concorreu, não se mostra motivo razoável a impedir sua matrícula, já que a retificação da média do aluno permitiria sua reclassificação dentro do número de vagas disponíveis. Assim sendo, foi sobejamente demonstrado o direito líquido e certo invocado, com os requisitos e condições à sua aplicação e defesa por esta via mandamental.

Acesso ao Sumário

Ademais, não houve prejuízo aos demais candidatos, pois, como informou a douta autoridade coatora, "*a concessão da ordem ao impetrante, não implicará a privação de uma vaga aos classificados, uma vez que todos os candidatos classificados foram convocados para matrícula*" (fls. 52).

Assim, comprovado que houve equívoco pela Instituição de Ensino responsável pelo lançamento das notas no histórico escolar, presente o direito líquido e certo do impetrante de ter a devida correção da nota e respectiva classificação, com a efetivação da matrícula no curso pretendido.

Ante o exposto, nega-se provimento à remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1017605-79.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO 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 reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.136)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 22 de outubro de 2021.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA. Ação Popular c.c. pedido liminar. São Paulo.

1. Pretenso cancelamento do ato da Secretaria Municipal de Saúde do Município de São Paulo que determina alegada subnotificação de casos de COVID-19 apenas de profissionais da saúde e pacientes hospitalizados, obrigando-a a notificar todos os casos suspeitos e confirmados. Alegação de afronta aos termos do artigo 7º e 8º da Lei 6.259/75. Sentença de extinção do feito sem resolução do mérito. Manutenção.

2. Perda superveniente do interesse processual. Subnotificação de casos de COVID-19 que não se efetivou.

Acesso ao Sumário

Prova dos autos que indica o equívoco na interpretação de comunicação às unidades de saúde municipal. Situação que foi normalizada.

3. Inadequação da via eleita. Ausência de lesão ao patrimônio público. Art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal e artigo 1º, da Lei nº 4.717/65. Extinção do feito sem resolução do mérito.

4. Negado provimento à **remessa necessária.**

VOTO

I - RELATÓRIO

Cuida-se de remessa necessária contra a r. sentença de **fls. 153/1579** que, em ação popular proposta por **ROBERTO MONTANARI CUSTÓDIO** em face do **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, julgou extinto o feito sem resolução do mérito**, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC ante o reconhecimento da carência da ação. Os autos vieram à Corte por força da remessa necessária. Sobreveio parecer da d. Procuradoria de Justiça no sentido de ser mantida a sentença **(fls. 168/170)**. É o relatório.

II - FUNDAMENTO E VOTO

1. Pelo meu voto nego provimento à remessa necessária.

2. Conforme se depreende da inicial o autor propôs a presente ação com pedido liminar, alegando que tomou ciência de que há ordem da Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, repassada pelo Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim (CEJAM) para subnotificação de casos de Covid-19, fato com graves consequências para o mapeamento e monitoramento da disseminação do vírus, que também pode dar a impressão para a população de que o local está seguro. Afirma que a ordem foi denunciada 'pela CNN Brasil' que mostra 'e-mails' internos da Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo e do Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim (CEJAM) determinando 'que apenas os casos de profissionais de saúde com queixa respiratória sejam oficialmente comunicados ao Governo Federal'. Menciona que o ato praticado pela Secretaria Municipal de Saúde, causa enorme prejuízo ao acesso à informação e combate a pandemia, uma vez que a ordem afronta as determinações do Ministério da Saúde e da Lei 6.529/75 que determina a notificação compulsória dos casos de COVID-19. Por fim, refere que o ato ora questionado não atende a finalidade que seria constitucionalmente relevante (direito fundamental à saúde), prejudica as políticas públicas no combate a pandemia e tem o condão de causar sentimento social de que 'está tudo bem', tendo em vista que poucos casos são notificados na região. Requer a concessão de liminar para que o réu se abstenha da prática da subnotificação dos casos como determinado no ato questionado, obrigando-o

Acesso ao Sumário

a notificar todos os casos suspeitos e confirmados, conforme disposto no artigo 7º e 8º da Lei nº 6.259/75 e não apenas os casos de internação ou de profissionais da saúde. A MMª Juíza houve por bem julgar extinto o processo ante a carência da ação, pela perda do objeto, devendo, como tal, ser mantida integralmente.

3. A ação popular configura uma ação constitucional, com previsão expressa no art. 5º, inciso LXXIII, cuja regulamentação infraconstitucional é dada pela Lei nº 4.717/65. Cumpre aqui reproduzir o que dispõe os dois dispositivos acerca do escopo da ação popular:

> "**Constituição Federal**
> Art. 5º -
> ...
> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que **vise a anular ato lesivo ao patrimônio público** ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência"
> "**Lei n. 4.717/65**
> **Art. 1º** - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a **declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios**, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (**Constituição, art. 141, § 38**), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos."

3.1. Conforme se observa, tem-se que a ação popular ostenta objetivo de tutelar o patrimônio público, moralidade administrativa e o meio ambiente. O escopo é exclusivo à **proteção de ato lesivo ao patrimônio público**, prejuízo este não demonstrado na inicial. O autor pretende a concessão de liminar para determinar que o réu se abstenha da prática de subnotificação dos casos de COVID-19 apenas dos pacientes hospitalizados e dos profissionais que atuam na área da saúde, o que afronta às determinações do Ministério da Saúde e das Leis nº 6.259/75 e 13.979/20, pois os casos relacionados à população em geral são omitidos.

Acesso ao Sumário

4. Na hipótese dos autos, houve carência superveniente do interesse de agir do demandante. O autor embasa sua pretensão em meras noticias jornalísticas **(fls. 15/20)** as quais supostamente noticiam que 37 (trinta e sete) postos de saúde do Estado de São Paulo não estão notificando o Ministério da Saúde sobre novos casos de COVID-19, de acordo com 'e-mail' interno da secretaria

e de uma organização social de saúde, pois há determinação de notificação apenas dos casos de profissionais de saúde com queixa respiratória. **No entanto**, o documento de **fls. 43/44** subscrito pela Coordenadoria de Vigilância em Saúde revela que:

> "Inadvertidamente o e-mail recebido da Secretaria Estadual de Saúde foi encaminhado às Divisões Regionais de Vigilância em Saúde das Coordenadorias Regionais de Saúde. Destacamos que o conteúdo do e-mail recebido da SES contrariava as diretrizes desta Coordenadoria. Ao perceber o equívoco, imediatamente, encaminhamos e-mail informando que todos os casos deveriam ser notificados e que o protocolo a ser seguido seria:
>
> 1) Notificação de TODOS os casos de síndrome gripal em todos os equipamentos de saúde (não internados)
>
> 2) Notificação de casos com Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG) internados
>
> 3) Notificação de Profissionais de Saúde com sintomas respiratórios, com ou sem febre"
>
> (...)
>
> 2 - Se Houve requerimento de subnotificação dos casos do COVID 19, em descumprimento das leis 6.259/75 e nº 13.979/20;
>
> **Não houve requerimento de subnotificação. Houve encaminhamento de orientação recebida da Secretaria Estadual da Saúde QUE IMEDIATAMENTE foi solucionado. Assim, reiteramos que TODOS os casos suspeitos de COVID-19 no Município de São Paulo foram devidamente notificados.**
>
> 3 - Se estão sendo levantados e devidamente informados os casos suspeitos e confirmados sobre o COVID-19;
>
> **Todos os casos identificados como suspeito/confirmados foram, e estão sendo, devidamente notificados. Não houve interrupção na notificação de casos suspeitos/confirmados**" (g.n.).

5. Da mesma forma, o documento de **fls. 46/47** encaminhado à Coordenadora de Saúde Sul aponta que:

> "Atendendo à solicitação em 027867766, informo que a Divisão Regional de Vigilância em Saúde Sul (DRVSSUL), tem como função orientar as Unidades de Vigilância em Saúde (UVIS) que, por consequência, orientam a rede de serviços de saúde da região sobre as normas de Vigilância vigentes no Município de São Paulo.
>
> Dito isso, esclareço que no dia 24/03/2020, às 16:30h, foi ENCAMINHADA por mim às cinco Unidades de Vigilância em Saúde Sul (UVIS) orientação enviada no mesmo dia, pela Coordenação de Vigilância em Saúde (COVISA), às 16:09h. Conforme SEI027873131, encaminho sequência de e-mails cuja inicial se refere a uma orientação da Diretoria do CVE - Secretaria do Estado da Saúde, de acordo com a Resolução Estadual

Acesso ao Sumário

SS n. 28, de 17/03/2020, publicada no DOE nº 54, no dia 19/03/2020, seção 1, p.24.

Referida resolução, em seu Anexo I, item 3.d, determina que "Os exames laboratoriais visando diagnostico do vírus SARS-CoV-2 por meio do RT-PCR serão solicitados somente para pacientes internado graves ou críticos, para unidades sentinelas e para profissionais de saúde com sintomas de Covid-19. O teste diagnóstico não deverá ser realizado em pessoas assintomáticas. Essas medidas buscam otimizar o bom uso desse recurso, cujos insumos estão restritos no mundo devido à situação pandêmica.

No dia 27/03/2020, às 8:21h, a DRVSSUL encaminhou às cinco UVIS da Região Sul a orientação alterada por COVISA para notificação dos casos 027873327, esclarecendo que deveriam ser realizados exames de diagnóstico de SARS-CoV-2 em pacientes, hospitalizados ou não, que apresentassem febre, sintomas respiratórios e dificuldade para respirar (Dispneia ou Saturação de O2 95% ou Desconforto Respiratório).

Seguimos o acompanhamento dos casos, conforme orientação de COVISA, devidamente encaminhada às UVIS.

No dia 01/04/2020, às 16:21hs, foi ENCAMINHADO por mim novas orientações de COVISA (enviadas no mesmo dias às 15:44hs) a todas as UVIS da região SUL 027874398. **Conforme se depreende da documentação anexa, a orientação passou a ser no sentido de realizar o exame e notificar casos de síndrome gripal e síndrome respiratória aguda grave de pacientes hospitalizados ou não, profissionais de saúde e óbitos.**

Informo que todos os casos que atendem o critério vigente no Município de São Paulo são notificados nos sistemas de informação oficiais e eu a DRVSSUL não cria nem altera orientações dos nossos níveis hierárquicos superiores. Cumpre ressaltar que o gabinete desta Coordenadoria foi copiado em todas as orientações" (g.n.)

6. Nesse contexto, observa-se que a subnotificação de casos da COVID-19 não se efetivou. Na verdade, houve equívoco na interpretação emanada pela Secretaria de Estado da Saúde, no sentido de que os exames laboratoriais para o diagnóstico da **SARS-Cov-2** deveriam ser notificados apenas nos casos de pacientes internados graves ou críticos e para os profissionais que atuam na área de saúde. Ocorre que, constatado o equívoco, a **SUPERVISÃO DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE MUNICIPAL** encaminhou nova determinação às unidades de saúde municipal, acerca da necessidade de comunicação de notificação compulsória para casos suspeitos de Covid-19 que apresentam febre, sintomas respiratórios, dificuldade para respirar, **hospitalizados ou não**, independente de viagem **(fl. 48).**

Acesso ao Sumário

6.1. Ademais, comprovou-se o número de notificações no período de 20.03.2020 a 29.03.2020, esclarecendo a Secretaria Municipal de Saúde que, a

partir do dia 27.03.2020 encerraram-se as notificações no sistema Red Cap que foi substituído pelo sistema e-SUS VE e, por essa razão **(fls.103/104)**:

> "(...)
> é possível que houvesse alguma dificuldade na notificação.
> Assim que o sistema e-SUS VE entrou no ar houve um aumento abrupto que pode ser devido a essa dificuldade do sistema e a uma certa 'demanda reprimida', mas logo depois a digitação dos casos já foi se normalizando. Cabe ressaltar que isso não prejudica os dados da curva epidemiológica, pois essa é feita com base na data de início dos sintomas, e não com base na data de digitação, ou seja, de entrada no sistema; mesmo que um caso seja digitado com um certo atraso ele entrará na curva epidemiológica adequadamente pois será considerada a data dos primeiros sintomas"

7. Dessa forma, considerando que não houve determinação de subnotificação de casos do COVID-19 e que foi sanado o equívoco na inserção de dados dos casos apresentados, não se revela útil ou necessária a intervenção judicial. Configurada, portanto, a perda superveniente do interesse processual.

8. Esta Corte, em casos similares já se manifestou:

> "CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL AÇÃO POPULAR DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELACIONADAS À PANDEMIA DA COVID-19 PRETENSÃO CONDENATÓRIA EM OBRIGAÇÃO DE FAZER INADMISSIBILIDADE CARÊNCIA DE AÇÃO FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Presta-se a ação popular à invalidade de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, CF). 2. Por se tratar de ação destinada a assegurar a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa, a sentença na ação popular tem natureza constitutiva negativa e condenatória no ressarcimento de danos ao erário. Condenação em obrigação de fazer. Inadmissibilidade. Falta de interesse processual pela inadequação da via eleita. Sentença reformada. Processo extinto, sem resolução de mérito (art. 485, VI, CPC). Recurso provido (Apelação nº 1025022-83.2020.8.26.0053 – Rel. Des. Décio Notarangelli – 9ª Câmara de Direito Público – Data do Julgamento: 07.04.2021).
>
> "AÇÃO POPULAR. Pretensão à declaração de nulidade de projeto de lei e seus consectários. Sentença que julgou extinto o pedido, sem resolução do mérito. Manutenção que se impõe. Falta de legítimo interesse processual, por não se mostrar adequado o manuseio desta espécie de ação contra projeto de lei, porquanto este não ostenta efeito concreto à demonstração dos requisitos ilegalidade e lesividade Precedentes. Apelo e reexame necessário desprovidos." (AC nº 1063295-50.2017.8.26.0114, Rel. Des. Spoladore Dominguez, j. em 13.02.2019);

Acesso ao Sumário

9. Assim, a r. sentença que julgou extinto o feito sem resolução do mérito, deve ser mantida integralmente.

10. Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento á remessa necessária**, nos termos expostos na fundamentação.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001907-06.2021.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante JOAO VITOR DOS SANTOS, 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: Deram provimento ao Agravo em Execução, para reformar a r. decisão, mantendo o regime semiaberto, fixado na sentença condenatória, para o crime ao qual foi fixada a pena de detenção, e suspender a sua execução até o cumprimento da pena de reclusão, ou até esta se tornar compatível com aquela, o que deverá ser analisado pelo Juízo *a quo*. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.478)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 3 de setembro de 2021.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – IRRESIGNAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE UNIFICOU AS PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO, ESTABELECENDO O REGIME FECHADO – ACOLHIMENTO – Nos termos do artigo 110 da Lei de Execução Penal, cabe ao Juiz, na sentença, estabelecer o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, ocasião em que será observado o disposto no artigo 33 do Código Penal, bem como, nos termos do artigo 111 da Lei da Execução Penal, a eventual soma ou unificação das penas. Ademais, quanto à pena de detenção, aplicável o disposto no artigo 76 do Código Penal, devendo ser mantido o regime semiaberto estabelecido na sentença condenatória para o início de seu cumprimento. Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

João Vitor dos Santos interpôs Agravo em Execução em face da r. decisão do Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal – DEECRIM 2ª RAJ, Comarca de Araçatuba, proferida nos autos da Execução Penal nº 0001315-59.2021.8.26.0509, que unificou as penas privativas de liberdade e estabeleceu o regime fechado para início do cumprimento, determinando a elaboração de cálculo para fins de benefícios (fls. 12/13).

Em sua minuta, o agravante requereu a reforma da r. decisão, a fim de que seja afastada a unificação das penas porque incompatível o cumprimento de ambas as sanções, determinando-se o cumprimento sucessivo das penas (fls. 02/08).

O Agravo foi processado, vindo aos autos a contraminuta (fls. 29/31).

A r. decisão recorrida foi mantida por seus próprios fundamentos (fls. 32).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do agravo (fls. 45/48).

É o relatório.

Segundo se depreende dos autos, o ora agravante foi condenado à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, 01 ano de detenção, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 593 dias-multa, no valor unitário mínimo, por incurso no artigo 33, "caput, da Lei nº 11.343/06 e no artigo 12, "caput", da Lei nº 10.826/03 (fls. 14/25).

Diante disso, em 20.05.2021, na fase de execução penal, o Juízo *a quo* somou as penas, de reclusão e detenção, fixando o regime inicial fechado (fls. 12/13).

Todavia, nos termos do artigo 110 da Lei de Execução Penal, cabe ao Juiz, na sentença, estabelecer o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, ocasião em que será observado o disposto no artigo 33 do Código Penal, bem como, nos termos do artigo 111 da Lei da Execução Penal, a eventual soma ou unificação das penas.

Acesso ao Sumário

Isso porque o artigo 111 da Lei de Execução Penal, ao dispor que "*Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição*", destina-se não somente ao Juízo das Execuções, mas também ao Juízo da fase de conhecimento, razão pela qual o cabimento da soma ou unificação das penas para a determinação do regime deverá ser analisado pelo Juízo que inicialmente se deparar com a condenação por mais de uma infração penal. Em outras palavras, tratando-se de condenação por mais de um crime em um mesmo processo, compete ao Juízo sentenciante realizar a soma ou unifica-

ção das penas, se cabível, para determinar o regime inicial de cumprimento; por outro lado, tratando-se de superveniência de condenação no curso da execução ou de condenações decorrentes de processos distintos, tal análise deverá ser efetuada pelo Juízo das Execuções.

E, *in casu*, tendo o agravante sido condenado por mais de um crime no mesmo processo (Processo nº 1500410-23.2020.8.26.0603), competia ao Juízo sentenciante analisar a possibilidade de efetuar a soma ou unificação das penas para estabelecer o regime inicial de cumprimento. Todavia, não tendo o Juízo da fase de conhecimento, entendido por bem realizar a soma das penas para a determinação do regime inicial, a sentença não pode ser objeto de modificação pelo Juízo das Execuções, sob pena de afronta à competência.

Nesse sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – Decisão que procedeu a unificação das penas impostas em mesma sentença condenatória, fixando o regime fechado, com base no art. 111 da LEP, a despeito de o juízo de conhecimento ter fixado o regime inicial fechado para o crime de tráfico, e o aberto para o crime de corrupção ativa – Violação à coisa julgada – ADMISSIBILIDADE – O MM. Juízo da Execução somente detém o poder de unificar as penas no caso de superveniência de nova condenação – Inteligência dos arts. 110 e 111, ambos da LEP, e art. 76, do CP. Agravo provido" (Agravo em Execução nº 7002137-49.2016.8.26.0073, 12ª Câmara de Direito Criminal, Rel.: Des. Paulo Rossi, j. 31/08/2016).

"HABEAS CORPUS – Execução Penal – Paciente condenado a cumprir penas em regime fechado e aberto, no mesmo processo – Soma das penas e adoção de regime prevalente (fechado) pelo Juízo das Execuções – Impossibilidade – Violação à coisa julgada e usurpação de competência – Compete ao juiz prolator da sentença condenatória somar as penas privativas de liberdade para estabelecer o regime prisional inicial – Unificação de penas pelo juízo das execuções limitada a condenações decorrentes de feitos distintos ou de condenação superveniente – Ordem concedida." (*Habeas Corpus* nº 2072552-36.2017.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Criminal, Rel.: Des. Juvenal Duarte, j. 25/05/2017).

"Agravo em execução. Decisão que, ante a somatória de penas de reclusão impostas num mesmo processo pela prática dos crimes de tráfico de drogas e corrupção ativa, fixou o regime fechado para ambas. Pedido defensivo de manutenção dos regimes diversos impostos na sentença, ou seja, fechado para o tráfico de drogas, e semiaberto para a corrupção ativa. Acolhimento. Penas e regimes fixados na mesma sentença condenatória, havendo o MM. Juiz do processo de conhecimento bem explicitado o motivo pelo qual deixou de proceder à somatória das penas para efeito de fixação do regime prisional. Decisão reformada. Precedentes deste Tribunal e do STJ. Agravo da defesa provido" (Agravo em Execução nº 0007299-09.2015.8.26.0000, 9ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Criminal, Rel.: Des. Sérgio Coelho, j. 02/07/2015).

Nesse contexto, tendo o Juízo das Execuções somado as penas privativas de liberdade de detenção e reclusão fixadas no mesmo processo (Processo nº 1500410-23.2020.8.26.0603) para estabelecer o regime inicial fechado, reformando a decisão transitada em julgado para o Ministério Público, patente seria a usurpação de competência, evidenciando flagrante prejuízo ao agravante.

Ademais, observo que, tendo o ora agravante sido condenado, no Processo nº 1500410-23.2020.8.26.0603, às penas de detenção e reclusão, realmente aplicável o disposto no artigo 76 do Código Penal.

Com efeito, o artigo 76 do Código Penal, ao estabelecer que "*No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave*", refere-se como pena mais grave, por exemplo, à sua qualidade de reclusão, detenção ou prisão simples, cujo cumprimento simultâneo se mostra incompatível, razão pela qual o legislador entendeu por bem estabelecer a prioridade na execução da pena de natureza mais grave, qual seja, a reclusiva. Tal prioridade na execução está expressa na segunda parte do artigo 69, "caput", do Código Penal, que determina que "*No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela*".

Sobre o tema, leciona Guilherme de Souza Nucci: "*dispõe a lei penal que o condenado deve cumprir suas penas não somente de forma progressiva, mas a pena mais grave em primeiro lugar. Isso significa que, cumprida a pena de reclusão, deveria passar à de detenção.*" (*in* "*Código Penal Comentado*", 16ª edição, São Paulo, Editora Forense, 2016, p. 572).

Nesse sentido já decidiu o STJ: *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. DOSIMETRIA.* ***PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. UNIFICAÇÃO. INADEQUAÇÃO. ART. 76 DO CP. REGIME INICIAL PARA CADA MODALIDADE.*** *SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento da Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa. II -* ***O art. 76 do CP dispõe que "No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave". III - O critério expressamente adotado pelo Estatuto Penal refere-se à gravidade das penas privativas de liberdade, a saber, reclusão e detenção. Assim, havendo mais de uma condenação, com penas diversas, executa-se a pena de reclusão com precedência sobre a deten-***

Acesso ao Sumário

ção, em ordem cronológica. *IV - Assim, para a pena de detenção fixada em 3 (três) anos e 9 (nove) meses, não sendo o réu reincidente e analisadas de maneira favorável todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o regime adequado é o aberto. V - Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, a saber, a pena não é superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e analisadas de maneira favorável a culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto e substituir a reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos."* (STJ, HC 388.120/DF, Quinta Turma, Rel.: Ministro Felix Fischer, j. 22/08/2017).

Ante o exposto, dou provimento ao Agravo em Execução, para reformar a r. decisão, mantendo o regime semiaberto, fixado na sentença condenatória, para o crime ao qual foi fixada a pena de detenção, e suspender a sua execução até o cumprimento da pena de reclusão, ou até esta se tornar compatível com aquela, o que deverá ser analisado pelo Juízo *a quo*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0006373-82.2021.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante UANDERSON TADACHI KUROTORI, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.350)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Remição – Impossibilidade – Sentenciado que requer a remição das penas de período anterior à execução atual – Ausência de previsão legal – Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interposto por ***UANDERSON TADACHI KUROTORI*** nos autos de execução que se processam perante o MM. Juízo de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal – DEECRIM 6ª RAJ – da Comarca de Ribeirão Preto, porque entende injusta a r. decisão de fls. 17/19, que indeferiu seu pedido de remição de penas, uma vez que o período trabalhado é anterior ao início do cumprimento da presente execução (fls. 01/06).

Processado o recurso, contrariado (fls. 25/27), mantida a orientação traçada (fls. 29), opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do agravo (fls. 40/41).

É o breve registro.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, dispõe o artigo 126 da Lei de Execução Penal, que "*O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena*".

Neste contexto, tem-se que mencionado dispositivo legal só permite a concessão de remição em relação à pena que está sendo executada e não dá margem à interpretação de possível desconto por dias trabalhados em execuções de penas já extintas, uma vez que se implicaria em espécie de "crédito de penas" a ser descontado em execução posterior.

No caso dos autos, conforme bem consignou o ilustre representante do *parquet* Dr. Vinicius Henriques de Resende a fls. 26, "*...Nota-se que o sentenciado deseja remir o período trabalhado entre 17/12/2020 a 14/01/2021, mas somente iniciou o cumprimento de pena em 15/01/2021 (cf. fl. 43 dos autos principais)*".

Dessa forma, como o período de trabalho realizado se refere a pena já extinta, sem continuidade com a pena ora em execução, este não pode ser considerado para o fim de remição, diante da ausência de previsão legal.

Nesse sentido:

"*Agravo em Execução Penal – Pretensão de aproveitamento de dias remidos em execução anterior – Inviabilidade – Dias remidos que se relacionam apenas com a execução cuja remição já ocorreu – Não se pode conceder crédito ao sentenciado perante o Estado, permitindo verdadeiro estímulo à reincidência – Precedentes do STF – Agravo em execução desprovido*" (TJSP; Agravo de Execução Penal 0000670-73.2017.8.26.0509; Relator: Cesar Augusto Andrade de Castro; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Araçatuba/ Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ; Data do Julgamento: 15/08/2017; Data de Registro: 16/08/2017).

Posto isto, nega-se provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003984-49.2021.8.26.0521, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante THIAGO THEOPHILO DO NASCIMENTO SILVA, é agravado 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 32.250)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente) e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 9 de setembro de 2021.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Agravo em Execução – Lei nº 11.343/2006 – Aplicação do instituto da *novatio legis in mellius* – Impossibilidade – Agravo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto em favor do sentenciado **THIAGO THEOPHILO DO NASCIMENTO SILVA** contra a r. decisão proferida pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba que indeferiu pedido de aplicação do instituto da *novatio legis in mellius*.

O agravante informa que sofreu condenação pela prática do crime previsto no artigo 12, c.c. art.18, inciso IV, ambos, da Lei 6368/76 e requereu a retificação de cálculo de penas para que fosse aplicada a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 no processo n ° 0026775-56.2004.8.26.0602, porém o pedido foi indeferido (fl.436).

O recurso foi contraminutado e a r. decisão foi mantida. A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo **improvimento do agravo.**

É o breve relatório.

A irresignação não prospera.

O agravante cumpre pena por infração ao artigo 12, *caput*, c.c. artigo 18, inciso IV, ambos da Lei 6368/1976 e a defesa alega que a causa diminuição da pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 é benéfica e deve ser aplicada ao sentenciado.

Acesso ao Sumário

O Juízo de piso assim indeferiu o pedido: "Note-se, que não pode o Juízo Executório alterar a pena imposta no édito condenatório, tendo em vista tratar-se de título executório judicial protegido pelo manto da coisa julgada, podendo ser alterado tão somente através das vias recursais estabelecidas no Código de Processo Penal." (fl. 436).

Incabível a retroação da Lei nº 11.343/06, pois, como sabido, a "combinação" de normas se traduz em indevida "criação" de lei pelo Juiz.

Em outras palavras, é inadmissível a combinação de lei anterior e posterior para se extrair de cada uma delas as partes mais favoráveis ao agente.

Este é o entendimento que prevalece junto ao Supremo Tribunal Federal:

"*EMENTA: PENA. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPIS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. I - É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II - Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da reserva legal e da separação de poderes. Precedentes. (...)*" (HC 94687/MG. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 24/08/2010).

Também acerca do tema, confiram-se as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF, Hc's 97.187/SP, 97.221/SP, 102.718 e 103.658).

E também no Superior Tribunal de Justiça:

"*De fato, como bem asseverou o v. Acórdão impugnado, não se pode conceber, na espécie, a possibilidade de combinação de leis, porquanto a minorante insculpida no § 4º, do artigo 33 é regra dirigida ao 'caput' do mesmo artigo, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira nova, sob pena de se transmudar em legislador*" (STJ, HC nº. 97.851, Relatora Ministra LAURITA VAZ).

Diante desse quadro, não é mesmo caso de retroatividade da lei mencionada para alcançar o fato praticado pelo sentenciado, donde convir que a r. decisão impugnada não comporta alteração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0005473-02.2021.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante GUILHERME APARECIDO MIRANDA LOPES, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.171)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 14 de setembro de 2021.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Agravo em execução penal. Progressão de regime segundo critérios mais benéficos à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência (artigo 112, §3º, inciso V, da Lei de Execução Penal). Aplicação por analogia para pai de crianças menores de 12 anos. Impossibilidade. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por **Guilherme Aparecido Miranda Lopes** em face da r. decisão do MM. Juiz de Direito do Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ – São José do Rio Preto, Dr. José Roberto Bernardi Liberal, que indeferiu pedido de progressão de regime com fundamento no artigo 112, § 3.º da Lei de Execução Penal, por se tratar de benefício destinado apenas à mulher gestante ou mãe (fls. 10/11).

Alega o agravante, em síntese, que faz jus à progressão especial de regime, por ser pai de filhos melhores de 12 anos. Alega que a aplicação da benesse somente para mulheres viola o princípio de isonomia (art. 5º, inciso I, da Constituição Federal). Sustenta que foi condenado pelo crime de tráfico de drogas, de sorte que não restou caracterizado o impedimento do art. 112, § 3º, inciso V, da Lei de Execução Penal, que se limita à organização criminosa. Dessa forma, faz jus ao instituto da progressão especial de regime (fls. 02/09).

Regularmente processado, o recurso foi respondido em contraminuta (fls. 15/16).

Acesso ao Sumário

A decisão hostilizada foi mantida à fl. 18.

Remetidos os autos a essa instância recursal, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer, posicionando-se pelo improvimento do agravo (fls. 25/27).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O agravante foi condenado ao cumprimento da pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, pela prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

O MM. Juízo *a quo* indeferiu pedido de progressão de regime sob o fundamento de que a progressão especial prevista no artigo 112, §3º, da Lei de Execução Penal é destinada apenas à mulher gestante ou mãe (fls. 10/11).

O artigo 112, § 3º da Lei de Execução Penal prevê a obtenção de benefício de progressão de regime para mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência que preenche as condições viabilizadoras da obtenção da benesse.

Dispõe o artigo 112, § 3º, da Lei de Execução Penal que:

"Art. 112...

§ 3º No caso de ***mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:***

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa."

Observa-se que a exclusão dos homens do tratamento mais benéfico, destinado expressamente à **mulher** "gestante" ou "mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência", não viola o princípio da isonomia, porquanto há inclusive dispositivos constitucionais que dão um tratamento diferenciado à mulher.

Neste sentido, ensina Pedro Lenza: "*o próprio constituinte estabelece as desigualdades, por exemplo, em relação à igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição, destacando-se as seguintes diferenciações: a) art. 5º., L, (condições às presidiárias para que possam permanecer com os seus filhos durante o período de amamentação); b) art. 7º, XVIII e XIX (licença-maternidade e licença paternidade); c) art. 143, §§ 1º. e 2º (serviço militar obrigatório); d) arts. 201, §7º, I e II; 201, §8º, art. 9º. Da Ec n.*

Acesso ao Sumário

20/98; art. 40 da CF/88; art. 8º. Da EC n. 20/98; arts. 2º e 6º da EC n. 41/2003 – Reforma da Previdência – dentre outros (regras sobre aposentadoria)" (*Direito Constitucional Esquematizado*, 22ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, fl. 1197).

Percebe-se a intenção do legislador de proteger os interesses de filhos e dependentes de **reeducandas** (mulheres), não havendo, pois, como aplicar a benesse ao agravante.

A respeito, bem observou a douta Procuradoria Geral de Justiça (fl. 26):

"Com efeito, o agravante não é mãe, não é gestante e tampouco é mulher, de maneira que não tem como beneficiar-se do previsto no artigo 112, § 3º, da Lei de Execução Penal, somente aplicável à 'mulher gestante ou que for mãe'.

Trata-se, pois, de dispositivo especial, destinado à preservação dos direitos de terceiros (crianças ou deficientes), que dependam da presença da mulher gestante ou que for mãe, não havendo como falar em aplicação por analogia aos condenados do sexo masculino."

Sobre a aplicação da progressão de regime especial, prevista no artigo 112, §3º, da Lei de Execução Penal, esta c. Câmara julgadora já decidiu:

"(...) conforme salientado pela Turma Julgadora, a pretensão não poder ser atendida porque ***a lei prevê tratamento mais brando apenas para mulheres que cumprem pena privativa de liberdade****. Mas ainda que assim não fosse, o inciso I, do §3º, do artigo 112, da LEP, impede a incidência da fração reduzida para as condenadas que cometeram "crime" com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa."* (Embargos de declaração nº 0001393-02.2021.8.26.0041/50000, rel. Des. Francisco Orlando, j. 21.05.2021)

Dessa forma, não se constata desacerto na decisão agravada.

Destarte, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo em execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0019960-54.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PAULO ROBERTO PEREIRA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.221)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente), MARCELO SEMER e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 16 de setembro de 2021.

MARCELO GORDO, Relator

Ementa: Agravo em Execução – Progressão ao regime semiaberto – Exigência de que o agravante colha material genético antes da transferência ao novo regime – Alegação de violação do princípio constitucional da presunção de inocência e do direito de não produzir prova contra si mesmo – Inocorrência – Inteligência do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, que não padece de inconstitucionalidade – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo em execução interposto por **Paulo Roberto Pereira** em face da r. decisão de fls. contra a r. decisão de fls. 66/67, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara de Execuções Criminais da Capital, que deferiu progressão ao regime semiaberto, condicionando-a, porém, à extração de DNA para identificação de seu perfil genético.

A d. defesa sustenta, em síntese, que a coleta do material genético não pode ser condição de progressão de regime. Argumenta, ainda, que a providência é ilegal, por violar os princípios constitucionais da presunção de inocência e da vedação à autoincriminação (CF, artigo 5º, incisos LVII e LXIII). Acrescenta também que foi reconhecida repercussão geral da matéria no RE nº 973.837/MG, de modo que seria temerário determinar a colheita do material genético quando a constitucionalidade da providência ainda não foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Requer-se, assim, a cassação da decisão, removendo-se o sentenciado ao regime semiaberto independentemente da coleta do DNA (fls. 02/07).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 72/76), anexou-se o juízo de retratação, negativo (fls. 77).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 141/146).

É o relatório.

O agravante, cumprindo pena de 12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias de reclusão na Penitenciária de Presidente Venceslau I, pela prática de homicídio qualificado tentado e estupro (cf. Boletim Informativo de fls. 52/56), requereu a promoção ao regime semiaberto.

Acesso ao Sumário

A r. decisão de fls. 64/67, proferida em 27 de junho de 2021, deferiu o benefício, tendo o d. magistrado *a quo*, contudo, condicionado a transferência do sentenciado à coleta de DNA, nos termos do art. 9º-A da LEP.

E, em que pese a argumentação defensiva, reveste-se de acerto o *decisum*.

Por proêmio, destaca-se que, não obstante a constitucionalidade do mencionado dispositivo legal esteja sendo tratada no bojo da Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 973.837/MG (Tema 905) do Supremo Tribunal Federal, não houve determinação de suspensão dos demais processos que versam sobre o tema pelo relator do feito, pelo Exmo. Ministro Gilmar Mendes, a quem cabia decidir acerca de eventual sobrestamento, nos moldes do art. 1.035, §5º, do Código de Processo Civil.

Desta feita, considerando que se cuida, como dito, de sentenciado condenado pela prática de crime hediondo, era mesmo imperativa a aplicação do art. 9º-A da Lei nº 7.210/84 ao caso, o qual foi incluído pela Lei nº 12.654/2012, porquanto em plena vigência.

Vale dizer, a extração do perfil genético é medida necessária, tratando-se de comando normativo expresso e obrigatório, de acordo com o disposto no artigo 3º, da Lei nº 12.654/2012, que acresceu o artigo 9º-A a Lei de Execução Penal, com determinação de identificação do perfil genético (DNA) para os crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), *in verbis*:

"Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético."

Mais a mais, não vislumbro ofensa ao princípio da não autoincriminação ou violação de qualquer garantia constitucional. O material biológico não busca a produção de provas, mas sim o abastecimento/armazenamento de dado em banco de perfil genético, como aliás transparece do próprio texto legal.

Queira-se ou não, é providência evolutiva que pode até servir para a salvaguarda do próprio periciado, de sorte a desincompatibilizá-lo com outras imputações, da espécie ou não. Evolutiva, pois transcende aos parcos métodos de investigação até aqui pelejados no geral, que se fundam, basicamente, em

Acesso ao Sumário

elementos orais, ditos e reditos como passíveis de falhas.

A mais disso, por se tratar de medida a ser executada após reconhecimento da culpabilidade em decisão transitada em julgado, não se verifica qualquer ofensa ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), à presunção de inocência ou, ainda, a qualquer outro princípio estampado na Constituição Federal.

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

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS. EXAME DE DNA. ALEGADA PROVA ILÍCITA. NÃO OCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO ACERCA DA CONDENAÇÃO. LEI 12.654/12. COLETA DE PERFIL GENÉTICO. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - A condenação do recorrente pelos delitos de estupro e estupro na forma tentada, na hipótese, fundamentou-se em elementos concretos extraídos dos autos que comprovaram a materialidade e a autoria delitivas, de modo que os laudos periciais (exame de DNA) não consistiram no único elemento de prova produzido. Além da confissão extrajudicial, realizada de maneira clara e detalhada, aliada aos depoimentos das duas vítimas - e ainda de uma terceira, corroborada pelo depoimento de um vizinho -, foram uníssonas no sentido de apontar o recorrente como autor dos delitos. Logo, desinfluente a tese de que a coleta de material genético para a realização do exame de DNA teria sido colhida de forma ilegal, até porque o recorrente autorizou a realização do exame (precedente). II - Outrossim, ***com o advento da Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, admite-se a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, quais sejam, os dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos (arts. 1º e 3º).*** *Recurso ordinário desprovido"* (RHC 69.127/DF, 2016/0076101-5, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 27/09/2016, DJe de 26/10/2016) - negritei.

"PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ***COLETA DE MATERIAL GENÉTICO. PACIENTE CONDENADO POR CRIME COM VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA E CRIME HEDIONDO****. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.* ***1. Segundo o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, median-***

Acesso ao Sumário

te extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. *2. No caso em exame, o paciente cumpre pena pela prática dos crimes de homicídio qualificado (duas vezes), ocultação de cadáver, crueldade contra animais e posse irregular de arma de fogo de uso permitido, restando atendidos, assim, os requisitos legais estatuídos pelo dispositivo supracitado: condenação por crime com violência de natureza grave contra pessoa ou aqueles constantes do rol do art. 1º da Lei n. 8.072/1990." 3. Habeas corpus denegado".* (HC 536.114/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. em 04/02/2020, DJe de 10/02/2020) - negritei.

Na mesma direção o entendimento desta C. Corte:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO DE QUE DEVE SER AFASTADA A DETERMINAÇÃO DE COLETA DE MATERIAL GENÉTICO DO AGRAVANTE, VEZ QUE TAL VIOLA SEU DIREITO A NÃO SE AUTOINCRIMINAR, BEM COMO O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CASO EM QUE A MEDIDA, QUE NÃO VIOLA NENHUM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL, ENCONTRA-SE EMBASADA EM LEI QUE ESTÁ EM PLENO VIGOR – Recurso desprovido" (Agravo de Execução Penal nº 0009573-77.2021.8.26.0050, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Marco Antônio Cogan, j. em 12.06.2021).

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – Decisão que determina a identificação, mediante extração de DNA, para inserção no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) – Alegação de violação do princípio constitucional da presunção de inocência e do direito de não produzir prova contra si mesmo – Inocorrência – Forma de identificação criminal – Inteligência do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal – Precedentes do STJ – Recurso desprovido" (Agravo de Execução Penal nº 9003098-20.2019.8.26.0050, 10ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Dr. Nelson Fonseca Júnior, j. em 12.03.2020).

Preserva-se, pois, a r. decisão.

Assim, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003650-61.2021.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado TIAGO MORENO CARDOSO GONÇALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se a r. decisão tal como lançada, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.844)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente), SÉRGIO MAZINA MARTINS e VICO MAÑAS.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Agravo em execução penal – Posse de celular sem bateria e sem *chip* – Impossibilidade de comunicação sem os acessórios – Desclassificação para falta média mantida – Recurso do Ministério Público improvido.

VOTO

O **Ministério Público do Estado de São Paulo** propôs o presente agravo na execução penal nº 1002501-13.2021.8.26.0344 em face da decisão do MM Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Marília, que desclassificou a imputação atribuída ao agravado para falta média, restabelecendo o regime semiaberto (fls. 90/91).

O *Parquet* apresentou inconformismo, alegando que a posse de aparelho celular, ainda que sem bateria e *chip*, configura falta grave (fls. 01/14).

Oferecida contraminuta ao agravo (fls. 95/104) e mantida a decisão agravada (fl. 105), a D. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 117/128).

É o relatório.

Ao agravante foi imputada a prática de falta disciplinar consistente em posse de aparelho celular sem bateria e sem *chip*, ocorrida em 18 de dezembro de 2019.

Os agentes penitenciários descreveram que, ao realizarem revista na cela do sentenciado, encontraram, entre o colchão e a cama, um aparelho celular. O agravado admitiu ser o proprietário do bem.

Indagado, ele negou a propriedade do aparelho e aduziu que ninguém se apresentou como dono do celular (fl. 37).

Pois bem.

O art. 50, inciso VII, da Lei das Execuções Criminais proibiu a posse de aparelhos que permitam a comunicação dos presos com o ambiente externo,

Acesso ao Sumário

sejam eles telefônicos, de rádio, ou similar.

A posse de aparelho telefônico sem bateria e *chip* inviabiliza a comunicação externa, não se enquadrando nos termos legais para a configuração da falta grave. Como norma de direito penal, em qual recai todos os princípios, notadamente ao caso o da taxatividade, inviável a sua interpretação para abarcar a conduta não descrita.

Sem dúvida a posse do aparelho se destina à comunicação exterior. Entretanto, sem o *chip*, não é possível a anotação de falta de natureza grave. Diante disso, mantenho a desclassificação levada a efeito pelo juízo *a quo*.

Ante o exposto, **NEGARAM PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se a r. decisão tal como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000092-34.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado VINÍCIUS TADEU DA SILVA BONIFÁCIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.134)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: AGRAVO – DESINTERNAÇÃO CONDICIONAL – REVOGAÇÃO – Impossibilidade – Hipótese em que o MM. Juízo *a quo* foi cauteloso na decisão agravada, baseando-se em parecer técnico – Ausência de respaldo familiar que não justifica a manutenção da internação – Inclusão na denominada residência terapêutica a fim de que primeiro seja acolhido em local adequado para dar continuidade ao tratamento – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de Agravo em Execução Penal, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a r. decisão de fls. 29/30, datada de 20/05/2021, proferida pelo MM. Juízo da 5ª Vara das Execuções Criminais do Foro Central Criminal da Comarca de São Paulo, que determinou a desinternação condicional de VINICIUS TADEU DA SILVA BONIFÁCIO, observado o prazo ânuo para eventual restabelecimento da internação se praticado fato indicativo de persistência da periculosidade (artigo 93, §3º, do Código Penal).

Argumenta-se que a desinternação ou liberação do sentenciado somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da decisão que a determinou, conforme artigo 179 da Lei de Execução Penal.

Outrossim, sustenta contradição no laudo pericial, afirmando que, se o estado de esquizofrenia permanece inalterado, não seria possível concluir estar cessada a periculosidade, existindo dúvida a respeito desta condição. Aduz, ainda, "*risco e alta vulnerabilidade biopsicossial, posto que não conta com respaldo familiar*".

Assim, suscita que a internação deve ser mantida, uma vez que a hipótese seria de mera estabilização psicológica.

Diante de tais argumentos, postula a prorrogação de medida de segurança até que se verifique a efetiva cessação de periculosidade do agravado, observado o efeito suspensivo atribuído de forma expressa pelo artigo 179 da Lei de Execução Penal.

Trazida a contraminuta (fls. 37/41), mantida a r. decisão agravada (fls. 42/44), manifesta-se a D. Procuradoria Geral de Justiça no sentido de estar prejudicada a pretensão de concessão de efeito suspensivo, opinando, no mérito, pelo provimento do recurso (fls. 54/62).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Em consulta ao Sistema Informatizado deste E. Tribunal, verificou-se que o agravante manejou a Cautelar Inominada Criminal nº 2117451-80.2021.8.26.0000, que foi deferida por esta e. Câmara, confirmada a liminar concedida em 27/05/2021, a fim de suspender os efeitos da decisão agravada, até seu oportuno trânsito em julgado.

Vencida tal questão, passa-se ao exame do mérito recursal.

Em que pese o pronunciamento dos membros do *Parquet*, não há como acolher o pleito ministerial.

Nos termos do artigo 97, § 1º, do Código Penal, a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não

for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade.

No caso em análise, após o acurado exame dos autos, depreende-se que em 2014 o agravado foi internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico - HCTP de Taubaté, sendo que em 2018 foi transferido para a Colônia de Desinternação Progressiva de Franco da Rocha II. Após, realizados laudos em 24/09/2019 e 14/10/2020, ambos concluíram pela necessidade de permanência naquele regime (fls. 14/15).

Contudo, em 24/03/2021, apesar de ser diagnosticado como "*portador de psicose crônica do tipo esquizofrênica, possivelmente, paranóide (CID 10: F20.0)*", a periculosidade do agravado foi considerada cessada em parecer psiquiátrico no qual se firmou a seguinte conclusão: "*Examinado há um ano e sete meses nesta unidade. Não realizou visitas domiciliares, por não possuir respaldo família. Porém, **estando o quadro estável entendemos a periculosidade como cessada** devendo ser transferido para Residência Terapêutica*" (fls. 11/17) (**Grifos da reprodução**).

Referida conclusão não é baseada em certeza, e nem poderia ser, uma vez que a desinternação é sempre condicional, nos termos do artigo 97, §3º, do Código Penal, tendo sido determinado na r. decisão atacada que o paciente fique em observação durante o período de um (1) ano, restabelecendo-se a situação anterior no caso de ato indicativo de persistência da periculosidade.

Ademais, existindo laudo pericial atestando que a periculosidade está cessada, a ausência de respaldo familiar não justifica a manutenção da internação, na esteira de precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. **INTERNAÇÃO. CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE. ABANDONO FAMILIAR. AUSÊNCIA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTOS ADEQUADOS. DESINTERNAÇÃO CONDICIONAL. POSSIBILIDADE.** ORDEM CONCEDIDA.
>
> **1. A cessação da periculosidade do paciente, atestada por laudo pericial, enseja sua desinternação do estabelecimento psiquiátrico, sendo que o fato de ele não possuir parentes em condições de o receber** não autoriza a manutenção da internação.
>
> 2. Passados mais de 17 anos desde a internação do paciente, bem como tendo o laudo pericial atestado, em 18/9/2009, que sua periculosidade cessou, deve ser concedida a sua desinternação do estabelecimento psiquiátrico em que se encontra, condicionada ao cumprimento das condições previstas nos arts. 132 e 133 da Lei de Execução Penal.
>
> 3. Ordem concedida para determinar a desinternação condicional do paciente, nos termos dos arts. 97, 3º, do Código Penal, e 132, 133 e 178 da Lei de Execução Penal.

Acesso ao Sumário

(HC 185944/MG, SEXTA TURMA, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 27/09/2017) (**Grifos da reprodução**)

Por outro lado, a peculiar condição do agravado, que não tem apoio familiar fora da instituição, enseja que primeiro seja acolhido em local adequado, onde possa dar continuidade ao tratamento de que necessita, garantindo a sua reinserção social, o que se alinha à determinação do MM. Juízo *a quo* que considerou ser necessária a inclusão do paciente na denominada *residência terapêutica*, de acordo com a sugestão firmada no parecer técnico.

Destarte, não prospera o inconformismo ministerial. Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0006610-95.2021.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante ROSIVALDO MARTINS DE MELO, é agravado 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 21.336)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 21 de setembro de 2021.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. Pretendido reconhecimento de extinção de punibilidade da pena de multa ou arquivamento, porque ultrapassado o prazo de 90 dias para a propositura da ação e de pequeno valor. Inviabilidade. Prazo estabelecido pelo STF na ADI nº 3.150/DF, que não é fatal. Execução que deve prosseguir normalmente. Interesse de agir demonstrado. Precedentes jurisprudenciais.

DESPROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de **AGRAVO EM EXECUÇÃO** interposto por **ROSIVALDO MARTINS DE MELO** contra a decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais de Jundiaí, que **indeferiu a extinção da punibilidade da pena de multa**, cuja reforma pretende, aduzindo que o "*prazo de 90 dias estabelecido pelo STF no julgamento da ADI 3150 fora ultrapassado devendo a ação ser proposta pela Fazenda Pública e não pelo MP, bem como à vista do valor irrisório - chamado "crédito podre", nos termos da Lei Estadual n. 14.272/2020, que autoriza a Procuradoria da Fazenda a não ajuizar ações para a cobrança de débitos tributários ou não tributários, cujo os valores não ultrapassem 1.200 UFESP's*" (fls. 3).

Contrarrazoado o recurso e mantido o ***decisum***, o Parecer da **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA** foi pelo provimento.

É o relatório.

O agravante foi condenado às penas de 5 anos, 9 meses, 3 dias de reclusão e 14 dias-multa, por infração do CP, art. 157, ***caput***, c.c. o art. 70 (3x), em regime fechado, com trânsito em julgado às partes aos 6/5/2020.

Regulamente intimado, **ROSIVALDO** não efetuou o pagamento da multa imposta, ensejando a expedição da competente certidão (18/8/20), com posterior remessa ao **MINISTÉRIO PÚBLICO**, que propôs execução (21/8/20).

Com o advento da Lei nº 13.964/19, o CP, art. 51 passou a contar com a seguinte redação:

"Art. 51. 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***".

Antes, porém, o STJ, em âmbito de recurso repetitivo, adotara o entendimento de que, em caso de concomitante condenação à pena privativa de liberdade e multa, uma vez cumprida a primeira (ou as restritivas de direitos eventualmente correspondentes), o inadimplemento da pecuniária não impediria o reconhecimento da extinção da punibilidade (Tese nº 931, j. 26/8/2015).

Contudo, foi superado pelo STF na ADI nº 3.150/DF, dando também interpretação, conforme a CF/88, ao CP, art. 51, nesses termos:

"EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PENA DE MULTA. LEGITIMIDADE PRIORITÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

1. A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais.

3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à *Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão 'aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição', não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal. Fixação das seguintes teses:* ***(i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980****".*

Conforme se verifica, o STF não estabeleceu qualquer prazo fatal ao **MINISTÉRIO PÚBLICO**, mas apenas assentou a possibilidade de legitimidade subsidiária da Fazenda Pública na hipótese de sua inércia no prazo de 90 dias, que deverá se manifestar sobre eventual interesse na execução.

E não há que se falar que o referido prazo se iniciaria com o trânsito em julgado à acusação, porquanto necessário que haja, inicialmente, intimação do sentenciado para pagamento da pecuniária e, somente após, constatado o inadimplemento, será expedida a competente certidão de multa penal, com posterior ciência do **MINISTÉRIO PÚBLICO**, para eventual propositura da execução.

Acesso ao Sumário

Mesmo que assim não fosse, possível a promoção da execução após o prazo de 90 dias.

Nesse sentido, confira-se julgado desta Câmara: "*Aliás, registro que o Ministério Público pode executar a pena de multa mesmo após o transcurso do prazo nonagesimal, dado que a "A prescrição da pena de multa ocorrerá: (...) II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade*" *(artigo 114, inciso II, do Estatuto Repressivo)"* (Agravo de Execução Penal nº 0003510-35.2021.8.26.0309, Relator Desembargador **RICARDO TUCUNDUVA**, j. 4/8/21).

No que tange à alegada inviabilidade da demanda por se entender tratar-

se de "crédito podre" – considerado inferior a 1.200 UFESPs – melhor sorte não se lhe reserva.

Com efeito, inexiste qualquer óbice à execução da multa com fulcro nas disposições da Lei Estadual nº 14.272/10, ou mesmo da Resolução PGE nº 21/2017.

Confira-se: "*No mais, conforme recentes precedentes desta C. 1ª Câmara Criminal (ressalvados julgados anteriores em sentido diverso e sempre respeitado o pensamento divergente) cabe ao Ministério Público executar a multa, sendo defeso ao Juiz das Execuções obstar tal execução com fulcro nas disposições da Lei Estadual nº 14.272/2010, ou mesmo da Resolução PGE nº 21/2017.*

Aliás, as determinações contidas em citado diploma legal dizem respeito, exclusivamente, aos órgãos subordinados ao Procurador Geral do Estado, de modo que não abrangem o Ministério Público, cujo chefe institucional é o Procurador Geral de Justiça.

Resulta, pois, inaplicável a limitação de 1200 UFESPs para a execução a pena de multa imposta em sentença condenatória.

Neste sentido:

'Ficou mantida a vedação de se converter a pena pecuniária em detenção ou reclusão, na hipótese de inadimplemento, pelo condenado solvente ou frustrador da execução, sendo aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública para a cobrança. ***Assim, unicamente, a pena de multa voltou a ser executada no juízo das execuções penais.***

De outro lado, a Lei Estadual nº 14.272/2010 dispõe que não serão objeto de cobrança executiva, por parte da Fazenda Pública, dívidas de até 1200 UFESPs; tal norma não concedeu anistia ao crédito público e sequer interfere com a execução da multa pelo MP, agora, perante a Vara de Execuções Penais. Aliás, a anistia de penas, oriundas de processo-crime, somente pode advir por lei federal, votada pelo Congresso Nacional, como matéria privativa da União e não está adstrita à legislação estadual.

Assim, o Promotor de Justiça, como titular da pretensão executória da sentença, pode executar a multa – de pronto – naquele juízo, sendo defeso ao juiz da execução obstá-la, ainda considere a multa de valor ínfimo, porquanto se trata de pena aplicada na forma da reserva legal, com trânsito em julgado no processo de conhecimento e que o juízo da execução não pode afastar ou suspender' (TJSP; Agravo de Execução Penal 1001115-50.2020.8.26.0483; Relator: Figueiredo Gonçalves; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Venceslau - 2ª Vara; Data do Julgamento: 22/09/2020; Data de Registro: 22/09/2020)" (TJ/SP, Agravo de Execução Penal nº 1002901-23.2020.8.26.0292, 1ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. **DINIZ FERNANDO**, j. 5/10/20).

Acesso ao Sumário

Ainda: "*Agravo em execução penal. Decisão judicial que julgou extinta a punibilidade da pena de multa, em razão do pequeno valor. Recurso do Ministério Público. 1. A causa de extinção da punibilidade deve ser prevista por lei. 2. Se a lei permite a fixação do "quantum" da pena de multa em valor reduzido, justamente em razão das condições econômicas do acusado (artigo 49, do Código Penal), não faria sentido que se pudesse julgar extinta a punibilidade de uma reprimenda estabelecida dentro dos parâmetros da lei penal. Uma permissão nesta linha representaria uma contradição no sistema. Recurso provido para cassar a decisão*" (TJ/SP, Agravo de Execução Penal nº 0004172-84.2020.8.26.0292, 14ª Câmara de Direito Criminal, 14ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. **LAERTE MARRONE**, j. 16/2/21).

Por fim, essa C. Câmara: "*Aliás, equivocada a utilização da Lei Estadual nº 14.272/2010 e Resolução PGE nº 21/2017 que definem valores mínimos para proposição de ações de cobrança como fundamento para extinguir a punibilidade, uma vez que tais normas (de duvidosa e não comprovada eficácia), equivalem efetivamente à concessão de perdão estatal, o que no caso de matéria penal, é privativa do Presidente da República por meio de indulto, nos termos do artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal.*

Tais fatos em nada levam à circunstância de que, não se extinguindo a pena pecuniária, ocorra de constrição da liberdade somente em razão do seu inadimplemento.

Não se discute a impossibilidade de constrição da liberdade com base em pena de multa. Porém, mesmo sem a restrição da liberdade, a extinção da punibilidade acarreta outras repercussões de natureza penal, sem que com isso haja, como constou do v. acórdão paradigma, a restrição de liberdade. O fato da pena de multa não acarretar a restrição de liberdade não retira, data venia, sua natureza penal, sob pena de não ser possível ao juízo criminal sua imposição, principalmente quando for a única sanção imposta. Também se caracteriza descumprimento do preceito secundário imposto pela norma penal, cuja alteração é de competência do Legislativo e nunca do Judiciário (...)" (TJ/SP, Agravo de Execução Penal nº 1002674-33.2020.8.26.0292, 6ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. **LAURO MENS DE MELLO**, j. 1º/2/21).

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003879-84.2021.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante ALCIDES MOREIRA NETO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTA-

DO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.666)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), ANDRADE SAMPAIO e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 21 de setembro de 2021.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – FALTA GRAVE – TRANSCURSO DE TRÊS ANOS SEM RECONHECIMENTO JUDICIAL – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA – DECRETADA REGRESSÃO DE REGIME E INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME – RECURSO DEFENSIVO – PROCEDÊNCIA – CONSEQUÊNCIAS DA FALTA GRAVE – IMPRESCINDIBILIDADE DE PRÉVIA DECISÃO JUDICIAL QUE RECONHEÇA A EFETIVA PRÁTICA DA FALTA GRAVE – IMPUTAÇÃO JURIDICAMENTE – INEXISTENTE DIANTE DA PRESCRIÇÃO – CASSAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA, AFASTANDO-SE A REGRESSÃO DE REGIME E A INTERRUPÇÃO DO PRAZO DA PROGRESSÃO DE REGIME, DETERMINANDO-SE A RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE PENAS – RECURSO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em execução interposto por **ALCIDES MOREIRA NETO**, em face do Ministério Público, contra a decisão de fl. 13, que, não obstante tenha reconhecido a prescrição da falta disciplinar de natureza grave, determinou a regressão do agravante ao regime fechado e declarou a interrupção do prazo para a progressão de regime.

Razões às fls. 02/04. Pede o afastamento das punições fixadas, porquanto reconhecida a prescrição da falta disciplinar de natureza grave.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 18/20. Manifestou-

Acesso ao Sumário

se pelo desprovimento do recurso.

O Juízo de primeira instância manteve a decisão à fl. 21.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às fls. 33/36, opinou pelo não provimento do recurso.

FUNDAMENTAÇÃO

Extrai-se dos autos que o agravante praticou falta disciplinar de natureza grave de 18/03/2014 a 11/07/2017, consistente em fuga e período em que permaneceu evadido, respectivamente.

O Juízo de primeira instância declarou a prescrição da falta disciplinar de natureza grave, porquanto não prolatada decisão homologatória durante o período prescricional de três anos, nos termos do art. 109, VI, do Código Penal.

Dessarte, o agravante postulou, às fls. 11/12, o afastamento da regressão de regime e a retificação do cálculo de penas, eis que prescrita a imputação e, consequentemente, as punições dela oriundas.

Referido pedido foi indeferido por decisão de fl. 13, ora recorrida, nos seguintes termos:

> *"[...]*
>
> *Por outro lado, a regressão – e via de consequência, o reinício da contagem do prazo – pode ser decretada independentemente da punição administrativa, estando condicionada tão-somente à prática da infração disciplinar e à oitiva do sentenciado.*
>
> *Não há nenhuma dúvida de que, tendo o sentenciado evadido e, consequentemente, interrompido o cumprimento da pena, o cálculo deve ser reiniciado a partir da data da recaptura, e não a partir de qualquer outra data.*
>
> *[...]"*

Pois bem.

Dispõem os arts. 112, § 6º[1], e 118, *caput*, c.c. o inciso I, ambos da Lei n.º 7.210/1984:

> *"Art. 112. [...]*
>
> § 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, *caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.*
>
> *[...]"*
>
> *"Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à*

1 Dispositivo que, não obstante tenha entrado em vigor posteriormente à data da falta disciplinar de natureza grave, encontrava-se já disciplinado pelo enunciado n.º 534 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça ("*A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração*.").

Acesso ao Sumário

forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

[...]"

Evidente que, nos termos literais da lei, tão só a prática da falta disciplinar de natureza grave ocasiona a regressão de regime e a interrupção do prazo para posterior progressão de regime.

Não obstante, imprescindível o reconhecimento judicial da falta disciplinar de natureza grave para que se gerem as sanções respectivas, nos termos do art. 66, III, "f", da Lei n.º 7.210/1984:

"Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

[...]

III - decidir sobre:

f) incidentes da execução.

[...]"

Ao Poder Judiciário se restringe a competência para o reconhecimento da prática de falta disciplinar de natureza grave. Não basta, pois, a mera sanção disciplinar administrativa.

Os tipos penais também cominam penas nos preceitos secundários tão só, aparentemente, pela prática dos fatos neles contidos.

Inconteste, por outro lado, a imprescindibilidade de decisão judicial, transitada em julgado, acerca da efetiva prática do crime.

Significa dizer, transcorrido o prazo para o reconhecimento judicial da falta disciplinar de natureza grave, esta deve ser tida por inexistente juridicamente e, via de consequência, as punições respectivas.

A interpretação dada à Lei de Execuções Penais pelo Juízo de primeira instância, do contrário, conduziria à irrelevância da decisão judicial que reconhece a prática de falta disciplinar de natureza grave, bastando a sua ocorrência.

Portanto, não só a homologação da prática de falta disciplinar de natureza grave deve se dar no prazo prescricional de três anos, mas também a fixação das sanções a ela relativas.

Cassa-se, pois, a decisão recorrida para afastar a regressão de regime e a interrupção do prazo para a progressão de regime, determinando-se a retificação do cálculo de penas.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0008981-35.2021.8.26.0502, da Comarca de Campinas, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado RONALDO CARLOS DA SILVA SOARES.

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 22.048)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 28 de setembro de 2021.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. Recurso ministerial. Cálculo para fins de benefícios prisionais. Decisão que impôs ao sentenciado o prazo de 40% de cumprimento da pena do crime equiparado a hediondo, previsto no artigo 112, V, da LEP, para fins de progressão de regime. Agravado reincidente pelo cometimento de delitos comuns. Pleito ministerial de aplicação do prazo de 60% de cumprimento da pena, previsto no artigo 112, VII, da LEP. Impossibilidade. Sentenciado que ostenta reincidência de natureza comum. Prazo de 60% do cumprimento da pena, previsto no artigo 112, VII, da LEP, restrito aos agentes reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado. Negado provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra a r. decisão prolatada pelo MM. Juiz de Direito Leonardo Delfino, do DEECRIM 4ª RAJ – Comarca de Campinas, que determinou a elaboração do cálculo de penas com utilização do percentual de 40% para a progressão de regime relativa ao crime equiparado a hediondo (fls. 37/38).

Em razões de recurso, o Ministério Público requer a retificação do cálculo de penas, de modo que seja afastada a incidência da Lei n. 13.964/19, susten-

tando que o artigo 112, inciso VII, da Lei de Execuções Penais não se refere a reincidência específica (fls. 01/34).

Regularmente processado, o recurso foi respondido em contraminuta pela Defesa, que requereu o seu não provimento (fls. 45/51).

Mantida a decisão pelo MM. Juízo de primeiro grau (fls. 52), os autos foram encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, que apresentou parecer da lavra da Dra. Nohade de Fátima Abdo Brunelli, opinando pelo provimento do recurso (fls. 59/61).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O agravado cumpre pena de 06 anos de reclusão devido a prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 em decorrência de condenação nos autos n. 1501234-26.2019.8.26.0535 (fls. 264/265 da execução penal digital). Em consulta ao sistema ESAJ, verifico que ele foi considerado reincidente quando da condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, uma vez que ostentava condenações anteriores pelo cometimento dos crimes de furto e roubo (fls. 124/125 e 178 do processo n. 1501234-26.2019.8.26.0535).

Inicialmente, observo que a controvérsia diz respeito à interpretação do artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal, mormente quanto à natureza da reincidência mencionada pelo dispositivo legal, se comum ou específica.

O artigo 112, incisos V e VII, da Lei de Execução Penal, assim dispõe:

> "Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> (...)
>
> V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).
>
> (...)
>
> VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for **reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado**; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)".

Com efeito, pelo que se observa da própria dicção do artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal, o prazo de progressão de regime de 60% é previsto apenas aos condenados "*reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado*". No presente caso, o sentenciado ostenta condenação anterior pela prática de crimes de natureza comum, não se enquadrando, portanto, nos requisitos previstos no artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal.

A propósito, César Dario Mariano da Silva destaca que "*se trata de rein-*

Acesso ao Sumário

cidência específica porque as normas expressamente dizem «se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado», e «se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte», ou seja, se tiver sido novamente condenado por essas espécies de delito. A norma anterior revogada prevista na Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º, referia-se apenas à reincidência para que a fração aplicável à progressão de regime fosse de 3/5 da pena e, por isso, a reincidência era a genérica. As normas atuais não se limitaram como a anterior a dizer apenas reincidente. Assim, não há como interpretar de outro modo as regras a não ser no sentido de que a reincidência é a específica em crime hediondo ou equiparado."[1]

Ademais, respeitados os entendimentos contrários, a execução penal é orientada pelo princípio da reserva legal (artigo 5º, XXXIX, CF) e do *in dubio pro reo*, de modo que não cabe, em prejuízo do réu, a realização de interpretações teleológicas ou extensivas.

Assim, embora não seja primário, como exigido pelo artigo 112, inciso V, da Lei de Execução Penal, o sentenciado também não é reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, requisito exigido pelo inciso VII do mesmo artigo, de modo que, acolhida a interpretação mais favorável ao acusado, deve-se aplicar a fração a ele mais benéfica, qual seja, 40%.

Cumpre salientar que o E. Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão quando do julgamento do Recurso Especial n. 1910240/MG, sob o rito dos recursos repetitivos:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. **PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPSOS RELATIVOS AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA**. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º,
>
> § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica.
>
> 2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes

1 (SILVA, César Dario Mariano da LEP «in» JuruaDocs n. 193.2535.5002.6300 - art. 112).

Acesso ao Sumário

genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia in malam partem, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários.

3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que ***de lege lata*, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna.**

4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido - qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas -, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante. (REsp 1910240/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2021, DJe 31/05/2021).

Deste modo, considerando que o sentenciado não é reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, inaplicável ao presente caso o prazo de progressão de regime previsto no artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal, devendo ser mantido o prazo de progressão de regime de 40% quanto ao crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 112, inciso V, do mesmo diploma legal.

Posto isso, pelo meu voto, nego provimento ao recurso ministerial, subsistindo, na íntegra, a r. decisão de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0022833-27.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NELSON COSMO, 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: Nega-

ram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.264)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente), ÁLVARO CASTELLO e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 30 de setembro de 2021.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – DESOBEDIÊNCIA – Pleitos de absolvição ou desclassificação para transgressão de natureza média – Impossibilidade – Autoria e materialidade comprovadas pelos elementos coligidos durante a sindicância – Relatos coerentes e seguros dos agentes de segurança penitenciária responsáveis pela apuração – Sentenciado que se recusou a ser conduzido para comparecimento em audiência, ao argumento de que observaria determinação exarada por facção criminosa denominada "salve geral" – Conduta que se amolda ao disposto no art. 50, inc. VI, c.c. art. 39, inc. II, da LEP – Alegada coação moral irresistível não demonstrada – Direito constitucional de não autoincriminação que não constitui salvo-conduto para a conduta em tela – Manifestação de renúncia à autodefesa em juízo que deveria ter sido formalizada em momento oportuno, com assistência da defesa técnica – Necessidade de se observar o princípio da cooperação das partes na relação processual (CPC art. 6º, c.c. CPP, art. 3º) – Decisão mantida.
RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Irresignado com o teor da respeitável decisão de fls. 1/6, que reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave, declarando a perda de 1/3 dos dias remidos e determinando a "*retificação dos cálculos de pena*", agrava **Nelson Cosmo**.

Busca desate absolutório, por aplicação da excludente de culpabilidade inerente à coação moral irresistível. Aduz, outrossim, que o não comparecimento em audiência constitui faculdade consectária do direito a não autoincriminação, de modo que, segundo entende, não poderia configurar ato de indisciplina.

Em linha subsidiária, requer a desclassificação falta de natureza média (fls. 1/6).

Regularmente processado, o recurso foi respondido em contraminuta pelo Ministério Público (fls. 61/64).

Mantida a decisão (fls. 65), a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do reclamo (fls. 148/151).

É o relatório.

2. Consta que o agravante em 12 de março de 2020, no interior da Penitenciária "Agente de Segurança Penitenciária Joaquim Fonseca Lopes" de Parelheiros, praticou falta disciplinar de natureza grave, ao desobedecer ordem dada por funcionário público (cf. comunicado de evento nº 52/2020, de fls. 8/9).

Após regular processo administrativo, a Diretora penitenciária acolheu a conclusão da comissão processante (fls. 49) e, ao final, a d. Juíza de primeiro grau homologou o reconhecimento da prática da falta disciplinar de natureza grave em questão (fls. 54/56).

3. Ouvido na presença virtual do advogado da FUNAP, o recorrente asseverou que deixou de atender ao chamamento para comparecer em audiência "*externa*" porque estava com problemas de saúde; no início daquela manhã havia tido um mal estar, acreditando que sua pressão tenha "*caído*". Negou pertencer a qualquer facção criminosa (fls. 26/27).

Por outro lado, o agente de segurança penitenciária responsável pela comunicação do evento, Antônio Luís dos Santos, relatou que, ao ser requisitado para encaminhado à mencionada solenidade, o sentenciado recusou-se atender a determinação por conta de um "*salve geral*" [determinação exarada por facção criminosa] que havia sido transmitido, no sentido de que toda a população carcerária do estado de São Paulo deveria descumprir os chamamentos para atos judiciais "*no fórum*". Mesmo advertido de que tal conduta poderia configurar ato de indisciplina, o agravante persistiu na recusa em comparecer em juízo (fls. 24).

No mesmo sentido, foi o depoimento do agente de segurança penitenciária Thiago da Silva Fernandes, que presenciou o episódio e confirmou a conduta indisciplinada do recorrente (fls. 25).

4. O cometimento da falta grave pelo sentenciado ficou demonstrado diante dos elementos informativos colhidos durante o regular procedimento disciplinar.

Nada há nos autos a desprestigiar os relatos dos servidores públicos responsáveis pela apuração dos episódios.

A conduta em tela constitui falta de natureza grave, nos termos dos artigos 50, inc. VI, e 39, in. II, da Lei de Execução Penal, motivo pelo qual inviável a almejada desclassificação para transgressão de natureza média.

Acesso ao Sumário

5. A tese de que o agravante teria agido sob o manto da excludente da coação moral irresistível não encontra amparo em nenhum elemento produzido durante a sindicância. Veja-se que ele próprio não aventou tal possibilidade ao ser indagado sobre os fatos.

Ademais, conforme bem ressaltado nas contrarrazões do reclamo:

"E ainda que ele temesse por sua integridade física, poderia solicitar medida protetiva de seguro pessoal, ou a transferência de unidade prisional, o que não foi feito, não estando ele verdadeiramente em excludente de culpabilidade como alegado pela defesa.

E vale ressaltar que não constitui justificativa hábil a afastar o reconhecimento da falta grave o recebimento de ordens de facção criminosa para se recusar o comparecimento às audiências judiciais, porque neste caso configuraria o reconhecimento de que as facções são detentoras de força superior ao Judiciário, o que não se pode admitir." (fls. 63).

6. Eventual renúncia à autodefesa em juízo deveria ter sido formalizada em momento oportuno, com a devida assistência técnica do defensor, não se concebendo a recusa incauta apenas no dia marcado para a realização da solenidade. Impõe observar o princípio da cooperação entre as partes no processo, forte no art. 6º, do Código de Processo Civil, aplicável com base no art. 3º, do Código de Processo Penal.

Frise-se, ainda, que o pretenso impedimento por problemas de saúde, de igual modo, não restou comprovado.

7. A determinação de perda dos dias remidos em 1/3 encontra-se suficientemente fundamentada, pois a d. Magistrada salientou a imprescindibilidade de maior rigor, especialmente diante do "*indiscutível descompassado entre a busca da ressocialização do sentenciado com assimilação de valores sociais e sua conduta desobediente, reveladora da ausência da introspecção de mecanismos inibitórios*" (fls. 56).

Nesse tópico, aliás, inexiste impugnação.

8. Nos termos expostos, pelo meu voto **nega-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0006030-86.2021.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante WELLYS CARLOS DE MELO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito

Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.634)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente sem voto), MARCO DE LORENZI e MIGUEL MARQUES E SILVA.

São Paulo, 5 de outubro de 2021.

WALTER DA SILVA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – DETRAÇÃO PENAL – DEVENDO SER DEDUZIDO DO TOTAL DE PENAS O PERÍODO DE PERMANÊNCIA DO RECOLHIMENTO NOTURNO E AOS FINAIS DE SEMANA – IMPOSSIBILIDADE – O BENEFÍCIO DA DETRAÇÃO PENAL NÃO SE ESTENDE ÀS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – RECURSO IMPROVIDO

VOTO

WELLYS CARLOS DE MELO interpôs o presente recurso de **AGRAVO EM EXECUÇÃO** contra decisão de fls. 243/244 proferida no Processo Digital n° 0003642-50.2020.8.26.0496, pela MMª. Juíza de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal da Capital - DEECRIM 6ª RAJ da Comarca de Ribeirão Preto, Dra. Taiana Horta de Padua Prado.

Informa, em suma, que o agravante se encontra cumprindo penas desde 20/04/2020 (prisão após o trânsito em julgado), em razão da prática de crime de tráfico de drogas ocorrido em 16/12/2015.

Afirma que tendo em vista os documentos juntados aos autos, constata-se que durante o curso do processo, foi concedida a liberdade provisória em favor do agravante, onde foi determinada a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, IV e V do Código Penal, onde o agravante as cumpriu, devendo, assim, tal período ser detraído.

Requer seja o presente recurso conhecido e provido, a fim de que seja concedido o benefício da detração, deduzindo do total de penas o período em que o Agravante permaneceu cumprindo o recolhimento noturno e aos finais de semana (10/09/2016 à 07/04/2020) (fls. 09/16).

Contraminutado o recurso (fls.248/250), a r. decisão agravada foi mantida (fls.251).

A Procuradoria de Justiça, em seu parecer de fls. 260/262, opinou pelo

Acesso ao Sumário

desprovimento do recurso interposto, mantendo-se a r. decisão agravada.

É O RELATÓRIO.

Por decisão datada de 06/07/2021, a MMª Juíza "a quo" indeferiu o pedido de detração penal formulado pelo agravante, eis a pretensão não encontra amparo na legal, conforme previsão do art. 42 do Código Penal, eis que fora aplicado ao agravante medida cautelar diversa da prisão.

O recurso não comporta provimento.

A autoridade agravada, quando da elaboração da detração, levou em consideração os períodos em que o agravante esteve efetivamente recolhido, entendendo como pena cumprida, porém o período em que o agravante foi beneficiado com conversão da prisão preventiva em recolhimento noturno não foi considerado para fins de detração penal.

Em que pese a fundamentação do pedido da Defesa da agravante, o entendimento prevalente na jurisprudência é o de que as medidas cautelares diversas da prisão, não são compatíveis com o instituto da detração penal.

Ademais, a substituição da prisão preventiva pelo recolhimento noturno ou prisão domiciliar é uma mera faculdade do juiz, não gerando obrigatoriedade, pois caso contrário tais prisões seriam uma espécie de imunidade.

E ainda, as hipóteses de detração penal estão previstas no artigo 42 do Código Penal, dispondo este que são computados na pena privativa de liberdade e na medida de segurança "o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior".

Confira-se:

"As condições impostas para a concessão da liberdade provisória, vale dizer, comparecimento periódico em juízo, proibição de ausentar-se do Distrito Federal e recolhimento domiciliar à noite, não correspondem às hipóteses de detração previstas no artigo 42 do Código Penal, não se podendo considerar como tempo de prisão cautelar" (Acórdão n.1124401, 20180020057256RAG, Relator: GEORGE LOPES 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 13/09/2018, Publicado no DJE: 20/09/2018. Pág.: 125/133).

E no caso telado, o mero recolhimento noturno e limitações nos finais de semana, não configuram restrição da liberdade e ainda, o período em que o agravante permaneceu em liberdade após a revogação de sua prisão preventiva, onde cumpriu as medidas cautelares que lhe foram impostas, não gera qualquer efeito na fase de execução de pena.

Como bem lançado pela Douta Procuradoria Geral do Estado:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR

Acesso ao Sumário

NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A legislação de regência não prevê a detração para as medidas cautelares diversas da prisão. 2. No caso, diante da ausência de previsão legal e por não consistir o recolhimento domiciliar noturno em efetivo comprometimento do direito de locomoção do acusado, como ocorre nas hipóteses legais, não é possível a detração do período em que o paciente esteve sujeito à medida cautelar em apreço. 3. Ordem denegada. (HC 402.628/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 04/10/2017).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. EQUIVALÊNCIA MATERIAL COM A PRISÃO DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) II - Não cabe a detração do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas, no caso, ao recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo, que, por expressa previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado. III - Havendo a instância a quo concluído que não haveria equivalência material, no caso, entre o instituto do recolhimento domiciliar noturno e a prisão domiciliar substitutiva da preventiva, não é possível a reforma desse juízo de fato, na via estreita, de cognição sumária, do writ. corpus não conhecido. (HC 380.370/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 21/03/2017).

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0006070-23.2021.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante PEDRO FELIPE CHAVES DA SILVA, 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 de execução ajuizado em prol de Pedro Felipe Chaves da Silva. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.229)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS

Acesso ao Sumário

(Presidente sem voto), MAURICIO VALALA e JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO DE QUE O AGRAVANTE HÁ QUE SER TRANSFERIDO PARA O SISTEMA PENAL PENITENCIÁRIO DO SEU ESTADO DE ORIGEM, CONFORME O ART. 86, DA LEP.

CASO EM QUE, NA ESPÉCIE, SEU PERFIL, BEM COMO AS CONDIÇÕES EM QUE SE ENCONTRA ENCARCERADO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PAULISTA, NÃO ENSEJAM A RECEPÇÃO DO PLEITO INVOCADO.

Recurso desprovido.

VOTO

1 - Trata-se de agravo em execução ajuizado em prol de Pedro Felipe Chaves da Silva, contra a decisão do MMº Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente, que analisando o pedido de providências apresentado em favor do condenado, a ele não deu seguimento, determinando, ainda, que se aguardasse julgamento do HC nº 648108, pelo STJ (fls. 49/52).

Requer o doutor Defensor que, reconhecido o presente reclamo, a ele seja dado provimento, determinando-se a remoção do agravante para o Estado do Rio de Janeiro, para que possa descontar pena próximo de seus familiares, trazendo à colação ementas jurisprudenciais sobre o tema (fls. 03/11).

As fls. 24/28 o recurso foi contrarrazoado pelo *Parquet*, que pugna pelo seu desprovimento, e pela mantença da decisão atacada (fls. 24/28).

A fl. 29, a decisão atacada foi mantida.

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Marco Antônio Ferreira Lima, também se pronunciou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 58/62).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - No caso vertente, o presente agravo não pode prosperar, embora dos esforços da Defensoria.

Necessário considerar que o artigo 86, *caput*, da Lei n.º 7.210/84, possibilita que as penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça Pública de uma Unidade da Federação sejam executadas em outra. E o maior argumento para

Acesso ao Sumário

tal diz respeito à possibilidade de que, em estando os familiares do condenado a residir nas proximidades da unidade prisional para a qual é pleiteada a sua remoção, possam com o mesmo manter contado pessoal, sem com isso lhes ser acarretado ônus maior, decorrente da distância de sua moradia à do local de cumprimento da pena aflitiva pelo recluso.

Sobre a questão preleciona Julio Fabbrini Mirabete: - "**A permissão do art. 86, porém, não outorga ao sentenciado direito liquido e certo à concessão do pedido; a transferência é uma faculdade do juiz, fundada em razões de conveniência e oportunidade**" (*in* Execução Penal, 9ª edição, Atlas, p. 238, 2.000, São Paulo).

No mesmo diapasão decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região: - "**Pena – Cumprimento em outro Estado da Federação – Denegação da Transferência pelo Juiz – Admissibilidade – Interpretação do art. 86, da Lei 7210/84. (...) O direito assegurado pelo art. 86, *caput*, da Lei das Execuções Penais é relativo e não absoluto. Fica a critério do Juiz autorizar ou não, a transferência do condenado para cumprir pena em outro Estado da Federação**" (RT 750/733).

Ainda decidiu este mesmo Tribunal de Justiça: - "**Constrangimento ilegal – Não caracterização – Transferência de preso para local próximo da residência de seus familiares – indeferimento de direito subjetivo do réu – cerceamento de defesa inocorrente – ordem denegada. A permanência do detento em local distante de seus familiares não importa em cerceamento de direito se ausentes os requisitos necessários à remoção**" (JTJ 210/303).

E no caso vertente, há que se observar, como destacado pelo MMº Juiz, que não apenas o agravante se encontra separado do restante da população carcerária, para sua proteção, em decorrência de se tratar de preso que ostenta envolvimento com a facção criminosa carioca denominada Comando Vermelho, portanto, para sua própria proteção e segurança, mas também porque, como destacado pelo Magistrado, conforme antes explicitado nos autos, a par do setor do seguro, que divide fração do restante da massa carcerária, de início se prestar, dentro do plano de contingenciamento da SAP, para servir de quarentena a presos recém chegados, de forma a se preservar a contaminação pelo Covid-19, presentemente, por servir, de forma precípua, a proteger a vida do recorrente, demais, nesse setor ele tem sido assistido em todo o atendimento que lhe deve ser prestado, quer por assistente social, quer pelo recebimento de correspondência, quer por possibilidade de contato com familiares, quer com assistência material e médica, e até mesmo com a movimentação de conta-pecúlio, conforme comprovação citada na r. sentença, a fl. 51, constante as fls. 31/35 e 77/79.

No mais, conforme alentada jurisprudência acima citada, o direito estipulado no artigo 86, da Lei nº 7.210/84 é relativo, e não absoluto, observando-se

Acesso ao Sumário

que nas condições em que se encontra, não há razão plausível maior a ensejar a remoção do agravante do presídio em que se encontra.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo de execução ajuizado em prol de **Pedro Felipe Chaves da Silva.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0014250-80.2021.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ORCELANDIO MOREIRA DE SOUSA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.780)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 14 de outubro de 2021.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Agravo. Pedido de expedição de alvará de levantamento do FGTS do recluso em favor do patrono. Ausência de competência do Juízo da execução. Determinação da Caixa Econômica Federal que não autoriza o levantamento dos valores por terceiros. Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ingressa o agravante com o presente reclamo pretendendo reforma da r. decisão de fl. 86 do processo de execução nº. 0017847-33.2016.8.26.0041 (em apenso) que não conheceu o pedido de expedição de alvará de levantamento.

Aponta que o agravante pleiteou, perante a Justiça Federal, Alvará de Levantamento, a fim de autorizar o agravante, por meio de seu patrono, a realizar o saque do valor integral das quotas do FGTS.

Relata que o pedido foi indeferido, sob o fundamento de que a competência para tanto seria do D. Juízo das Execuções Criminais.

Formulado o pleito perante o Juízo *a quo*, este deixou de conhecer o pe-

dido, alegando que, conforme determinado pela Lei de Execução Penal, o pleito não se encontra no âmbito de competência do Juízo da Execução.

Pleiteia a reforma da r. decisão a fim de que seja determinada a expedição de alvará de levantamento do valor integral disponível na conta vinculada do FGTS do agravante.

Foi contraminutado o agravo e mantida a decisão (fls. 35/36 e 37).

A douta Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do agravo (fls. 44/46).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984, no seu artigo 66, estabeleceu a competência do Juiz da execução, *in verbis*:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

II - declarar extinta a punibilidade;

III - decidir sobre:

a) soma ou unificação de penas;

b) progressão ou regressão nos regimes;

c) detração e remição da pena;

d) suspensão condicional da pena;

e) livramento condicional;

f) incidentes da execução.

IV - autorizar saídas temporárias;

V - determinar:

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;

b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade;

c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;

d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

e) a revogação da medida de segurança;

f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;

g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;

h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei.

i) (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Acesso ao Sumário

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade.

X - emitir anualmente atestado de pena a cumprir.

E, conforme bem exposto pelo d. representante do Ministério Público, "*a autorização para saque da conta vinculada do FGTS do trabalhador que se encontra recluso não integra o rol de competências do Juízo das Execuções Criminais como se vê no artigo 66 da LEP*.".

De outro lado, ainda que se desconsidere o artigo supramencionado, a decisão juntada às fls. 18/22 está bem fundamentada no sentido de apontar que o advogado constituído não é parte legítima para realizar o levantamento do trabalhador.

Isso porque a despeito do Termo de Cooperação Técnica nº 009/2013, firmado entre a Caixa Econômica Federal e o Conselho Nacional de Justiça a fim de desburocratizar o processo de saque das contas vinculadas ao FGTS do trabalhador recluso, a CEF definiu que o pagamento só poderá ser realizado por transferência bancária para conta do próprio trabalhador ou para conta de pessoa com o 1 º grau de parentesco com o recluso, sendo vedado o pagamento a terceiros, visando resguardar o direito do trabalhador.

Assim, sob qualquer prisma em que se verifique os argumentos do agravante, não há que se falar em provimento do pedido.

Isso posto, **nega-se provimento ao agravo.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0009335-85.2021.8.26.0041, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante SILMARA GOMES DA SILVA, é agravado 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: DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO para determinar que outra decisão seja dada, analisando-se sobre os requisitos do artigo 112, § 3º, da Lei

de Execução Penal e, só então, acerca do pedido de retificação do cálculo de pena. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.074)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente), EDUARDO ABDALLA e RICARDO TUCUNDUVA.

São Paulo, 15 de outubro de 2021.

FARTO SALLES, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. Recurso interposto diante de decisão que indeferiu o pedido de retificação do cálculo de pena. Declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei 13.769/2018, pelo juízo das execuções. Afastamento. Precedentes. Determinação para que o juiz das execuções analise os requisitos do artigo 112, § 3º, da Lei nº. 7.210/84, decidindo sobre eventual aplicação da fração de 1/8 diante da progressão de regime. Agravo provido em parte.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por SILMARA GOMES DA SILVA contra a decisão noticiada a fls. 18/20, que indeferiu o pedido de retificação do cálculo de pena e se reputou inconstitucional a aplicação do artigo 4º da Lei nº. 13.769/18, que alterou o artigo 2º, § 2º, da Lei nº. 8.072/90. Sustenta a Defesa, em apertada síntese, que a reeducanda preenche os requisitos elencados no artigo 112, § 3º, da Lei de Execução Penal. Aduz, ainda, que a juíza das execuções "*violou legislação federal, legislou e agiu com competência de Corte Suprema*". Almeja, pois, o refazimento do cálculo, de modo a constar a fração de um oitavo (1/8) para a progressão de regime (fls. 01/08).

Regularmente processado e contrariado o agravo (fls. 25/29), a juíza da execução manteve a decisão guerreada (fls. 30), enquanto a douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou a fls. 54/67, no caso, pelo improvimento do recurso ou, então, para que a matéria seja submetida ao Órgão Especial desta Corte de Justiça, em respeito à cláusula de reserva de plenário.

É o relatório.

O recurso deve vingar em parte.

Infere-se da documentação acostada ao instrumento que SILMARA GOMES DA SILVA cumpre pena de cinco (5) anos de reclusão, atualmente em regime semiaberto, em face de condenação pela prática de tráfico de drogas (fls. 11/12).

Acesso ao Sumário

No caso, a juíza das execuções indeferiu o pedido de retificação do cálculo de pena, reputando inconstitucional o artigo 4º, da Lei nº. 13.769/2.018, que alterou o artigo 2º, § 2º, da Lei nº. 8.072/1.990, sob o fundamento de que, "*No caso, verifica-se que o legislador ordinário, ao alterar a Lei dos Crimes Hediondos, passou a dar o mesmo tratamento ou até melhor aos delitos comuns, daqueles que são hediondos e equiparados, o que viola a previsão constitucional (art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal). (...) Como se vê, há inconstitucionalidade na parcela ínfima de pena a ser cumprida para obter progressão de regime em crimes graves, considerados hediondos ou equiparados, o que viola a regra geral de que ao crime classificado como hediondo ou equiparado, deve ser dado tratamento mais rigoroso do que aos crimes comuns, nos termos da Constituição Federal*" (fls. 19).

Com efeito, de rigor a cassação do decisório agravado.

Embora o § 2º, do artigo 2º, da Lei de Crimes Hediondos tenha sido revogado pelo "Pacote Anticrime", a questão diz respeito à aplicação do artigo 112, § 3º, da Lei de Execução Penal.

Na hipótese, não se ignora a gravidade do delito objeto da condenação, porém, a Lei nº. 13.769/2.018 buscou, principalmente, dar efetividade à política criminal implementada originalmente pela Lei da Primeira Infância, privilegiando os interesses das crianças e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale dizer, a legislação teve como objetivo resguardar os interesses dos filhos menores das condenadas e promover a convivência familiar em período fundamental de desenvolvimento, independentemente do crime cometido.

Precedentes desta Colenda Câmara não destoam, assentando-se que a "*... referida mudança não visa a igualar as sentenciadas por crimes comuns e hediondos ou conferir-lhes tratamento privilegiado em detrimento destes, mas garantir que os efeitos da sanção penal não venham atingir outras pessoas que precisam de cuidados especiais e que estão em fase de formação de sua personalidade. Forçosa, portanto, é a conclusão pelo afastamento declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º, da Lei 13.769*/18" (TJESP, Agravo de Execução Penal nº. 0001508-23.2021.8.26.0041, Relator Desembargador MACHADO DE ANDRADE, julgado 23-06-2021).

"*Ainda que graves os delitos, o benefício ser aplicado, nos termos da nova legislação, a fim de evitar qualquer prejuízo aos filhos ou pessoas com deficiência sob a responsabilidade das sentenciadas. Trata-se de política criminal que visa dar efetividade ao princípio da dignidade humana, fazendo valer o disposto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado*" (TJESP, Agravo de Execução Penal nº. 0011298-31.2021.8.26.0041, Relator Desembargador MARCOS CORREA, julgado 08-09-2021).

Acesso ao Sumário

No mais, impossível esta Turma Julgadora analisar a questão atinente ao refazimento do cálculo de pena, sob pena de indevida supressão de instância, devendo o juízo das execuções examinar os requisitos elencados no artigo 112, § 3º, da Lei nº. 7.210/84, especialmente o atrelado ao envolvimento em organização criminosa.

À vista do exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO** para determinar que outra decisão seja dada, analisando-se sobre os requisitos do artigo 112, § 3º, da Lei de Execução Penal e, só então, acerca do pedido de retificação do cálculo de pena.

Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0006770-26.2021.8.26.0502, da Comarca de Campinas, em que é agravante ADRIANO GARCIA MARTINS, 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: Rejeitada a preliminar, NEGARAM PROVIMENTO ao presente agravo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.181)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO CARDOSO e TOLOZA NETO.

São Paulo, 29 de setembro de 2021.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – OITIVA JUDICIAL DO SENTENCIADO – ARTIGO 118, § 2º DA LEP – DESNECESSIDADE: A prévia oitiva do sentenciado perante a autoridade administrativa é suficiente para que o Juiz das Execuções decida sobre eventual falta disciplinar.

AGRAVO EM EXECUÇÃO – COMETIMENTO COMPROVADO DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE: Comprovada a prática de falta disciplinar em regular procedimento no qual houve oportunida-

Acesso ao Sumário

de de ampla defesa, não há falar-se em desconstituição ou ainda a desclassificação.

VOTO

ADRIANO GARCIA MARTINS interpõe o presente Agravo em Execução objetivando a reforma da r. decisão do MM. Juízo de Direito do DEECRIM - 4ª RAJ, Comarca de Campinas, que ao reconhecer a falta grave cometida em 28/11/2020, determinou a perda de 1/6 (um sexto) dos dias eventualmente remidos (fls. 62).

Argui o agravante, preliminarmente, a nulidade do r. *decisum* agravado pela inobservância da regra contida no artigo 118, § 2º, da LEP que determina sua prévia oitiva judicial, em ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

No mérito postula absolvição arguindo, para tanto, atipicidade de sua conduta, desprovida de qualquer gravidade, invocando o princípio da intervenção mínima. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para falta média, afastando-se, também, o reinício da contagem de novo prazo para fins de progressão de regime (fls. 01/10).

Recebido o agravo e ofertada contraminuta (fls. 72/75), a r. decisão foi mantida (fls. 76), tendo a d. Procuradoria Geral de Justiça opinado, em seu parecer, pelo não provimento do recurso (fls. 84/92).

É O RELATÓRIO.

Preliminarmente, não restou configurada a nulidade por inobservância do disposto no artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, pois o procedimento disciplinar em que a falta foi apurada contou com a efetiva participação da defesa técnica, inexistindo qualquer violação à regra procedimental ou desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Confira-se:

"Execução penal. Falta grave. Regressão determinada sem oitiva judicial do sentenciado. Invocação de nulidade. Inocorrência. Oitiva do sentenciado pelo diretor do estabelecimento prisional. Admissibilidade. Observância da imposição constante do art. 118, § 2º, da LEP. Inexistência de prejuízo. Decisão mantida. Preliminar rejeitada. (...)" (Agravo em Execução nº 0078656-54.2012, Rel. Otávio de Almeida Toledo, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. em 31/07/12).

"Falta disciplinar de natureza grave. Regressão. Oitiva judicial nos termos do artigo 118, § 2º da LEP. Desnecessidade. Réu ouvido perante a autoridade administrativa, acompanhado de advogado da FUNAP. Ausência de prejuízo. Não provimento do recurso." (Agravo em Execução nº 0030957-67.2012, Rel. Ivo de Almeida, 2ª Câmara de Direito Crimi-

Acesso ao Sumário

nal, j. em 16/07/12).

No mérito, acertado o reconhecimento da infração disciplinar de natureza grave, eis que no dia 28/11/2020 o agravante, recolhido na Penitenciária de Piracicaba, praticou ato de desobediência.

Os agentes de segurança Leandro e André relataram que durante o período de visitação no pavilhão 05 foi verificado pelo visor da gaiola que o agravante e sua companheira adentraram no banheiro coletivo e imediatamente foi o reeducando admoestado para sair, o que ocorreu somente depois de certo tempo, sendo o fato comunicado para o superior hierárquico para as providências cabíveis. Esclareceram que os detentos e as visitas foram cientificados das regras de distanciamento para a retomada gradual das visitas presenciais (fls. 36 e 37).

Instado a se manifestar no Procedimento Apuratório Disciplinar, ADRIANO relatou ter ciência de como deveria se portar durante as visitas em tempo de pandemia, negando ter entrado no banheiro junto com sua amásia. Disse que apenas checou que o banheiro estava vazio e lhe forneceu o papel higiênico (fls. 39).

Sempre bom salientar que se não ficar provado algum interesse pessoal dos funcionários públicos em provocar falsa incriminação, seus testemunhos não podem ser postos em dúvida, eis que gozam de presunção de veracidade, ou seja, são idôneos como qualquer outro meio de prova.

Por sua vez, Franciely, companheira do agravante, afirmou que durante a visita foi ao banheiro para usar o vaso sanitário e ADRIANO ficou dentro do recinto para lhe entregar o papel higiênico, confirmando que descumpriu a ordem de distanciamento mínimo, da qual tinha ciência (fls. 22/23).

Houve claro desrespeito as regras estabelecidas para a retomada gradual e controlada das visitas presenciais nas unidades penitenciárias, em tempo de pandemia pelo novo coronavírus.

Destarte, obrou bem o MM. Magistrado *a quo* ao reconhecer a falta grave, nos termos do artigo 50, inciso VI, c.c. o artigo 39, incisos, I, II e V, ambos da LEP, não havendo que se falar em absolvição, seja por ausência de dolo, seja por atipicidade da conduta, e nem mesmo desclassificação para infração de natureza média

Ora, a conduta perpetrada consistiu em violação às regras de disciplina dos estabelecimentos prisionais do Estado que, como sabido, são imprescindíveis a que a atividade de administração das execuções penais possa realizar-se segundo padrões mínimos de segurança e estabilidade.

Por fim, é sabido que o cometimento de falta grave gera a interrupção do lapso aquisitivo e se torna marco inicial para o cômputo de novo lapso, agora calculado sobre a pena remanescente.

O período anterior é apenas computado para fins de cumprimento da

Acesso ao Sumário

pena, todavia, há necessidade de cumprimento de novo interregno da sanção remanescente para a obtenção da progressão de regime, pois é a partir desta data que o sentenciado passa por novo período de observação.

Registre-se que, com a publicação da Lei nº 12.433/11, que alterou o art. 127 da LEP, a determinação de um novo marco inicial a partir da infração disciplinar vem expressamente prevista.

Portanto, de rigor a limitação da interrupção dos lapsos apenas para fins de progressão de regime, eis que a prática de faltas graves, exceto em casos de fuga, abandono de regime e prática de novos crimes, não tem o condão de interromper a contagem do lapso aquisitivo referente a outros benefícios executórios.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, NEGA-SE PROVIMENTO ao presente agravo.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0007413-20.2017.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante PAULO FRANCISCO MORAES BENEVIDES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: REJEITARAM A PRELIMINAR e DERAM PROVIMENTO ao recurso para JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA e absolver PAULO FRANCISCO MORAES BENEVIDES, qualificado nos autos, da acusação de ter infringido o artigo 298, c.c. o 29, *caput*, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.339)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 30 de agosto de 2021.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. DEFESA. Falsificação de documento particular. Artigo 298, c.c. o 29, *caput*, am-

bos do Código Penal. Sentença condenatória. Mérito. Pretensão absolutória acolhida. Indícios insuficientes para a prolação de um decreto condenatório. Dúvida que se resolve em favor do acusado. Aplicação do brocardo *in dubio pro reo*. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença (fls. 441/445) que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar PAULO FRANCISCO MORAES BENEVIDES a 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos na modalidade prestação pecuniária, fixada no valor de 10 (dez) salários mínimos, e no pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 298, c.c. o 29, ambos do Código Penal.

Em suas razões (fls. 470/484), a Defesa busca a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente a redução da pena de prestação pecuniária. Pede, ainda, a concessão dos benefícios da Assistência Judiciária Gratuita.

Oferecidas contrarrazões (fls. 496/502), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção do julgado (fls. 510/516).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de desenvolvimento válido e regular e de admissibilidade para, no mérito, dar-lhe provimento.

Segundo narra a inicial, PAULO FRANCISCO, em data anterior a 20 de janeiro de 2017, em horário incerto, por volta das 22h11min, na avenida Benedicto Castilho de Andrade, nº 747, apartamento nº 33, Parque Residencial Eloy Chaves, cidade e comarca de Jundiaí, concorreu para a falsificação de documento particular.

Verte da denúncia que o acusado é proprietário da empresa *PFGPREVENÇÃO*, contratada pelo *Condomínio Shopping Paineiras* para elaboração de laudo técnico acerca das condições ambientais de trabalho do local, em razão da morte de um prestador de serviços durante a jornada de trabalho.

A partir daí, a acusação sustenta que o sentenciado, agindo em concurso com pessoa não identificada, concorreu para a elaboração de laudo técnico - favorável ao *Condomínio Shopping Paineiras*, apresentado no procedimento administrativo, constando do documento a subscrição do engenheiro *Edson de Jesus Lopes*, especialista em segurança do trabalho.

Ocorre que o engenheiro *Edson*, na ambiência do tal procedimento administrativo, negou tanto a elaboração quanto a subscrição do referido laudo; negativa que restou comprovada pelo exame grafotécnico (fls. 201/203).

Acesso ao Sumário

Assim, *considerando que o denunciado um dos responsáveis pela elaboração do laudo técnico em razão da contratação de sua própria empresa pelo "Condomínio Shopping Paineiras" resta incontroverso que concorreu ele para a prática do crime em questão.*

Entretanto, ressalvada a convicção do MM. Juiz, embora a materialidade delitiva tenha sido demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 4/5), pela cópia do aludido laudo técnico particular (fls. 6/11) e pelo laudo do exame grafotécnico (fls. 201/203), reputo fincada a dúvida no que importa à autoria, não havendo prova segura de que deva recair sobre o apelante.

Em ambas as fases da persecução penal, o acusado negou a imputação. Redarguiu desconhecer o autor da assinatura falsa aposta no laudo elaborado por sua empresa, alegando que o engenheiro *Edson* se comprometeu a subscrever o laudo. Assim, o sentenciado foi o primeiro a assinar o documento, entregando-o na sequência ao contratante *Condomínio Shopping Palmeiras*. Depois de dois dias, recebeu um envelope diferente, lacrado, supostamente contendo o ventilado laudo, e o encaminhou para a advogada *Luciane*.

Também sob o crivo do contraditório, o engenheiro *Edson* asseverou que há anos não mantém contato com o acusado, tornando a negar participação na elaboração do laudo.

Vitória Di Niro, ouvida em juízo, esclareceu que, após a aludida autuação administrativa decorrente de um acidente de trabalho, participou da contratação do sentenciado, que sugeriu a elaboração de um laudo técnico. Ato contínuo, apresentou o sentenciado a *Luciane Cristina Leardini Luiz Del Roy*, advogada do *Condomínio Shopping Paineiras*, e os dois passaram a tratar da elaboração do documento, de modo que não soube do envolvimento de outras pessoas no "processo". Soube da falsificação da assinatura do engenheiro por meio de mídia impressa. Sequer teve acesso ao laudo. Telefonou para o acusado, que, por sua vez, não atendeu, mas posteriormente negou a imputação via *WhatsApp*. Finalmente, ponderou que ele era regular prestador de serviços do *Condomínio Shopping Paineiras*, motivo pelo qual foi contratado para a elaboração do aventado laudo.

Acesso ao Sumário

A advogada *Luciane*, também em juízo, narrou que o acusado lhe entregou o laudo, já contendo a assinatura do engenheiro *Edson*, diretamente em seu escritório. Ao saber da falsidade, notificou-o extrajudicialmente para que explicasse o ocorrido, mas não obteve resposta.

Nesse quadro, embora não se possa rechaçar a hipótese de que o sentenciado efetivamente tenha concorrido para a falsificação do documento particular em questão, igualmente não se pode descartar a versão apresentada por ele, que não restou suficientemente infirmada pela prova produzida pela acusação.

Oportuno observar que, a princípio, o Ministério Público promoveu o arquivamento do inquérito policial quanto aos crimes de homicídio culposo, em razão da morte do aludido prestador de serviço, e de falsificação de documento particular, nos seguintes termos (fls. 262/266):

> *De outra banda, conquanto a materialidade do crime de falsidade documental tenha sido demonstrada, sua autoria permanece inconclusiva. Registra-se, nesse particular, que o laudo pericial feito no documento aponta que as assinaturas falsificadas não foram apostas por Edson de Jesus Lopes e Paulo Francisco Moraes Benevides, cujas suspeitas iniciais recaíram.*
>
> *Não obstante, todas as pessoas ouvidas ao longo das investigações tiveram contato com o laudo pericial <u>após</u> sua falsificação, não sendo possível precisar em qual momento houve a aposição das rubricas e assinaturas falsas. De igual modo, não se permite precisar quem efetivamente seria o responsável por tal falsificação.*
>
> *Assim, forçoso concluir que os elementos de convicção reunidos nos autos não são conclusivos quanto à autoria delitiva, tornando inviável o manejo da ação penal nessas condições.*

Todavia, a MM. Juíza, nos termos do artigo 28, do Código de Processo Penal, determinou a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça (fls. 267/269), que, por sua vez, insistiu no arquivamento no que se refere à imputação de homicídio culposo, mas designou outro membro do órgão para oferecer a denúncia contra o acusado, *imputando-lhe o crime de falsificação de documento particular (art. 298 do CP), na forma do art. 29, caput, do CP* (fls. 278/291).

Ocorre que, contrariamente ao que se ventila na denúncia, o fato de o acusado ter sido um dos responsáveis pela elaboração do indigitado laudo não leva à conclusão automática de que concorreu para a falsificação, sob pena de que se consagre a responsabilidade penal objetiva, vedada em nosso ordenamento jurídico.

Em verdade, consoante bem observado na promoção de arquivamento, várias pessoas tiveram acesso ao documento, não sendo possível aferir, com precisão, qual delas foi responsável pela falsificação, com a ressalva de que após a aplicação do artigo 28, do Código de Processo Penal, não houve continuidade das investigações, mas direto oferecimento de denúncia com base nos mesmos elementos de informação colhidos até então.

Além disso, a circunstância de o acusado ser regular prestador de serviços do *Condomínio Shopping Paineiras*, sem qualquer fato anterior que desabone sua ética de trabalho, se não é suficiente a repelir a tese acusatória, ao menos faz exsurgir a dúvida, porquanto carece de sentido que, deliberadamente e sem solicitação, colocasse em risco sua reputação profissional, arriscando até mesmo contratações futuras, a ponto de falsificar laudo técnico que, em verdade, não o

Acesso ao Sumário

beneficiaria, mas apenas ao contratante, notadamente se não há sequer indícios de que tenha recebido compensação financeira para tanto, além, é claro, da imanente à prestação em condições normais.

Destarte, o mesmo exame grafotécnico que revela a falsidade da assinatura aposta no laudo descortina também que ela não partiu do punho do apelante, restando tão somente a imputação de que, de alguma forma, ele tenha concorrido o responsável pela subscrição ilícita, não identificado nos autos.

Com efeito, poderia ser diferente o cenário caso fossem retomadas as investigações a fim de apurar, por exemplo, se havia outras pessoas envolvidas, tanto do lado da empresa do acusado quanto do contratante, no processo de confecção do laudo, obtendo-se maiores detalhes, ainda, do escopo do serviço contratado, o que não ocorreu na espécie.

Em verdade, 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 restou inequivocamente demonstrada, embora haja indícios, mesmo que veementes, a dúvida não pode acarretar condenação, acolhendo-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, a absolvição por insuficiência de provas é a solução que mais se afigura adequada para a espécie.

Com a absolvição, fica prejudicado o pedido de justiça gratuita.

Ante o exposto, **REJEITO A PRELIMINAR** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso para **JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA** e absolver PAULO FRANCISCO MORAES BENEVIDES, qualificado nos autos, da acusação de ter infringido o artigo 298, c.c. o 29, *caput*, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001144-25.2015.8.26.0538, da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, em que é apelante GONÇALO INACIO FILHO, 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: De-

ram provimento ao recurso para absolver o Apelante, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.520)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime embriaguez ao volante (artigo 306, "caput", da Lei nº 9.503/97). Absolvição por falta de materialidade. Possibilidade e necessidade. Provimento ao recurso.

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.126/127), acrescenta-se que se trata agora de apelação do Réu da sentença de fls.126/130 na qual foi condenado às penas de 06 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto (substituída por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo em favor de entidade a ser definida pelo Juízo da Execução Criminal), e 10 (dez) dias-multa, calculados no mínimo legal, além da suspensão da habilitação para dirigir veículos automotores pelo prazo de 02 (dois) anos, pela acusação do crime de embriaguez ao volante (artigo 306, "*caput*", da Lei nº 9.503/97), pretendendo a absolvição por insuficiência de provas (fls.132/135).

O recurso foi regularmente processado, com resposta do Ministério Público por seu não provimento (fls.144/145).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls.155/157).

É o relatório.

Convincente o recurso.

A prova oral produzida está contida em mídia digital separada e arquivada.

Embora a autoria seja certa – considerando o que ficou apurado pela prova oral –, a prova da materialidade ficou severamente prejudicada.

É que não havendo autorização do Réu para a colheita de material para realização de exame de alcoolemia, e essa específica circunstância deveria ter ficado demonstrada por meio de exame clínico para que ficasse certificada a influência do álcool, não bastando para tal a mera prova oral.

Ainda que a conduta de dirigir sob a ação de álcool, mesmo que sem atingir, de fato, a embriaguez, represente verdadeiro ato de irresponsabilidade,

Acesso ao Sumário

e uma das mais graves infrações em matéria de trânsito, colocando em risco a incolumidade pública concernente à segurança no trânsito e em vias públicas, a prova oral produzida em ambas as fases da instrução criminal não é, por si só, suficiente para demonstrar a alteração da capacidade psicomotora (nos termos do artigo 306, § 1º, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro), nem a presença de sinais evidentes de embriaguez pelo Réu, seja no tocante à condução do veículo automotor, seja no momento de sua abordagem e revista.

Tendo o fato ocorrido sob a égide da Lei nº 12.760/12, nos termos do § 2º do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a verificação da condução do veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool se dará por meio de: ***1.*** teste de alcoolemia ou toxicológico – que neste caso, não foi realizado; ***2.*** exame clínico, perícia ou vídeo – também ausente; ***3.*** prova testemunhal – igualmente ausente, pois as testemunhas não demonstraram suficientemente a materialidade; ***4.*** e, por fim, outros meios de prova – também inexistentes.

Ainda que a alteração havida pela Lei nº 12.760/12 permita a condenação sem a realização de específica prova pericial (com sangue ou bafo), não é menos certo que uma indicação técnica dessa materialidade deve existir e vir mostrada (laudo indireto, laudo de exame clínico, ou coisa equivalente e que o valha), o que aqui não ocorreu.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver o Apelante, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001858-82.2015.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RUBENS DE MIRANDA FIGUEIREDO, 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 ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.431)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Furto tentado (art. 155, *caput*, c.c. art. 14, II, ambos do Cód. Penal). Acórdão que, por votação unânime, deu provimento em parte ao recurso de apelação da defesa, substituindo a privativa de liberdade por uma única restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Reforma, por aqui, do v. acórdão desta Turma Julgadora, para reconhecer o privilégio (art. 155, § 2º, do Cód.Penal), em obediência à decisão exarada no Recurso Especial nº 1919714/SP, do C.STJ, aplicando-se tão somente a pena de multa.

VOTO

Visto.

Cuidou-se de apelação criminal interposta por **Rubens de Miranda Figueiredo**, contra r. sentença de origem, em que restou **condenado** às penas de ***8 meses de reclusão (regime aberto), mais pagamento de 6 dias-multa, mínimo valor unitário*** *– substituída a privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária* –, pela prática do delito previsto no art. 155, "caput", c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal (*furto tentado*).

O apelante buscava *– f. 147/153 –*, essencialmente, a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por defendida insuficiência da prova acusatória.

Subsidiariamente, pleiteava: ***(i)*** o reconhecimento da modalidade privilegiada (*art. 155, §2º, do Código Penal*); e ***(ii)*** a substituição da privativa de liberdade por pena de multa ou por uma única pena restritiva de direitos.

Apresentadas contrarrazões *– f. 155/160 –* e exarado parecer da d. Procuradoria de Justiça *– f. 164/168 –* pelo improvimento do inconformismo recursal, realizou-se Sessão de Julgamento aos ***18.fev.2020***, oportunidade em que ***esta C. 4ª Câmara Criminal, por unanimidade, deu provimento em parte ao recurso, substituindo a privativa de liberdade por uma única restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade*** *– f. 125/133*.

A defesa interpôs Recurso Especial, em face do v. acórdão referido, buscando a incidência da figura do art. 155, § 2º, do Código Penal (*privilégio*), com imposição apenas de multa ao acusado ou, alternativamente, redução da pena (*f. 138/144*).

Apresentadas contrarrazões pela d. Procuradoria de Justiça (*f. 149/155*), a manifestar-se pelo não processamento ou pelo improvimento do inconformismo recursal, a E. Presidência da Seção Criminal deste E. Tribunal de Justiça **admi-**

Acesso ao Sumário

tiu o recurso especial, *f. 157.*

Por decisão exarada aos *2.ago.2021* (*f. 163/165*), a **Exma. Minª. Laurita Vaz *deu provimento*** ao Recurso Especial, "*...a fim de, reconhecendo a incidência da causa de diminuição da pena prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal, determinar a devolução dos autos ao Tribunal 'a quo', de maneira que estabeleça nova dosimetria da pena, nos patamares que entender de direito.*".

Autos conclusos em Gabinete aos ***11.ago.2021*** *– f.256.*

É o relatório.

Em obediência à decisão exarada no ***Recurso Especial nº 1919714/SP, do C.S.T.J***., deve ser reformado o v. acórdão de *f. 125/133* para fixar ao acusado tão somente a **pena de multa** ***– 6 dias-multa, mínimo valor unitário*** –, tendo em conta o reconhecimento do privilégio.

Nestes termos, enfim, que ora se adotam como razão de decidir, entende-se pela necessidade da alteração do decisório exarado por esta C. 4ª Câmara Criminal.

POSTO*, reforma-se o v. acórdão de f. 125/133*, para fixar ao acusado, tão somente, a ***pena de multa – 6 dias-multa, mínimo valor unitário*** –, pela prática do delito previsto no art. 155, "caput" e § 2º, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000059-39.2021.8.26.0426, da Comarca de Patrocínio Paulista, em que é apelante STELLA PEREIRA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.877)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente) e MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Pedido de restituição de coisas apreendidas. Defesa requer a restituição de veículo de propriedade da interessada

Acesso ao Sumário

apreendido por ocasião da prisão em flagrante de seu companheiro, além da isenção de pagamento de taxa ao pátio do DETRAN. Possibilidade. Não há nos autos comprovação de que a apelante tinha conhecimento da utilização do veículo para a prática do delito. De rigor a restituição do veículo à verdadeira proprietária, terceira de boa-fé e companheira do acusado, assim como a isenção do pagamento de taxa ao pátio do DETRAN. Jurisprudência desta E. 1ª Câmara de Direito Criminal consolidada no sentido de que a previsão de recolhimento de tais valores contida no artigo 271, § 1º, do CTB, cabe apenas no caso de infrações administrativas, excluindo-se tal exigência quando se tratar de veículo apreendido no bojo de processo criminal. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pela douta defesa de STELLA PEREIRA DA SILVA, contra ato do MMª. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Patrocínio Paulista, que negou o pedido de restituição do veículo apreendido nos autos da ação penal de nº 1500023-20.2021.8.26.0426 (fls. 26).

Narra a Defesa que STELLA teve seu veículo *I/HYUNDAI TUCSON GL 2.0L*, ano 2008, placa (...), cor preto, apreendido em decorrência do envolvimento de seu cônjuge em suposta infração penal. Por ser terceira de boa-fé e em nada ter concorrido para o suposto delito, requereu o bem apreendido junto ao Juízo impetrado, que indeferiu a restituição.

Irresignada, a Defesa requer a reforma decisão que indeferiu o pedido de restituição do veículo com fulcro no artigo 118 do Código de Processo Penal, além da isenção de pagamento de taxa ao pátio do DETRAN (fls. 30/41).

As contrarrazões foram ofertadas, oportunidade na qual as arguições retromencionadas foram rebatidas (fls. 199/200).

Regularmente processado, a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 95/97), vindo os autos conclusos em 26/08/2021.

É o relatório, passo a decidir.

A respeitável decisão merece reparos.

Segundo consta, em 28/01/2021, STELLA emprestou seu veículo marca *I/HYUNDAI TUCSON GL 20L*, ano 2008, placa (...), cor preto, para seu companheiro, vez que convivem em união estável.

STELLA adquiriu o veículo mediante cota de consórcio "CAIXA" con-

Acesso ao Sumário

templado, cota esta adquirida onerosamente de Gabriel Oliveira Quasti, sendo o valor do crédito o de R$24.556,00 (vinte e quatro mil e quinhentos e cinquenta e seis reais). STELLA pagou o valor de R$ 11.500 (onze mil e quinhentos reais) a título de compra da cota contemplada do consórcio, sendo que as prestações no valor de R$ 682,00 (seiscentos e oitenta e dois reais) iniciariam em 15 de janeiro de 2021. O valor do veículo adquirido foi o de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

A Defesa alega que STELLA continua pagando as cotas do consórcio contemplado que ela adquiriu, e que, posteriormente, tomou conhecimento de que o companheiro fora preso e seu veículo apreendido, sentindo-se prejudicada, pois, não teve participação e sequer conhecimento de que seu companheiro estivesse envolvido em fato ilícito.

STELLA pleiteou pela restituição do veículo junto a Vara Única da comarca de Patrocínio Paulista, pedido este que foi indeferido.

Pois bem.

Apesar de o veículo ter sido utilizado para a prática criminosa, qual seja, o tráfico de drogas, o fato é que o carro pertence a STELLA, a qual havia apenas emprestado o automóvel para seu companheiro.

Pelo que consta dos autos, STELLA não sabia do envolvimento de seu companheiro com o crime, tendo emprestado o veículo a ele, quando este utilizou o carro para a prática criminosa.

Nossa jurisprudência vem entendendo em casos similares a restituição de veículos a terceiros de boa-fé:

> *"PENAL APREENSÃO. VEÍCULO UTILIZADO NO TRÁFICO DE DROGAS. "BATEDOR". TERCEIRO DE BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO. O veículo utilizado na prática do crime previsto na lei 11.343/06 está sujeito a apreensão e perdimento, nos termos dos seus artigos 62 e 63. Todavia, tais dispositivos devem ser mitigados quando confrontados com direito de terceiro de boa-fé (Código Penal, art. 91, II). Desse modo, cabe a restituição do automóvel utilizado como "batedor" para outro veículo, carregado de drogas, demonstrado nos autos que o proprietário não teve envolvimento com a prática do ilícito penal".*
>
> (TRF-4 - Apelação nº 5000710-41.2014.4.04.7001. rel. Des. José Paulo Baltazar Júnior, j. em 24/07/201400).

Da mesma forma, de rigor a concessão da isenção da taxa de pagamento ao pátio do DETRAN.

Isto porque esta C. 1ª Câmara de Direito Criminal consolidou jurisprudência no sentido que a referida cobrança só é exigível às apreensões decorrentes de infrações administrativas.

Neste sentido:

"Há, in casu, direito líquido e certo, na medida em que a propriedade do veículo por parte da impetrante é fato incontroverso, comprovado documentalmente nos autos (fls. 14/15), tanto que deferida a restituição do bem pelo Juízo, condicionando-a somente ao pagamento das diárias do pátio, o que a nosso ver configura constrangimento ilegal apto a ser sanado pela concessão da segurança.

Com efeito, inexiste previsão legal para tal cobrança.

A Lei nº 6.757/1978 dispunha em seu artigo 6º que a determinação legal de pagamentos de taxas e despesas com a remoção e apreensão do automóvel era inaplicável aos "veículos recolhidos a depósito por ordem judicial ou aos que estejam à disposição de autoridade policial".

A Lei nº 13.160/2015 revogou tal disposição, dando nova redação ao artigo 271, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro, estabelecendo que "a restituição do veículo removido só ocorrerá mediante prévio pagamento de multas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica". Note-se que este artigo se encontra inserido no Capítulo XVII do referido diploma, que trata das "Medidas Administrativas".

Ou seja, a lei atual silencia sobre casos em que o veículo esteja à disposição da autoridade policial ou que tenha sido apreendido em virtude de ordem judicial oriunda de processo criminal, como ocorre no caso em apreço. Tendo isso em vista, esta C. 1ª Câmara de Direito Criminal consolidou jurisprudência no sentido que as referidas cobranças só são exigíveis às apreensões decorrentes de infrações administrativas.

Vide nesse sentido os seguintes julgados: Mandado de Segurança Criminal 218243-29.2019.8.26.0000; Relator: Mário Devienne Ferraz; Foro de Palestina Vara Única; Data do Julgamento: 20/10/2019; Data de Registro: 25/10/2019; Mandado de Segurança Criminal 2220396-19.2019.8.26.0000; Relator: Péricles Piza; Foro Central Criminal Barra Funda 19ª Câmara Criminal; Data do Julgamento: 20/10/2019; Data de Registro: 22/10/2019; Mandado de Segurança Criminal 2086666-72.2020.8.26.0000; Relator: Figueiredo Gonçalves; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Americana - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/06/2020; Data de Registro: 15/06/2020; Mandado de Segurança Criminal 2004130-04.2020.8.26.0000; Relator: Márcio Bartoli; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 02/03/2020; Data de Registro: 03/03/2020".

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao apelo** para determinar a restituição do veículo *I/HYUNDAI TUCSON GL 20L*, ano 2008, placa (...), cor preto, à apelante STELLA PEREIRA DA SILVA, **independentemente dos pagamentos das custas de pátio e remoção**. Comunique-se o Juízo de piso, fazendo-se as devidas anotações nos autos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502250-31.2020.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEXANDRE DIAS DE OLIVEIRA, 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 parcial ao recurso interposto por Alexandre Dias de Oliveira para o fim de, mantida a condenação do apelante por infração à norma dos artigos 147, *caput*, e 129, parágrafo 9º, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, reduzir as penas aplicadas para cinco (5) meses e catorze (14) dias de detenção, a ser cumprida no regime prisional inicialmente semiaberto, mantida, no mais, a sentença de primeira instância, assegurado ao apelante que aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.924)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), VICO MAÑAS e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

SÉRGIO MAZINA MARTINS, Relator

Ementa: Apelação criminal. Aplicação da pena. Pena mínima. Pena média. Pena-base. Cálculo de pena. Método trifásico. Na abertura do método trifásico de aplicação da pena, o cômputo da pena-base não se coaduna com a invenção de uma média aritmética estimada entre a pena mínima e a pena máxima. Não somos engenheiros, nem matemáticos, nem geômetras. É que o Direito não opera com a lógica aritmética, pois diz respeito a outro universo, ou seja, aquele habitado pelas coisas puramente normativas. O mundo do direito é o mundo da *prudentia*. Os postulados da estrita legalidade e do dever de motivação judicial (Constituição Federal, artigos 5º, inciso XXXIX e 93, inciso IX) já bastam, ao operador prudente do direito, para adverti-lo da técnica normativa de cômputo da pena: um único dia além da sanção mínima há de ser, necessariamente, fundado e expressamente justificado com circunstâncias ou fatos concretos que, posto devidamente provados, se classifiquem nas situações

Acesso ao Sumário

legalmente tipificadas da lei vigente. E isso, portanto, nada tem a ver com médias aritméticas ou com operações numéricas abstratas do que quer que seja, por mais imaginosas que possam se apresentar à mente humana. Quem pune os crimes não é a voluntariedade do juiz, mas as coisas da política do Direito. Daí porque, ausente razão concreta e adversa disposta em lei, é sim devido o montante mínimo legal e nem um mísero milímetro a mais de pena.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **Alexandre Dias de Oliveira** em face da sentença de primeira instância que, julgando-o infrator da norma dos artigos 129, parágrafo 9º, e 147, *caput*, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, aplicou-lhe a pena total e definitiva de um (1) ano, nove (9) meses e vinte e três (23) dias de detenção, a ser cumprida no regime prisional inicialmente semiaberto.

Reclama o apelante, em suma, a alteração do regime prisional inicial de cumprimento de pena para o aberto.

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 parcial ao recurso interposto. Bem fundamentada a condenação do apelante.

A existência material dos fatos está devidamente provada nos autos (fls. 3-6, 12 e 42-43) vindo também confirmada em diversos momentos da prova oral aqui reunida.

Procede, igualmente, a imputação de autoria ora formulada em desfavor do apelante.

O acusado Alexandre (fls. 104) relatou em juízo não se recordar dos fatos narrados na denúncia, pois estava muito embriagado na ocasião.

Por seu turno, a vítima Patrícia (fls. 104) relatou em juízo que, na data dos fatos, caminhava com um amigo em via pública quando seu ex-namorado Alexandre a atacou com socos e chutes na região do rosto e costas. O acusado então disse que iria matá-la, momento em que a vítima fugiu do local.

O laudo pericial de fls. 42-43 confirmou as lesões sofridas pela vítima

Acesso ao Sumário

Patrícia.

Destaque-se ainda que, cuidando-se de investigação de ilícitos cometidos com violência ou grave ameaça de gênero em ambiente doméstico, faz-se sempre de particular importância o depoimento da vítima, notadamente quando nada de concreto desabona seu devido crédito. Nesse sentido, aliás, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal (1ª T – ARE 694.813- AgR/RS – Rel. Luiz Fux – j. 28.08.2012). Tal, igualmente, vem sendo o torrencial posicionamento das duas turmas de competência criminal do Superior Tribunal de Justiça, ambas há anos frisando que a palavra da vítima reclama sempre grave consideração em investigações dessa natureza (6ª T – HC 615/661/MS – Rel. Nefi Cordeiro j. 24.11.2020; 5ª T – AgRg nos EDcl no AREsp 1.638.190/RJ – Rel. Joel Ilan Paciornik – j. 24.11.2020; 5ª T – HC 590.329/SP – Rel. Ribeiro Dantas – j. 18.08.2020; 5ª T – AgRg no AgRg no AREsp 1.661.307/PR – Rel. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 12.05.2020; 5ª T – RHC 119.097/MG – Rel. Leopoldo de Arruda Raposo – j. 11.02.2020; 6ª T – RHC 117.304/SP – Rel. Laurita Vaz – j. 17.10.2019; 5ª T – RHC 115.554/RS – Rel. Leopoldo de Arruda Raposo – j. 01.10.2019; 5ª T – AgRg no AREsp 1.495.616/AM – Rel. Ribeiro Dantas – j. 20.08.2019; 6ª T – AgRg no AREsp 1.441.535/ES – Rel. Laurita Vaz – j. 28.05.2019; 5ª T – AgRg no HC 496.973/DF – Rel. Felix Fischer – j. 07.05.2019; 6ª T – AgRg no AREsp 1.353.090/MT – Rel. Nefi Cordeiro – j. 23.04.2019; 5ª T – AgRg no AREsp 1.352.082/DF – Rel. Joel Ilan Paciornik – j. 26.03.2019; 5ª T – RHC 108.350/RN – Rel. Ribeiro Dantas – j. 26.03.2019; 6ª T – AgRg nos EDcl no AREsp 1.354.221/SC – Rel. Sebastião Reis Júnior – j. 12.03.2019; 6ª T – HC 461.478/PE – Rel. Laurita Vaz – j. 27.11.2018; 6ª T – AgRg no RHC 97.294/MG – Rel. Nefi Cordeiro – j. 09.10.2018; 6ª T – AgRg nos EDcl no AREsp 1.256.178/RS – Rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 22.05.2018; 6ª T – AgRg no AREsp 1.143.114/SP – Rel. Rogério Schietti Cruz – j. 17.05.2018; 5ª T – AgRg no AREsp 1.225.082/MS – Rel. Jorge Mussi – j. 03.05.2018; 5ª T – AgRg no RHC 81.982/BA – Rel. Jorge Mussi – j. 21.11.2017; 5ª T – AgRg no REsp 1.684.423/SP – Rel. Joel Ilan Paciornik – j. 26.09.2017; 5ª T – HC 385.290/RS – Rel. Felix Fischer – j. 06.04.2017; 5ª T – AgRg no AREsp 1.009.886/MS – Rel. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 21.02.2017; 6ª T – AgRg no HC 337.300/RJ – Rel. Nefi Cordeiro – j. 07.06.2016; 6ª T – AgRg no AREsp 743.421/DF – Rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 17.09.2015; 6ª T – RHC 51.145/DF – Rel. Sebastião Reis Júnior – j. 11.11.2014; 6ª T – RHC 34.035/AL – Rel. Sebastião Reis Júnior j. 05.11.2013; 5ª T – AgRg no AREsp 213.796/DF – Rel. Campos Marques – j. 19.02.2013).

Acesso ao Sumário

Não restam dúvidas, assim, quanto à autoria do crime, que de fato recai sobre os ombros de Alexandre. A narrativa do acusado no sentido de que não se recorda dos fatos não convence, uma vez que o apelante se encontrava suficientemente atento e coordenado a ponto de agredir violentamente Patrícia, com

socos e chutes. Caso estivesse embriagado a ponto de não se lembrar dos fatos, mal conseguiria movimentar-se. De qualquer forma, a embriaguez voluntária não exclui a responsabilidade penal (Código Penal, artigo 28, inciso II) e, em princípio, também não torna a conduta involuntária e inconsciente.

Forma-se, portanto, todo um quadro de provas que, de modo substancialmente harmônico e robusto, aponta o acusado como autor desses ilícitos.

As penas aplicadas, no entanto, requerem extensos reparos.

O acusado Alexandre realmente ostenta maus antecedentes (fls. 59-60, com condenação definitiva por crime de roubo), já assentado em nossa jurisprudência o entendimento de que, em caso de múltipla reincidência, parte delas pode ser considerada como maus antecedentes.

No entanto, a imposição de aumento de um oitavo (1/8) sobre o intervalo entre a pena mínima e a máxima cominadas não pode prosperar. Veja-se que, adotando-se tal critério, estar- se-ia a desprezar, como termo inicial, as penas mínimas adotadas pelo legislador, considerando-se como pena-base parâmetro muito superior àquela definida em lei. Apenas a fim de melhor explicitar, no caso em tela considerou o juízo de origem, como pena-base para o crime de violência doméstica, pena de dois (2) anos e nove (9) meses de detenção, sobre a qual o aumento de pena foi efetivamente calculado, muito superior à pena de três (3) meses de detenção efetivamente cominada em lei. Tal operação não apenas foge à prática comumente adotada pela lei e pelos tribunais, mas também deixa de observar o próprio dispositivo legal.

Necessária a devida reflexão técnica. Na abertura do método trifásico de aplicação da pena, o cômputo da pena-base não se coaduna com a invenção de uma média aritmética entre a pena mínima e a pena máxima. Não somos engenheiros, nem matemáticos, nem geômetras. É que o direito não opera com a lógica aritmética, pois diz respeito a outro universo, ou seja, aquele habitado pelas coisas puramente normativas. O mundo do direito é o mundo da *prudentia*. Os postulados da estrita legalidade e do dever de motivação judicial (Constituição Federal, artigos 5º, inciso XXXIX e 93, inciso IX) já bastam, ao operador prudente do direito, para adverti-lo da técnica normativa de cômputo da pena: um único dia além da sanção mínima há de ser, necessariamente, fundado e expressamente justificado com circunstâncias ou fatos concretos que, posto devidamente provados, se classifiquem nas situações legalmente tipificadas da lei vigente. E isso, portanto, nada tem a ver com médias aritméticas ou com operações numéricas abstratas do que quer que seja, por mais imaginosas que possam se apresentar à mente humana. Quem pune os crimes não é a voluntariedade do juiz, mas as coisas da política do direito. Daí porque, ausente razão concreta e adversa disposta em lei, é sim devido o montante mínimo legal e nem um mísero milímetro a mais de pena.

Acesso ao Sumário

Afasta-se, portanto, a operação aplicada em primeiro grau, impondo-se às penas-base de ambos os crimes aumento mínimo de um sexto (1/6), partindo assim as reprimendas dos patamares de três (3) meses e quinze (15) dias de detenção, para o crime de violência doméstica, e de um (1) mês e cinco (5) dias de detenção, para o crime de ameaça.

A mesma racionalidade acima exposta deve ser aplicada à segunda fase da dosimetria. De fato, trata-se de réu reincidente específico (fls. 59-60), eis que o apelante suportou condenação definitiva por crime de violência doméstica. No entanto, e como já apontado, os exacerbados aumentos de pena impostos em primeiro grau devem ser afastados, em razão da operação equívoca ali operada. Assim, aplica-se à pena pelo crime de violência doméstica novo aumento de um sexto (1/6), fixando-se a reprimenda, definitivamente, em quatro (4) meses e dois (2) dias de detenção, ausentes causas de aumento ou redução de pena no caso.

Já a pena pelo crime de ameaça deve sofrer aumento mais incisivo, de um quinto (1/5), uma vez que, além da reincidência, aplica-se ao caso a agravante do artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal. Assim, as penas por este crime fixam-se, definitivamente, em um (1) mês e doze (12) dias de detenção.

Considerando-se o disposto no artigo 69 do Código Penal, já que se cuida de delitos cometidos com condutas diversas, chega-se à pena final de cinco (5) meses e catorze (14) dias de detenção.

O regime prisional inicial para o cumprimento da pena aplicada deve ser mantido como o semiaberto. Em que pese o montante de pena imposto, deve-se destacar aqui a dupla reincidência do acusado, inclusive especificamente no crime de violência doméstica, bem como as circunstâncias do caso, envolvendo agressões múltiplas inclusive em momento em que a vítima já se encontrava prostrada, tudo a indicar a necessidade de resposta mais veemente por parte do Estado.

Tal regime prisional não se altera ainda que se leve em conta o disposto no artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, uma vez que não foi ele definido com base exclusiva no montante de pena aplicado, senão, e sobretudo, em vista dos maus antecedentes e da reincidência.

Inviável, ante a natureza dos delitos, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, vedada ainda a suspensão condicional de tal pena em razão da reincidência específica do agente.

Em face do exposto, **dá-se provimento parcial** ao recurso interposto por **Alexandre Dias de Oliveira** para o fim de, mantida a condenação do apelante por infração à norma dos **artigos 147, *caput*, e 129, parágrafo 9º, na forma do artigo 69**, todos do Código Penal, reduzir as penas aplicadas para **cinco (5) meses e catorze (14) dias de detenção**, a ser cumprida no regime prisional

Acesso ao Sumário

inicialmente **semiaberto**, mantida, no mais, a sentença de primeira instância, assegurado ao apelante que aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 3000201-14.2013.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DARCY DONIZETI 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.482)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 9 de setembro de 2021.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Apropriação indébita. Absolvição. Recurso ministerial. Contexto probatório que remete a um entrevero de cunho cível, ausente prova de que o apelado quisesse se apossar do dinheiro repassado para pagamento do IPTU, em meio a negócio imobiliário. Transferência do dinheiro para advogado quitar valores junto da municipalidade. Causídico que morreu. Conta em aberto. Repasse provado por testemunhos. Desprovimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Após acórdão (fls. 89/91) que reformou a decisão de não recebimento da denúncia (fls. 50/52), prosseguiu o feito até r. sentença que absolveu Darcy Donizeti dos Santos do delito do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, nos termos do art. 386, VI, do Cód. de Processo Penal. Contra referida decisão, foi interposto recurso de apelação pela acusação (fls. 271/274).

O apelante pede, resumidamente, a condenação nos termos da denúncia (fls. 277/280).

Nos autos, além das contrarrazões recursais, temos ainda o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, que opina pelo provimento (fls. 303/307 e 317/322).

É o relatório.

Voto n. 52.482

Consta dos autos que o apelado, como proprietário e administrador da empresa Mares do Sul Imobiliária Ltda., intermediou a venda de um apartamento pertencente ao casal vítima Oswaldo Jesus de Abreu e Raimunda Teixeira de Sousa. O casal, então, em setembro de 2011, entregou R$ 8.952,10 para quitação de dívida de IPTU que incidia no imóvel, que foi depositado em nome da imobiliária.

O IPTU, contudo, não foi regularizado.

O apelado alegou ao casal que entregou o importe ao advogado Dr. Paulo Sérgio Miguel, para que providenciasse a quitação junto à prefeitura, e posteriormente ficou sabendo que não ocorreu o pagamento. Referido advogado faleceu em 25 de março de 2012 (certidão de óbito – fls. 24).

No processo encontramos cópia do cheque emitido pela vítima à imobiliária (fl. 8). O apelado confirmou na delegacia tê-lo recebido (fl. 16). E ainda existe o documento de fls. 7, que confirma o não pagamento da dívida ativa inscrita.

Em sua defesa o apelado afirmou ter repassado aquele montante para um advogado de sua confiança, de modo que este efetuasse o pagamento.

Entretanto, como dito, esse advogado faleceu pouco depois, deixando de prestar contas do dinheiro.

Ao que parece, inclusive deixou de efetuar a quitação do tributo.

A prova de que aquela importância foi entregue ao advogado decorre da palavra do corretor que trabalhava na imobiliária do réu e presenciou a conversa do apelado com o advogado, ajudando a contar o dinheiro para lhe entregar. De toda a forma, ficou demonstrado nos autos que o dinheiro não foi utilizado para o pagamento do IPTU ou sequer tenha sido devolvido à vítima.

Acesso ao Sumário

Observo também que tanto o administrador da imobiliária quanto o corretor Eduardo afirmaram que ao casal de vítimas foi solicitado comparecimento à imobiliária para combinarem a restituição do dinheiro, mas que eles preferiram a via judicial.

Para complicar a apuração do quanto acontecido, a vítima Oswaldo deixou de ser ouvida em juízo porque faleceu, conforme informado pela sua esposa, senhora Raimunda (fl. 240). E esta, quando souberam pela prefeitura que a dívida de IPTU não havia sido paga, confrontou o apelante, que lhe afirmou que já pagara a dívida.

Em suma, ela e seu marido acabaram quitando o débito junto à prefeitura.

O apelado, para intermediar a venda do imóvel das vítimas, exigiu que o IPTU fosse quitado. Porém, ao mesmo tempo, propôs-se a prestar esse serviço ao casal. Responsabilizou-se, pois, pelo resultado. Afirma ele que pediu a terceiro que cuidasse dessa obrigação assumida com as vítimas e, segundo diz, não recebeu satisfação a respeito do cumprimento da tarefa delegada a esse mesmo terceiro.

Ora, se a obrigação foi assumida pelo apelado e ele terceirizou o serviço, entregando o dinheiro a terceiro, como confirmado pela testemunha Eduardo, tudo indica que não pretendia ele se apropriar dos valores das vítimas. Não existe prova cabal do dolo, não existe prova da premeditação voltada a ficar com o dinheiro, o que somente assim ficaria caracterizada a apropriação indébita.

E, diga-se, o ônus de tal prova recaía sobre a acusação, por conta de ter feito a imputação (art. 156 do Cód. de Processo Penal).

Nesses termos, então, pareceu-nos correta a decisão de primeiro grau ao cogitar que o desentendimento tinha contornos evidentes de discussão privada, de cunho evidentemente cível.

Meu voto, pois, propõe à egrégia turma recursal o desprovimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1519036-85.2019.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MIKE RODRIGUES FERNANDES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, para absolver o acusado MIKE RODIGUES FERNANDES, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação de ter praticado o crime previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.870)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente), POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: RECEPTAÇÃO SIMPLES. RECURSO EXCLUSIVAMENTE DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. CABIMENTO. A prova produzida pela Acusação não se firmou com a necessária certeza para a condenação do acusado pelo delito imputado. Não há elementos suficientes nos autos a comprovar, de forma extreme de dúvidas, a posse da motocicleta furtada pelo acusado, ainda que ele tenha tido contato com o bem. Palavras dos policiais oficiantes firmes e uníssonas no sentido de que viram o acusado mexendo na motocicleta e que assim que ele notou ter sido avistado, afastou-se dela e se sentou com um grupo de pessoas, tendo dito durante a abordagem que estava apenas mexendo no bem. Silente em solo policial, em Juízo apelante asseverou que sequer se aproximou dela, repetindo que estava com um carro no local. Chaves de um veículo proveniente de leilão, que estava estacionado nas proximidades e que também foi apreendido, foram encontradas na posse do acusado durante a revista pessoal, o que, de certa forma, sustenta a tese defensiva, embora não comprovada, de que ao apelante tenha chegado ao local de carro, quando a motocicleta já se encontrava lá, estacionada. O sistema penal, baseado na presunção de não culpabilidade, exige prova plena e convincente para a condenação, ao contrário da absolvição, para a qual basta a dúvida, em consagração ao princípio do ***in dubio pro reo*****, estampado no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Acusação não se desonerou do ônus de elidir a presunção de inocência que atua em favor do réu. Absolvição imperativa. Recurso defensivo provido para absolver o acusado MIKE RODRIGUES FERNANDES, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação de ter praticado o crime previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal.**

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 104/107, cujo relatório se adota, julgou procedente a pretensão acusatória para condenar **MIKE RODRIGUES FERNANDES** à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao

pagamento e 11 (onze) dias-multa mínimos, como incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal.

Inconformado, recorre o acusado buscando a absolvição por insuficiência probatória. Alternativamente, postula: a) a desclassificação para a forma culposa com a consequente imposição de pena exclusiva de multa; ou, b) substituição da corporal por restritiva de direitos fixado o regime aberto em caso de descumprimento (fls. 121/130).

O recurso foi processado e contrarrazoado (fls. 133/137). Os autos ainda contam com respeitável parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 146/153), pelo provimento.

É o relatório.

Pelo que consta nos autos, **Mike** foi denunciado por receptação simples porque, no dia 06.08.2019, em local incerto desta Capital, entre 20 e 23 horas, recebeu, em proveito próprio, a motocicleta Honda/PCX 150, placa GEM-1910/São Paulo – SP, chassis 9C2KF2200HR100064, avaliada em R$ 9.500,00, que sabia ser produto de crime cometido na mesma noite, conforme B.O nº 995638/2019 – Delegacia Eletrônica.

Segundo a denúncia (fls. 52/53), "*no dia 06 de agosto de 2016, por volta das 20h00min, pessoa desconhecida subtraiu a sobredita motocicleta, enquanto estacionada na Rua Doutor Fausto Ferraz, 115 - Bela Vista, nesta comarca, conforme B.O nº 995638/2019 – Delegacia Eletrônica.*

Posteriormente, em circunstâncias incertas, ***MIKE*** *recebeu o veículo produto de furto e por volta das 23h00, enquanto estava sobre a moto, manuseando um baú nela instalado, Policiais Militares efetuavam patrulhamento de rotina e notaram a atitude suspeita do denunciado, decidindo por abordá-lo.*

Em poder de ***MIKE*** *foi localizada a chave do veículo Ford Fiesta, placas DNI6417/São Paulo - SP. Vistoriado o auto, os milicianos apuraram que possuía chassi adulterado, por ser produto de leilão.*

Ainda, pesquisada a placa da motocicleta, restou apurado que se tratava de produto de furto, ocorrido horas antes da abordagem. O denunciado disse que apenas estava olhando a moto, não sendo sua.

Com efeito, a ausência de justificativa razoável para o denunciado estar em poder da moto recém-furtada, sobre ela, manuseando o baú, sem documentação de porte obrigatório e sem qualquer lastro de origem idônea, tudo isto demonstra que tinha plena ciência da origem espúria do veículo."

Pois bem.

Para a demonstração da **materialidade delitiva**, inclusive do crime anterior à receptação noticiada, vieram aos autos: auto de prisão em flagrante (fls. 1/2), boletins de ocorrência (fls. 3/8), auto de exibição/apreensão/entrega/ava-

Acesso ao Sumário

liação da motocicleta (fl. 16/17) e a prova oral coligida.

Quanto à **autoria** do delito imputado, convém pontuar o quanto segue.

O acusado, apesar de informalmente ter dito aos milicianos responsáveis por sua prisão que estava apenas mexendo na moto e que o bem não era dele, manteve o silêncio em seu interrogatório policial (fl. 13/14).

Em juízo, negou a prática do delito em questão, asseverando que estava de um lado da rua, na casa dos padrinhos dele fumando narguile e a motocicleta encontrava-se parada do outro lado. Os policiais passaram subindo a rua e foram fazer a volta, de modo que teve tempo suficiente para fugir dali se fosse culpado. Os policiais abordaram-nos e começaram a puxar os antecedentes de todos que estavam no local e quando descobriram que ele tinha registro anterior disseram que a moto era dele. Disse a eles que não, pois tinha ido até a casa dos padrinhos com seu Fiesta e os policiais também disseram que o Fiesta era produto de crime e o prenderam. Saiu sob fiança que foi paga pelo seu padrinho. Nunca se aproximou da moto em questão, estava do outro lado da rua com familiares e amigos. Não sabe de quem era motocicleta, ou como ela chegou até lá, pois, quando chegou ao local conduzindo o Fiesta, a moto já estava lá. Nunca subiu na moto, acredita ter sido acusado porque era o único dos presentes a ostentar antecedentes criminais. Não arrolou testemunhas porque não sabia que poderia fazê-lo, mas o padrinho disse para ele que um rapaz desconhecido tinha deixado a moto lá parada (audiência – link a fl. 103).

Os policiais militares oficiantes, Jonatas Diogo Pinto e Luccas Elias de Andrade, narraram de forma coesa e uníssona em solo policial que realizavam patrulhamento de rotina, quando avistaram o acusado sentado na motocicleta, mexendo no baú frontal. Estranharam e resolveram abordá-lo. Enquanto manobravam a viatura para ir até o local, acompanharam a movimentação do réu pelo espelho retrovisor, e viram quando ele percebeu que vinham abordá-lo e desceu da moto, atravessando a rua logo em seguida, para se sentar na calçada com conhecidos, fumando narguilé. Durante a abordagem, Mike disse que estava apenas olhando a moto e, na revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado. Ele trazia consigo a chave de um veículo estacionado nas proximidades, um Ford/Fiesta que tinha sinais de adulteração no chassis. Realizaram as pesquisas dos dois veículos e constataram que motocicleta era produto de furto ocorrido na véspera e o automotor era veículo sinistrado, proveniente de leilão. Apreenderam os veículos e conduziram o acusado à delegacia (fls. 9 e 11).

Em juízo, Jonatas repetiu que ele e Luccas estavam em patrulhamento, quando viram o acusado sentado na moto, mexendo no baú da frente, perto do local da ignição. Acharam aquilo suspeito e seguiram adiante para fazer o retorno enquanto observaram pelo retrovisor que o réu percebeu a viatura retornar e, ato contínuo, desceu da moto, atravessou a rua e se sentou na calçada

Acesso ao Sumário

em frente com outros indivíduos que fumavam narguilé. Inquirido, o réu não soube falar nada sobre a motocicleta, e, na revista, encontraram com ele a chave de um automotor cujo chassis apresentava irregularidades e que apuraram ser produto de leilão (veículo sinistrado). A moto estava estacionada e o réu estava sentado nela, mexendo no baú frontal; o acusado pareceu muito nervoso quando passaram por ele, antes de fazer o retorno. Todos os outros indivíduos estavam do outro lado da rua e confirmaram a versão do acusado, de que a moto não era dele (audiência – link fl. 103).

Luccas relatou que estavam em patrulhamento e viram o réu mexendo embaixo do painel. Quando retornaram o acusado atravessou a rua e ficou na companhia de outros rapazes. Abordado, ele disse que nada sabia da moto, que estava apenas "mexendo" nela. A motocicleta estava estacionada e o acusado sentado nela. Ele trazia a chave de um automotor que tinha o chassis com sinais de adulteração e foi apreendido também. A moto tinha queixa de furto. Os demais indivíduos disseram desconhecer a moto e o acusado disse que estava "apenas olhando" (audiência – link fl. 103).

A vítima Felipe Camim Silva narrou em solo policial que deixou o veículo estacionado pela manhã e foi trabalhar, quando retornou ao fim do dia ele não estava mais lá. Acionou a PM pelo 190 e depois registrou a ocorrência pela internet. Horas depois, foi procurado pela polícia que noticiou ter encontrado o bem (fl. 12).

Em juízo, acrescentou que a moto estava danificada e que ela tem uma espécie de porta luvas na frente, próximo ao guidão (audiência – link fl. 103).

Eis a prova dos autos.

O recurso defensivo comporta provimento.

Resguardado o merecido respeito à posição sustentada na r. sentença objurgada, a prova produzida pela Acusação não se firmou com a necessária certeza para a condenação do acusado pelo delito imputado.

Ao que exsurge dos autos, não há elementos suficientes nos autos a comprovar, de forma extreme de dúvidas, que estava o apelante na posse da motocicleta furtada, ou que a tivesse ao menos transportado, conduzido ou ocultado em proveito próprio ou de terceiro.

Isso porque, por mais que a atitude do réu, de se sentar e mexer na parte frontal (no porta luvas ou na ignição) de uma motocicleta estacionada que não lhe pertence seja duvidosa e possa ensejar a conclusão de que algo irregular/ilícito estivesse ocorrendo, como afirmado pelo PM Jonatas em juízo, tal não permite, por si só, a conclusão inequívoca de que ele teria receptado a motocicleta horas antes. Ora, podia estar ele com a intenção de realizar uma ligação direta e furtar a moto, ou mesmo de arrombar o porta luvas e apanhar alguma coisa de valor que lá estivesse, nada mais.

Acesso ao Sumário

E tal possibilidade de ter sido avistada pelos policiais uma tentativa de furto ou atos preparatórios pra crime tal se mostra razoável, quando consideramos a narrativa policial de que Mike, informalmente, disse que só "estava mexendo" na moto, que estava estacionada quando eles o avistaram sentado nela, e que ele disse ter chegado ao local num Fiesta cuja chave foi com ele encontrada durante revista policial, assim como o referido veículo que estava nas proximidades e foi apreendido, inclusive (fls. 18/19).

Os elementos de prova angariados aos autos não excluíam a possibilidade de envolvimento do acusado no delito imputado, de modo a legitimar a oferta e recebimento da denúncia e processamento do feito, mas, ao cabo da instrução processual, sob o crivo do contraditório, não foram trazidos outros elementos de provas necessários para compor o contexto delituoso com a certeza imprescindível ao decreto condenatório.

E o sistema penal, baseado na presunção de não culpabilidade, exige prova plena e convincente para a condenação, ao contrário da absolvição, para a qual basta a dúvida, em consagração ao princípio do *in dubio pro reo*, estampado no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Assim, diante das circunstâncias do caso concreto, resguardado o respeito ao entendimento em sentido contrário, temos que o Ministério Público não logrou, ao cabo da instrução penal, elidir a presunção de inocência que atua em favor do denunciado, impondo-se o "non liquet".

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO**, para absolver o acusado **MIKE RODIGUES FERNANDES**, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação de ter praticado o crime previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1509526-24.2020.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante RICARDO ALEXANDRE BERTOLINI, 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.330)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 17 de setembro de 2021.
FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Estelionato. Materialidade e autoria comprovadas. A compensação da vítima não torna atípica a conduta e tampouco extingue a punibilidade do crime de estelionato, ainda mais quando saudado por terceiro que também sofreu prejuízo em decorrência dos atos do réu. Venda de veículo consignado. Valor não repassado à vítima, proprietária. Conduta típica e dolo prévio comprovados. Condenação acertada. Pena e regime bem fixados. Recurso improvido.

VOTO

Acrescenta-se ao relatório da r. sentença de fls. 143/144 que a ação penal foi julgada procedente, condenado o réu Ricardo Alexandre Bertolini à pena de um ano de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de dez dias-multa, no piso, pela prática do crime previsto no art. 171, *caput* , do Código Penal. A pena corporal foi substituída por uma restritiva de direitos, "consistente no pagamento de prestação pecuniária à vítima em valor equivalente a seis salários mínimos vigentes na época do efetivo pagamento".

Apela o réu. Alega, em síntese, que o valor devido foi pago em valor muito superior ao pretendido pela vítima, que se trata de mero descumprimento contratual, pois ausente o dolo, e que o recorrente tentou negociar o pagamento dos valores com a vítima, que se recursou a receber o numerário de maneira parcelada. Pede a absolvição ou, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de estelionato privilegiado e a redução da pena de multa (fls. 155/156).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 174/176), e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento (fls. 183/188).

É o relatório.

Segundo se apurou, no dia 4 de setembro de 2019, na empresa "MC Motors Ricardo Alexandre Bertolini ME", o réu obteve, para si, vantagem ilícita no valor de R$ 24.000,00, em prejuízo de D.R.S., induzindo-o a erro, mediante ardil e meio fraudulento.

A materialidade está bem comprovada pelos documentos de fls. 7, 9, 10/16, 28 e pela prova oral colhida.

O réu, em ambas as fases, explicou que, na época dos fatos, passou por dificuldades financeiras em decorrência de negócios imobiliários e dívidas pen-

Acesso ao Sumário

dentes do comércio de veículos e, em razão disso, precisou aumentar os negócios realizados com veículos em consignação. Assim, ficava com o carro do cliente e, após vendê-lo, pedia quinze dias úteis para transferência do valor e fornecimento do recibo. Disse que repassava um valor abaixo daquele vendido e quitava as dívidas contraídas com terceiros com a diferença. Alegou que uma prática recorrente era o envio de um recibo em branco para instituições financeiras que viabilizavam o financiamento do veículo. Acrescentou que a loja foi fechada em razão de ameaças e de incursões criminosas no local e que tem tentado quitar as suas dívidas (fls. 21/22 e 104/105).

A vítima, em ambas as fases, declarou que havia anunciado o seu Hyundai HB20 no site OLX e recebeu contato de uma pessoa de prenome Madalena informando que havia um comprador para o veículo e solicitou que o levasse até a loja. Relatou que deixou o automóvel no local e aguardou para receber o valor de R$ 34.000,00, contudo, o acusado descumpriu o prazo por duas vezes e, na terceira, recebeu apenas R$ 10.000,00. Afirmou que recebeu parte do valor, R$ 15.000,00, da BV Financeira, após ingressar com ação cível (fls. 5 e 104/105).

Marcelo Bonfate, policial civil, em juízo, disse que investigou diversos casos envolvendo o acusado e que, após o fechamento da loja, os clientes não o localizavam mais. Detalhou que ele efetuava contratos de financiamento sem a participação dos vendedores e que, em alguns casos, até mesmo a assinatura era falsificada (fls. 104/105).

A testemunha D.P., cliente do réu, disse que vendeu o carro do filho através da empresa dele e que o valor foi integralmente recebido, ainda que em atraso (fls. 104/105).

De início, alega o apelante que *"(...) afora o recebimento de mais de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a vítima ainda teria recebido valores que superam em muito o valor do veículo, tal como se infere do documento abaixo colacionado que bem demonstra que a ação aviada na esfera cível (Autos do Processo nº. 1002570-49.2020.8.26.0451), teria lhe rendido praticamente R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) se somado aos R$ 10.000,00 (dez mil reais) já pagos pelo réu. Impende destacar que os valores recebidos são bem superiores ao valor do veículo, situação que elide a existência de qualquer prejuízo*."

Em consulta aos autos mencionados, verifiquei que o valor pago não chega a R$ 60.000,00, nem mesmo contados os R$ 10.000,00 pagos pelo réu. Além disso, o montante pago à vítima foi integralmente quitado pelo devedor solidário que, embora tenha agido ilicitamente de modo a ensejar a reparação, também foi vítima do ardil do réu. De qualquer modo, a quitação do valor, por terceiro, não enseja a atipicidade da conduta ou mesmo a extinção da punibilidade.

O golpe aplicado é bem conhecido: o falsário ludibria a vítima para fornecer o recibo de compra e venda de veículo entregue em consignação. De posse

Acesso ao Sumário

desse documento, o automóvel é financiado, o golpista recebe o dinheiro da financeira, não quita a dívida com o ofendido, e, ato contínuo, se livra do automóvel, entregando-o a terceiro de boa-fé (apresenta alguma desculpa para realizar a transferência em momento posterior) ou entabulando negócios fictícios com pessoas que tenham prévio conhecimento do engodo para dificultar a restituição do bem. Com isso, o perpetrador pode faturar em duas pontas: quando recebe o financiamento e quando recebe o dinheiro do terceiro.

A vítima, a seu turno, tem dificuldade em restituir o automóvel, que já foi repassado. Há casos, ainda, em que o repasse envolve outro veículo do terceiro, que também é integralmente refinanciado e repassado. Rapidamente, o encadeamento de negócios, com lucro em ambas as pontas, arregimenta verdadeira fortuna em favor do agente que, invariavelmente, alega inadimplemento por dificuldade financeira.

Aqui, é bem claro que o réu tinha o dolo específico de auferir a vantagem mediante ardil: sabia, previamente, que não teria condições de pagar ou mesmo não pretendia restituir o valor integral à vítima, pois pretendia usar o montante para quitar outras dívidas pessoais.

O apelante responde a inúmeras ações por condutas semelhantes, sempre, ao que indica, sob o mesmo *modus operandi*, consistente em quitar parte dos valores devidos com o lucro auferido pela venda subsequente e deixar ambas as vítimas com o prejuízo.

Aliás, não é o primeiro caso semelhante que é julgado por esta Câmara, ocorrido, inclusive, na mesma Comarca. Há anos que golpes do tipo proliferam na região de Campinas e Piracicaba, amplamente noticiados na imprensa (*v.g.* (endereço eletrônico constante no texto original)).

O pedido de desclassificação para a forma privilegiada é patentemente improcedente, pois o valor do bem é muito superior ao salário mínimo vigente à época dos fatos.

De rigor a condenação, a pena foi a mínima possível para o tipo, de um ano de reclusão e pagamento de dez dias-multa, no piso, e foi concedido o regime mais brando.

A pena corporal foi substituída "*(...) por restritiva de direitos, consistente no pagamento de prestação pecuniária à vítima em valor equivalente a seis salários mínimos vigentes na época do efetivo pagamento*."

O pedido de redução do valor da multa é totalmente improcedente, pois já foi fixada no piso. O valor da pena de prestação pecuniária também foi fixado em valor condizente com a realidade financeira do apelante.

Pelo exposto, meu voto **nega provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000068-80.2017.8.26.0542, da Comarca de Osasco, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ANDERSON SOUZA OLIVEIRA.

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 ao recurso ministerial para cassar a absolvição sumária decretada em primeiro grau, e, de ofício, julgaram extinta a punibilidade de ANDERSON SOUZA OLIVEIRA, quanto ao crime do artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.728)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: CRIME DE TRÂNSITO (artigo 305, do CTB). Absolvição sumária decretada em primeiro grau, ante o fundamento de que a conduta do acusado decorreu do mero exercício da autodefesa. Decisão cassada, nos termos do entendimento firmado pelo STF, em sede de repercussão geral (Tema 907). Reconhecida, porém, quanto ao referido crime, a prescrição da pretensão punitiva estatal, levando-se em conta a pena máxima cominada no tipo penal. Decurso de período superior a quatro anos desde o recebimento da denúncia. Apelo ministerial provido, reconhecida, porém, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO de sentença que absolveu sumariamente ANDERSON SOUZA OLIVEIRA da acusação de ter infringido o artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro, com fulcro no

artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, tendo em vista a atipicidade da conduta (fls. 194/195).

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento da irresignação (fls. 241/243).

É o relatório.

O recorrido foi denunciado como incurso nos artigos 305, 306 e 309, todos da Lei nº 9.503/97, porque, no dia 16 de janeiro de 2017, dirigiu veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool, sem possuir habilitação e, além disso, após colidir o automóvel com outro veículo, afastou-se do local do acidente sem prestar qualquer auxílio à vítima, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe pudesse ser atribuída.

Após o recebimento integral da denúncia, ocorrido em 1º de setembro de 2017 (fls. 161), o Magistrado reconsiderou parte da decisão e absolveu sumariamente o acusado quanto ao delito do artigo 305, da Lei Especial, ante o fundamento de que tal dispositivo legal "*viola o preceito constitucional de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si (nemo tenetur se detegere), de modo que na hipótese vertente a circunstancia de o réu haver se afastado do local do acidente consistiu mero ato de autodefesa, daí não poder configurar infração penal*" (fls. 194/195).

Descontente com a decisão, recorreu o Ministério Público, postulando a sua reforma, "*afastando-se a absolvição sumária, com o consequente prosseguimento do feito*" (fls. 199/201).

O reclamo procede, pois a absolvição sumária prevista pelo artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, somente é possível quando o fato evidentemente não constituir crime, o que não é o caso dos autos, valendo frisar que, analisando a questão, em sede de repercussão geral, o Colendo Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese: "*A regra que prevê o crime do art. 305 de Trânsito Brasileiro (Lei n° 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade*" (Tribunal Pleno, RE 971.959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14/11/2018 e publicado em 31/07/2020 - Tema 907).

Não era, portanto, o caso de se decretar a absolvição sumária do recorrido.

Todavia, é de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, pois o delito do artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro, prevê pena máxima de um ano de detenção, o que dá ensejo ao prazo prescricional de quatro anos (artigo 109, inciso V, do Código Penal). E, no caso, já decorreu o referido período (quatro anos) desde a data do recebimento da denúncia, em 1º de setembro de 2017 (fls. 161).

Acesso ao Sumário

Aliás, convém registrar que, após a prolação da decisão impugnada, em 30 de outubro de 2018 (fls. 194/195), o feito ficou paralisado por significativo período e só retomou seu regular prosseguimento em 10 de março de 2020, oportunidade em que foi determinado o encaminhamento dos autos ao Ministério Público (fls. 196), valendo observar, ainda, que o motivo de tal paralisação sequer restou certificado nos autos.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial para cassar a absolvição sumária decretada em primeiro grau, e, de ofício, julga-se extinta a punibilidade de ANDERSON SOUZA OLIVEIRA, quanto ao crime do artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500222-22.2020.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado R.A.

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 apelo ministerial, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença atacada. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.979)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 21 de setembro de 2021.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Divulgação de cena de sexo. Art. 218-C do CP. Sentença absolutória. Insurgência ministerial. Pretendida condenação. Inviabilidade. Ausência de prova da materialidade. Acusado que teria registrado e divulgado vídeo contendo cena de sexo com a ex-namorada. Vídeo que teria sido transmitido a diversas pessoas em um pequeno município, inclusive a um amigo e conhecidos da ofendida. Impossibilidade de aplicação do art. 167 do CPP. Vestígio que não se encontra perdido ou desaparecido. Inviabilidade de suprir a prova pericial pela prova testemunhal.

Prova de fácil obtenção pela autoridade policial. Materialidade não demonstrada. Absolvição mantida. Apelo ministerial improvido.

VOTO

Pela sentença de fls. 120/125, proferida em 24/03/2021 pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Rafael Almeida Moreira de Souza, da 3ª Vara Judicial Comarca de Santa Fé do Sul, a ação penal foi julgada improcedente, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, absolvendo-se R.A. da acusação que lhe imputava a prática da conduta prevista no art. 218-C, § 1º, do Código Penal.

Inconformado, o representante do Ministério Público maneja o presente recurso de apelação, sustentando estarem comprovadas a materialidade e autoria delitivas (fls. 130/135).

A defesa do réu se bateu pelo acerto do *decisum* (fls. 142/143) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo ministerial (fls. 155/160).

É o relatório.

Segundo consta da denúncia, R. e a ofendida I.L.G. eram namorados e mantinham relações íntimas. Em certa ocasião, R. teria registrado em vídeo o ato sexual praticado com a ofendida. Ao tomar conhecimento de tal fato, I.L.G. demonstrou seu descontentamento, razão pela qual o réu simulou ter deletado o vídeo.

Todavia, após o término do relacionamento, R. teria transmitido o referido vídeo pornográfico para terceiras pessoas, utilizando-se de aplicativos de troca de mensagens eletrônicas.

O vídeo teria circulado pelo município de Três Fronteiras - Comarca de Santa Fé do Sul, chegando, assim, ao conhecimento da ofendida, que registrou a ocorrência policial.

Ao contrário do quanto sustenta o órgão ministerial, a absolvição deve ser mantida, posto inexistir prova da materialidade do crime imputado ao réu.

Iniciou-se a presente persecução penal mediante relato da ofendida, I.L.G., afirmando que, por meio de alguns conhecidos, inclusive sua própria irmã, teria tomado conhecimento que R. estava transmitindo vídeo contendo cena de sexo entre o casal.

Consta do inquérito policial que R., amigo da vítima, teria recebido o vídeo em seu aparelho celular, sendo transmitido diretamente por R., todavia, tal testemunha não apresentou o vídeo à autoridade policial, pois o teria deletado.

A testemunha I., irmã da ofendida, não assistiu ao suposto vídeo, mas tomou conhecimento que diversas pessoas da cidade haviam assistido à gravação

Acesso ao Sumário

realizada por R. Inclusive, indicou que outra testemunha, D., teria visto o vídeo.

Todavia, em que pese constar que o vídeo tenha sido assistido por diversas pessoas no município de Três Fronteiras, inclusive por um amigo da vítima, além de outros conhecidos, em momento algum as imagens foram fornecidas, por qualquer pessoa, à autoridade policial. Trata-se, em verdade, de situação na qual a prova da materialidade seria facilmente obtida através de investigações preliminares, as quais, entretanto, não foram devidamente realizadas.

Ao contrário do quanto pretende o *parquet*, não visualizo hipótese de incidência do art. 167 do Código de Processo Penal, posto que os vestígios não foram perdidos e nem sequer se encontram desaparecidos. Cuida-se de arquivo digital, transmitido, segundo consta, a grande número de pessoas, cuja obtenção não seria dificultosa à autoridade policial, bastando meras diligências para localização que alguém que tivesse recebido o vídeo na pequena cidade de Três Fronteiras.

Sobre o tema já nos manifestamos:

> Por outro lado, é inadmissível substituir o exame pericial, em crimes que deixam vestígios materiais, quando a desídia decorre do próprio Estado. Noutros termos, o laudo não se formou por culpa dos órgãos estatais, não advindo de qualquer atitude do acusado. Diante disso, deve-se considerar não provado o fato ou a circunstância. (...) Reitere-se, ainda, não ser válida a formação de corpo de delito indireto (por testemunhas), quando a responsabilidade pelo sumiço dos rastros deve-se, exclusivamente, à desídia (ou outra causa similar) dos agentes do Estado, como já mencionado linhas acima. Portanto, se o objeto da análise pericial deixou de existir porque não houve efetivação da perícia a tempo, em virtude de descaso estatal, a prova testemunhal é imprestável. (Código de Processo Penal Comentado, Forense, nota 39 ao art. 167)

No mesmo sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

> O exame de corpo de delito direto somente pode ser suprido por outros meios probatórios, na forma indireta, para fins de comprovação da materialidade dos crimes ambientais de natureza material e não transeunte – no caso, o art. 38 da Lei n.º 9.605/98 –, na hipótese em que houver o desaparecimento dos vestígios ou quando o lugar dos fatos tenha se tornado impróprio à análise pelos experts, circunstâncias excepcionais que não se enquadram ao caso em análise. (AgRg no REsp n. 1.782.765/PR, 6ª T., rel. Laurita Vaz, DJe 02/08/2019).

Desta feita, no caso em tela, considerando que o vídeo poderia ser facilmente obtido no curso da persecução penal, tenho por inviável a aplicação do mencionado art. 167 do Diploma Processual Penal, sendo de rigor a manutenção do édito absolutório por ausência de prova da materialidade.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo ministerial, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença atacada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000914-32.2012.8.26.0588, da Comarca de São Sebastião da Grama, em que são apelantes GIOVANA APARECIDA SILVESTRE, SIRLEI BATISTA RIBEIRO e ROULEIN RAMOS RIBEIRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento aos recursos apenas para alterar a conversão da pena corporal em uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, mantida, no mais, a r. sentença condenatória. Em seguida, julgaram extinta, de ofício, a punibilidade dos apelantes, em relação ao crime previsto no artigo 307 do Código Penal, com fulcro nos artigos 107, inciso IV, combinado com os artigos 109, inciso VI, e 110, parágrafo 1º, todos do Código Penal. Por fim, consideraram prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Comunique-se incontinenti. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.738)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente) e MARCELO SEMER.

São Paulo, 22 de setembro de 2021.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Apelações criminais – Promessa de entrega de filho a terceiro mediante paga ou recompensa e falsa identidade – Sentença condenatória – Pretendida a absolvição por fragilidade probatória – Admissibilidade parcial – Materialidade e autoria suficientemente demonstradas – Depoimentos de testemunhas de suma importância no esclarecimento dos fatos e identificação dos criminosos – Condenação bem editada, com base em sólido e convincente acervo probatório – Pena corporal e regime escorreitamente fixados – Readequação da restritiva de direitos, para apenas

Acesso ao Sumário

prestação de serviços à comunidade, em face do *quantum* punitivo estabelecido – Quanto ao crime de falsa identidade: ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade intercorrente – Decurso do interstício legal entre a data do primeiro ato de publicação da sentença e o presente julgamento – Recursos parcialmente providos. Extinção da punibilidade declarada, no tocante ao crime previsto no artigo 307 do Código Penal.

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença monocrática, acrescenta-se que **Giovana Aparecida Silvestre**, **Sirlei Batista Ribeiro** e **Roulien Ramos Ribeiro**, por infração aos artigos 238, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.069/90 e 307 do Código Penal, na forma do artigo 69 do referido Codex, foram condenados às penas de 1 (um) ano de reclusão e 3 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, substituída a privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pecuniária, no valor de 1 (um) salário mínimo.

Inconformados, recorrem. Acenando com a fragilidade probatória, pugnam pela absolvição.

Anote-se, ainda, que a corré Maria Inês Ramires teve declarada extinta a punibilidade em relação ao crime de falsa identidade, após cumprir proposta de transação penal (fl. 564), sendo o processo suspenso, para ela, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, no que tange ao delito de promessa de entrega de filho a terceiro mediante paga ou promessa de recompensa (fls. 710 e 711/712).

Consigne-se, também, que o feito foi suspenso para o corréu Edson Massayuki Shiguematsu, com fundamento no artigo 366 do Código de Processo Penal (fl. 749).

Regularmente processados os recursos, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento.

É o relatório.

2. Os recursos comportam parcial provimento.

2.1. Do crime de promessa de entrega de filho a terceiro mediante paga ou recompensa:

A materialidade apresenta-se cumpridamente demonstrada, não apenas pelo boletim de ocorrência (fls. 4/6) e documentos de fls. 32/93, senão também pela prova oral amealhada nos autos.

Os apelantes foram interrogados apenas na delegacia, tornando-se revéis

Acesso ao Sumário

em Juízo (fls. 823 e 843).

Giovana disse conhecer somente as corrés Sirlei e Maria Inês. À época dos fatos, elas lhe prometeram custear a internação em clínica especializada para tratar o seu vício em drogas. Pretendia ficar com o recém-nascido e, enquanto estivesse em tratamento, as coacusadas cuidariam temporariamente dele. Afirmou, ainda, que decidiu dar à luz em cidade diversa de onde mora para não ter de entregar a criança ao Conselho Tutelar. Por isso, usou nome falso quando deu entrada ao hospital. Naquela oportunidade, estava acompanhada das corrés e dos acusados Roulien, vulgo "Melão", e Edson, sendo que Sirlei foi a responsável por preencher a sua ficha de atendimento. Por fim, contou que as despesas para o procedimento de laqueadura foram pagas por Sirlei e Maria Inês (fl. 20).

Sirlei contou que decidiu ajudar Giovana após ouvi-la dizer que queria permanecer com o recém-nascido. Desse modo, arrecadou fundos junto a outras pessoas para cobrir as despesas hospitalares. No dia do nascimento da criança, acompanhou Giovana até o hospital em São Sebastião da Grama, junto com o marido, o acusado Roulien. Alegou, contudo, que a iniciativa de fornecer nome falso no momento da internação partiu da acusada. Disse, ainda, que todos retornariam a Poços de Caldas/MG assim que Giovana desse à luz, onde a mãe dela decidiria se a criança ficaria sob cuidado do réu Edson durante o período em que ela estivesse recolhida na clínica para o tratamento da dependência em drogas (fl. 21).

Roulien, por sua vez, afirmou conhecer Giovana desde quando ambos eram crianças. Alegou tê-la levado ao hospital de São Sebastião da Grama a pedido da mãe dela, porquanto, segundo ela, naquele local o procedimento de laqueadura era realizado gratuitamente. Deixou as rés no nosocômio e voltou para Poços de Caldas, onde aguardou a esposa, Sirlei, dizer o momento para ir buscá-las. No dia seguinte, ouviu Giovana dizer que não gostaria de entregar o filho a terceiros (fls. 196/197).

Malgrado as versões exculpatórias, a prova produzida nos autos lhes é adversa.

Assim é que a conselheira tutelar Marcela Piva Acerbi esclareceu que, ao tempo do ocorrido, o órgão de proteção monitorava Giovana em virtude do envolvimento da acusada e alguns filhos dela, menores de idade, com o uso de drogas. Na data dos fatos, recebeu uma "denúncia" dando conta de que a referida apelante, grávida, havia se dirigido até São Sebastião da Grama para dar à luz e entregar o recém-nascido para um casal. Dessa forma, rumou para o hospital da mencionada cidade e lá se encontrou com Giovana, logo após o parto, ocasião em que ela lhe apresentou um cartão do *SUS* falso, em nome de outra pessoa. Soube, no local, que a ré estava acompanhada de uma mulher residente em Poços de Caldas e um senhor japonês, identificado posteriormen-

Acesso ao Sumário

te como sendo o réu Edson, o qual mentiu ser o pai da criança a funcionários da instituição de saúde e pagou as despesas de internação e procedimento de laqueadura. Ao final, o bebê foi abrigado e, posteriormente, colocado à adoção (mídia audiovisual).

No mesmo sentido, foi o depoimento da conselheira tutelar Kátia D'Ângelo, que relatou haver determinação judicial para que os órgãos de proteção de Poços de Caldas fossem imediatamente acionados assim que recebessem a notícia da internação Giovana, para realizarem o acolhimento do recém-nascido. Detalhou, ainda, que a "denúncia" feita ao conselho noticiava que a apelante se comprometera a vender o bebê a um casal. No hospital, soube que a ré fez uso de uma carteira do *SUS* falsificada, contendo o nome de outra mulher, e estava acompanhada de um casal e um terceiro indivíduo de origem oriental (mídia audiovisual).

A recepcionista Ana Laura de Lima Leandro, ao ser ouvida em solo policial, informou que Giovana fez uso do nome "Rozilda" no momento da internação. Uma mulher que a acompanhava, falando ao telefone, afirmou que outra pessoa, de alcunha "tia Inês", iria arcar com as despesas hospitalares. Enquanto colhia os dados qualificativos de Giovana, ouviu esta dizer que seria solteira, oportunidade em que a apelante foi prontamente repreendida pela mulher ao telefone, que alegou ser a ré casada, indicando como o cônjuge um homem com sobrenome oriental. Esclareceu, ainda, que a moça acompanhante repassou todas as informações pessoais de Giovana, seguindo as instruções do interlocutor situado do outro lado da linha telefônica. Ouviu, por fim, a ré afirmar que "tia Inês" iria entregar o cheque-caução para garantir o procedimento de parto. Em Juízo, afirmou apenas se recordar que Giovana deu entrada ao hospital acompanhada de duas mulheres, não sabendo indicar se ela havia utilizado nome falso para conseguir a internação (mídia audiovisual).

A recepcionista Maria da Gloria Lopes afirmou, por seu turno, ter sido a responsável por preencher a ficha de atendimento hospitalar de Giovana. Na oportunidade, percebeu que a ré se atrapalhou em dizer o verdadeiro nome, sendo repreendida pela mulher que a acompanhava, a qual a induziu a afirmar que se chamava "Rozilda". Pontuou, por fim, que a mesma mulher assinou a ficha ambulatorial, enquanto Giovana estava no banheiro (mídia audiovisual).

O médico Geraldo Fornari Junior afirmou conhecer a corré Maria Inês, pois já havia realizado o parto de dois filhos dela. Atendeu Giovana por ocasião dos fatos e, após esta dar à luz, foi procurado por ela e Maria Inês para realizar o procedimento de laqueadura. Informou, ainda, que Giovana era acompanhada por outra mulher, além de Maria Inês (mídia audiovisual).

A testemunha Sônia Regine Silvestre, mãe de Giovana, afirmou ter ouvido a filha dizer que queria "vender a criança" (*sic*), por isso decidiu expulsá-la

Acesso ao Sumário

de casa. Não soube esclarecer, contudo, a quem ela entregaria o recém-nascido, que depois soube ter sido resgatado pelo Conselho Tutelar (mídia audiovisual).

Portanto, ao contrário do que sustentam as Defesas, a autoria delitiva está cabalmente comprovada, seja porque os apelantes Sirlei e Roulien confirmaram terem comparecido ao hospital para acompanhar o parto de Giovana; seja porque a genitora de Giovana informou que esta pretendia "vender a criança" a terceiros, logo após o parto; seja porque a conselheira tutelar Marcela esclareceu que Giovana entregaria a filha ao casal e, após dar à luz, se submeteu ao procedimento de laqueadura, custeado pelo corréu Edson; seja porque as testemunhas Ana Laura e Maria da Gloria informaram que uma mulher que a acompanhava (Sirlei) falava com a corré Inês ao telefone e induziu a parturiente a fornecer nome diverso do verdadeiro para ser internada no hospital, a fim de despistar possível atuação do Conselho Tutelar; seja porque a assinatura da acusada Sirlei constou do documento de internação de Giovana (fl. 34), conforme narrado pela recepcionista Maria da Gloria; seja porque a testemunha Kátia afirmou que o órgão de proteção monitorava Giovana com o objetivo de acolher recém-nascido tão logo ocorresse o parto.

Destarte, suficientemente provadas a materialidade e a autoria resultantes da ação descrita na incoativa, cuja tipicidade – sob os aspectos objetivo e subjetivo –, antijuridicidade e culpabilidade encontram-se, igualmente, demonstradas, sem qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, era mesmo inarredável o provimento condenatório, como bem proclamado pelo eminente Magistrado sentenciante, cujas razões de decidir ficam aqui adotadas, exceto no tocante às penas, que comportam sutil reparo e serão analisadas em tópico próprio.

2.2. Do delito de falsa identidade:

No tocante à infração prevista no artigo 307 do Código Penal, importa considerar ter a condenação sido fulminada pela prescrição da pretensão punitiva estatal, o que se conhece, de ofício, por força do disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal.

Com efeito, em face da quantidade da pena corporal aplicada aos apelantes pelo crime em comento, inferior a um ano, sem irresignação ministerial, o prazo prescricional é de três anos (arts. 109, VI, e 110, § 1º, CP).

Ocorre salientar que, no caso em exame, consumou-se o triênio legal entre a data do primeiro ato de publicação da r. sentença (16/10/2017 – fl. 909) e o presente julgamento, a denotar ter o Estado decaído do direito de perseguir a punição dos acusados, por ter se verificado a prescrição da pretensão punitiva na modalidade intercorrente.

2.3. Das penas:

A pena corporal e o regime impostos em decorrência do crime do artigo

Acesso ao Sumário

238 do Estatuto da Criança e do Adolescente não comportam reparo, máxime porque, por se apresentarem em perfeita consonância com os preceitos da Carta Constitucional de 1988, em especial com as normas-princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, foram fixados com critério e assim serão mantidos.

Por outro lado, mercê da absolvição do delito de falsa identidade, o novo *quantum* punitivo, no patamar de 1 (um) ano de reclusão, impede a substituição da pena privativa de liberdade por duas alternativas.

Assim, para se adequar ao comando do artigo 44, parágrafo 2º, do Código Penal, que autoriza a conversão em apenas uma restritiva de direitos ou multa, será mantida a prestação de serviços à comunidade fixada na r. sentença, de todo adequada e suficiente à reprovação do crime.

3. Pelo exposto, **dá-se parcial provimento** aos recursos apenas para alterar a conversão da pena corporal em uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, mantida, no mais, a r. sentença condenatória. **Em seguida, julga-se extinta, de ofício, a punibilidade dos apelantes**, em relação ao crime previsto no artigo 307 do Código Penal, com fulcro nos artigos 107, inciso IV, combinado com os artigos 109, inciso VI, e 110, parágrafo 1º, todos do Código Penal. Por fim, consideram-se prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Comunique-se *incontinenti*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0048314-28.2010.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RODRIGO DOMINGUES MEDINA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

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, considerando o teor do art. 91 do Código Penal, determinar a restituição do automóvel VW/Gol, placas DSP-4675, ao legítimo proprietário ou seu representante legal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.027)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 27 de setembro de 2021.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA – Pretendida restituição do veículo apreendido nos autos – Admissibilidade – Decretado o perdimento do bem em favor da União com fundamento no art. 91 do CP – Veículo de origem lícita – Não há hipótese de perdimento no dispositivo penal utilizado como fundamento pela julgadora – Determinada a restituição do automóvel ao legítimo proprietário ou seu representante legal – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Pela r. decisão de fls. 3173/3174, o d. Juízo da 2ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo decretou o perdimento do veículo *VW/Gol*, placas DSP-4675, em favor da União, porque utilizado por **Rodrigo Domingues Medina** para a prática dos crimes previstos no art. 121, §2º, V, c.c. art. 14, II, por três vezes, no art. 159, §3º, no art. 211 e no *caput* do art. 329, todos do Código Penal, pelos quais foi condenado pelo Conselho de Sentença, com pena fixada em 49 anos e 8 meses de reclusão, 6 meses de detenção e 50 dias-multa, no valor mínimo legal.

Inconformado, o acusado busca a restituição do automóvel apreendido, alegando ter sido adquirido licitamente, antes da ocorrência dos fatos, e que não foi utilizado como instrumento do crime, não se enquadrando nas hipóteses de perdimento previstas no art. 91 do Código Penal (fls. 3211/3216).

Contrariado o recurso (fls. 3218/3221), subiram os autos, tendo o Procurador de Justiça Edilson Mougenot Bonfim opinado pelo desprovimento do apelo (fls. 3230/3234).

É o relatório.

O réu foi processado e condenado porque, segundo a denúncia, no dia 11 de novembro de 2010, por volta das 21 horas, no estacionamento do Shopping Eldorado, situado na Avenida Rebouças nº 3970, bairro de Pinheiros, nesta Capital, sequestrou Luciana Barreto Montanhana, com o fim de obter para si quantia em dinheiro como preço do resgate, daí resultando a morte da vítima. Na sequência, para assegurar a execução e a impunidade do crime anterior, ocultou o cadáver da vítima Luciana. Em 20 de novembro de 2010, por volta das 23 horas, entre as Ruas Coronel Jordão e Ernani Pinto, bairro de Vila Maria, nesta Capital, também para assegurar a execução e impunidade dos crimes anteriores, resistiu à ordem legal de prisão, mediante violência, ao tentar matar, com o uso de disparos de arma de fogo, os policiais civis que lhe deram voz de prisão.

Consta, ainda, da denúncia, que réu se dirigiu ao local em que sequestrou

Acesso ao Sumário

a vítima Luciana em seu veículo *VW/Gol*. Após imobilizá-la, retirou-a daquele estacionamento dentro do próprio carro da vítima, estacionou em rua próxima, lá deixando-a. Retornou ao estacionamento do Shopping, e dirigiu seu carro até onde estava estacionado o automóvel da ofendida. Lá chegando, colocou-a no seu automóvel e partiu. Posteriormente, conforme apurado nos autos, **Rodrigo** matou Luciana e ocultou o corpo na Rodovia Anchieta, altura do km 44.

Quanto preso em flagrante, após investigações que identificaram o local em que o sequestrador fazia as chamadas telefônicas à família, afirmando estar a vítima ainda viva, tentou evadir-se no mesmo veículo *VW/Gol*, de dentro do qual efetuou os disparos de arma de fogo contra os policiais que o perseguiam, mas, embora resistindo à prisão, foi alvejado, o que permitiu sua prisão, sendo então conduzido para atendimento médico.

O réu foi condenado pelo Tribunal do Júri à pena de 49 anos e 8 meses de reclusão, 6 meses de detenção e 50 dias-multa, no valor mínimo legal.

A r. sentença condenatória tornou-se definitiva após o Superior Tribunal de Justiça julgar Agravo em Recurso Especial, no qual foi dado parcial provimento ao réu (fls. 3120/3148).

Por manifestação datada de 26/11/2019, o Ministério Público consignou: "*Não há interesse na vinculação de objetos ao presente feito*" (fls. 3172).

Por decisão proferida em 02/12/2019, a MMa. Juíza de Direito *a quo* determinou a liberação das armas e munições apreendidas, bem como dos pertences pessoais da vítima fatal. Além disso, ordenou a destruição dos telefones celulares apreendidos com o réu e deu perdimento, em favor da União, do veículo *VW/Gol*, placas DSP-4675, "*nos termos do art. 91 do Código Penal*" (fls. 3179/3180).

A questão objeto destes autos é bastante objetiva, não dando margem a interpretações divergentes.

Dispõe o art. 91 do Código Penal (grifos nossos):

*Art. 91 - **São efeitos da condenação**:*

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

*II - **a perda em favor da União**, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:*

*a) **dos instrumentos do crime**, **desde que** consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção **constitua fato ilícito**;*

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

Acesso ao Sumário

§ 2º Na hipótese do § 1o, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

O fato de o réu ter se utilizado de um veículo de sua legítima propriedade, adquirido de forma lícita, não autoriza o perdimento em favor da União, **por expressa falta de previsão legal**, conforme se verifica no art. 91 do Código Penal, transcrito na íntegra acima.

E nem mesmo a disposição do art. 124, do Código de Processo Penal, pode ser arguida (grifos nossos):

"Art. 124. Os instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e as coisas confiscadas, de acordo com o disposto no art. 100 do Código Penal, serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação".

Como vimos na transcrição do art. 91 do Código Penal, para a decretação do perdimento do instrumento do crime há a necessidade de que se trate de item ilícito, o que, no caso em análise, não se enquadra na hipótese do art. 124 do Código de Processo Penal, visto que o automóvel foi adquirido de forma lícita.

Desse modo, com razão a defesa. O veículo apreendido nos autos deve ser restituído ao proprietário legal.

Além disso, há outra questão de ordem bastante prática. Trata-se de um automóvel fabricado no ano de 2005 e, de acordo com a tabela FIPE, caso estivesse em perfeito estado, valeria R$ 12.862.00. Todavia, conforme se verifica no laudo pericial acostado aos autos, o automóvel foi alvejado por inúmeros disparos de arma de fogo (fls. 160/164), o que nos faz presumir que seu valor em hasta pública seria ínfimo, talvez nem sequer cobrindo as despesas necessárias para a realização do leilão. E isso sem mencionar o custo das diárias dos mais de 10 anos de apreensão judicial.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso** para, considerando o teor do art. 91 do Código Penal, **determinar a restituição do automóvel *VW/Gol*, placas DSP-4675**, ao legítimo proprietário ou seu representante legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003049-39.2015.8.26.0288, da Comarca de Ituverava, em que é apelante F.L.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, desclassificando a conduta do réu para infração ao artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/41 (por três vezes), fixando a pena em 02 meses e 12 dias de prisão-simples, em regime aberto, substituída por prestação pecuniária de 10 salários-mínimos, que devem reverter para a vítima. V.U, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.046)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 28 de setembro de 2021.

MENS DE MELLO, Relator

Ementa: ASSÉDIO SEXUAL – crime que exige para sua tipificação constrangimento por parte de superior hierárquico, com intenção de obter favor sexual – réu superior hierárquico da vítima – réu que realiza gracejos e insinuações de caráter sexual – inexistência porém de ameaça, relacionada ao emprego, para tipificação da conduta – desclassificação para art. 65 da LCP.

AUTORIA – vítima que de forma coerente narra os avanços do réu e como tal fato perturbava lhe a tranquilidade – reiteração das condutas – indicação do réu como autor – comprovação da materialidade e autoria

PENA – maior reprovabilidade, réu que perturbou a tranquilidade da vítima, por razões sexuais, contra menor de 14 anos, aproveitando-se da situação de superior hierárquico – pena no máximo – exasperada pela continuidade – mantido o regime aberto pela ausência de recurso ministerial – substituída a pena privativa de liberdade por prestação pecuniária – sanção que tem caráter de multa reparatória que deve reverter para a vítima – graves danos morais sofridos pela vítima – manutenção de prestação de 10 salários-mínimos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ao relatório da r. sentença que ora se adota, acrescenta-se que o apelante

foi condenado como incurso no artigo 216-A, §2º, do Código Penal (por três vezes), à pena de 04 anos de detenção, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

O réu apelou requerendo, em apertada síntese, absolvição por atipicidade, visto que não buscou qualquer vantagem sexual. Pediu de forma ampla absolvição por falta de provas, redução da pena e da prestação pecuniária imposta, visto não ter capacidade econômica.

Apresentadas contrarrazões.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento ao apelo.

É o relatório.

Quanto à materialidade observo que o réu é superior hierárquico da vítima, sendo seu empregador.

Também se exige para e existência do assédio uma ameaça, não a grave ameaça presentes no estupro e no constrangimento ilegal.

Como afirma ROGÉRIO GRECO[1] "*no delito de assédio sexual, partindo do pressuposto de que o seu núcleo prevê uma modalidade especial de constrangimento, devemos entendê-lo praticado com ações por parte do sujeito ativo que, na ausência de receptividade pelo sujeito do polo passivo, farão com que este se veja prejudicado em seu trabalho, havendo, assim, expressa ou implicitamente uma ameaça*".

Sendo superior hierárquico, necessário verificar-se a existência de "ameaça" e a finalidade da vantagem sexual.

O réu, quando ouvido em juízo, em suma, negou os fatos. Afirmou que contratou a vítima para ajudar na copiadora, chegando a dizer que gostava do serviço da vítima. Em certa oportunidade tocou na mão da vítima para mostrar como fazer para o papel não sair do lugar. Disse que queria ficar com ela ao invés de outras funcionárias, porque ela trabalhava melhor. Quando a vítima pediu o uniforme que as demais funcionárias usavam, disse que não seria possível porque eles eram pequenos e a vítima é alta. Como ela acreditou que a houvesse chamado de gorda, disse, sem malícia, que ela era gostosa.

A vítima relatou que mesmo antes de ser contratada, na entrevista, percebeu a malícia do réu, visto que perguntou se tinha namorado e ao receber como resposta que não, disse que era melhor ainda. Depois quando começou a trabalhar percebeu que o réu usava de falas maliciosas consigo e com outras funcionárias, chegando a tocá-las na cintura sob a desculpa que precisava abaixar para pegar algo. Quando perguntou por que as demais funcionárias usavam uniforme e ela não, recebeu como resposta que de todas ela era a mais gostosa. Que o réu chegou a tocá-la quando cortava uma folha, passando as mãos pela sua cintura.

1 *Curso de Direito Penal*: parte especial – 17ª. Ed. – Editora Impetus Ltda.: Niterói – 2020 – v. III – p. 84.

Acesso ao Sumário

Esquivou-se, mas ele pegou sua mão novamente, fazendo com que se esquivasse mais uma vez. Confirmou que o réu chegou a falar em "ficar" consigo, mas não no serviço, mas com conotação sexual. Não tratou em momento algum de demissão, quer da depoente, quer das demais meninas.

Outras testemunhas ligadas à vítima confirmam sua versão.

A conduta do réu não se enquadra no crime de assédio, visto que em momento algum fez qualquer insinuação que prejudicaria a vítima acaso não cedesse às suas cantadas, com nítida intenção sexual.

Ela própria afirma que em momento algum houve qualquer alegação de demissão ou qualquer outra desvantagem no emprego.

Destaca-se que a testemunha A. disse que o réu também fez brincadeiras maliciosas consigo, mas, após "cortá-lo", parou de fazê-las.

A conduta reprovável do réu, portanto, enquadra-se no artigo 65 da Lei das Contravenções Penais[2], ficando patente que perturbou a tranquilidade da vítima, por motivo reprovável.

Pela alta reprovabilidade, visto que o réu provocou vítima menor, por motivos sexuais, aproveitando-se da situação de superior hierárquico, fixo a pena base de cada conduta em 02 meses de prisão simples para cada situação. Inviável pena de multa em face da alta reprovabilidade.

Praticou gracejos inconvenientes, importunando a vítima, em três dias seguidos. Logo, aplica-se a regra do crime continuado, aplicando-se exasperação de 1/5, tornando-se a pena definitiva 02 meses e 12 dias de prisão simples.

A r. sentença fixou o regime aberto, sendo inviável fixação de mais gravoso sem recurso ministerial.

Também substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito. No caso, em face do *quantum* de pena aplicado, substitui-se exclusivamente por uma. Assim, mantém-se a prestação pecuniária.

A r. sentença fixou a prestação pecuniária, que deve reverter à vítima, em 10 salários-mínimos.

Acesso ao Sumário

Ao tratar da prestação pecuniária CEZAR ROBERTO BITENCOURT[3] afirma que "*a finalidade dessa sanção, segundo a dicção do texto legal, é reparar o dano pela infração penal. Tanto é verdade que o 'valor pago' deverá ser 'deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários' (art. 45,* §1º). Teria sido mais adequado defini-la como ‹multa reparatória›, que é a sua verdadeira natureza".

FERNANDO GALVÃO[4] ao tratar dos beneficiários da prestação pecuniária afirma que "*na prestação pecuniária é, em regra, a vítima ou seus dependentes. A prestação pecuniária resulta da tendência moderna de valorizar*

2 Mais favorável que a Lei 14.132/2021.

3 *Tratado de Direito Penal* – 20ª ed. – São Paulo: Saraiva – 2014 – v. I – p. 670.

4 *Direito Penal*: parte geral – 5ª. Ed. – São Paulo: Saraiva – 2013 – p. 607.

o papel da vítima no sistema repressivo, a qual decorre do entendimento de que a reparação dos danos impostos pelo crime interessa mais à sociedade que à vítima imediata da ação delitiva. A perspectiva da reparação dos danos causados pelo crime não está restrita aos danos materiais, sendo possível que a prestação pecuniária também venha a atender aos interesses da reparação dos danos morais sofridos pela vítima".

Ora, sendo a prestação pecuniária verdadeira multa reparatória, deve ela ser destinada à vítima. Afastar tal endereçamento prejudica indiretamente o réu, que teria tal valor abatido de eventual condenação cível pelos prejuízos causados pelo crime.

Tanto assim que CEZAR ROBERTO BITENCOURT[5] afirma que "*preferencialmente, o montante da condenação, nesta sanção, destina-se à vítima ou a seus dependentes. Só, excepcionalmente, em duas hipóteses, o resultado dessa condenação em prestação pecuniária poderá ter outro destinatário: (a) se não houver dano a reparar ou (b) não houver vítima imediata ou seus dependentes. Nesses casos e, somente nesses casos, o montante da condenação destinar-se-á a 'entidade pública ou privada com destinação social'. A excepcionalidade dessa possível destinação secundária prende-se ao caráter indenizatório que referida sanção traz na sua finalidade última*".

Assim, de início, fica que a prestação pecuniária deve reverter para a vítima da ofensa, prejudicado imediato pela conduta do réu.

Para a fixação do valor deve-se ter como parâmetro a possível fixação de indenização cível, visto o caráter reparatório da prestação pecuniária.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "É pacífico o entendimento de que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar o quantum adequado a ser fixado a título de prestação pecuniária, com base nas condições econômicas do acusado e no efetivo prejuízo sofrido pela vítima."[6].

Na mesma esteira, o Supremo Tribunal Federal: "*A teor do que dispõe o § 1º do art. 45 do Código Penal, a finalidade precípua da prestação pecuniária é antecipar a reparação de danos. Daí por que, nesse juízo, o valor a ser fixado pelo magistrado, o qual não pode ultrapassar os limites de um a trezentos e sessenta salários mínimos, deve levar em consideração, em especial, o prejuízo efetivo da vítima, sem menosprezar, por óbvio, a situação econômica do réu.*"[7].

Esta é a conclusão a que chega FERNANDO GALVÃO[8] ao dizer que "*a definição do valor da prestação pecuniária não está relacionada à gravidade do crime ou situação econômica do condenado, como no caso da multa. Permitindo que o valor pago da prestação pecuniária seja deduzido do montante*

Acesso ao Sumário

5 *Tratado de Direito Penal* – 20ª ed. – São Paulo: Saraiva – 2014 – v. I – p. 670.
6 STJ – AgRg AREsp 808841/SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 15/12/2015.
7 STF – HC 122563/MG – rel. Min. Teori Zavascki – j. 02/09/2014.
8 *Direito Penal*: parte geral – 5ª. Ed. – São Paulo: Saraiva – 2013 – p. 605.

de eventual condenação em ação de reparação civil, a parte final do referido dispositivo legal indica que para a definição do valor da prestação o juiz deverá ter em conta o valor estimado para os danos causados pelo crime".

No caso dos autos não houve dano material à princípio, mas apenas dano moral.

O crime causou grande impacto na vítima, jovem de quatorze anos, levando-a a sair do emprego, visto a insistência e o fato dos gracejos sexuais serem totalmente descabidos para uma menor de sua idade. Desta forma mantém-se a prestação tal qual fixada na r. sentença.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, desclassificando a conduta do réu para infração ao artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/41 (por três vezes), fixando a pena em 02 meses e 12 dias de prisão-simples, em regime aberto, substituída por prestação pecuniária de 10 salários-mínimos, que devem reverter para a vítima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501453-24.2019.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FRANSROGER APARECIDO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.382)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 30 de setembro de 2021.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – FURTO QUALIFICADO TENTADO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ADEQUAÇÃO SOCIAL – NECESSIDADE DE CONTEXTUALIZAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA DO ACUSADO – EXCEPCIONALIDADE DO CASO EM TELA – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto pelo D. Representante do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição contra a r. decisão monocrática de fls. 88/90, que, com fundamento no art. 397, III, do Cód. de Proc. Penal, absolveu sumariamente Fransroger Aparecido de Souza da imputação de se achar incurso no art. 155, § 4º, II, combinado com art. 14, II, ambos do Cód. Penal.

Pugna a acusação, em suma, pela reforma da r. sentença recorrida, para que se dê continuidade à instrução processual, sob o fundamento de que não há amparo legal para a absolvição com base no princípio da insignificância (fls. 93/100).

Sustenta, a propósito, que a conduta do acusado foi apta a ofender o bem jurídico penalmente tutelado.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 112/115), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 121/124).

É, em síntese, o relatório.

O recurso ministerial não procede.

Pelo que verte dos termos da inicial, nas condições de tempo e lugar, o apelado, mediante abuso de confiança, tentou subtrair, para si, uma peça de queijo muçarela, avaliada em R$ 70,00 (setenta reais), pertencente à empresa "*Kerry*".

O acusado, funcionário do estabelecimento comercial, foi surpreendido por segurança da empresa, que logrou êxito em localizar a *res furtiva* sob a roupa do apelado quando este, ao final do expediente, deixava o local.

Foram adotadas as providências policiais cabíveis, bem como o apelado, em razão do fato em tela, foi demitido por justa causa.

Nesse sentido, é a confissão do apelado (fl. 18) e as declarações do representante da empresa vítima Fernando Kramil da Silva (fl. 17).

No entanto, o reconhecimento da incidência do princípio da insignificância, gravada a excepcionalidade do caso em tela, apresenta-se como adequado e deve prevalecer.

A incidência do princípio da insignificância, instrumento de interpretação restrita das normas penais, tem como pressuposto, além da baixa ofensividade da conduta do agente do ilícito penal, o exame de seu grau de inadequação social, sob pena de se conferir, indevidamente, caráter de legitimidade a determinadas condutas que são ilícitas.

Importa anotar, a propósito, que a observância conjunta do princípio da adequação social da conduta, o que permite importante contextualização social da conduta do acusado, é indispensável à identificação das hipóteses de aplica-

Acesso ao Sumário

ção do princípio da insignificância.

No caso em tela, não se questiona a ocorrência do fato, que, formalmente, é ilícito, mas o caráter material da ilicitude.

Pelo que se verifica dos autos, o réu já sofreu consequência jurídica de sua conduta, qual seja, a despedida por justa causa, motivo pelo qual não se apresenta como razoável que receba, também, a sanção penal, dada a insignificância do valor do objeto do furto.

Diferente seria, à evidência, a circunstância do furto ter sido praticado por alguém que não fosse funcionário do estabelecimento e não estivesse sujeito a sanção de demissão por justa causa.

De rigor, portanto, gravada a excepcionalidade do caso em tela, a manutenção da r. sentença recorrida.

Face ao exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504838-59.2020.8.26.0082, da Comarca de Boituva, em que é apelante/apelado PABLO HENRIKI CAVALCANTI DE SOUZA COSTA, é apelado/apelante 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: CONHECERAM e NEGARAM PROVIMENTO aos recursos de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.014)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 4 de outubro de 2021.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Trânsito – Homicídio culposo na direção de veículo automotor – Recurso defensivo buscando a absolvição por atipicidade da conduta – Recurso ministerial buscando o afastamento do perdão judicial concedido, aplicando-se sanção penal – Provas francamente incriminadoras – Laudo pericial atestando a morte da vítima – Réu que tinha como supor a ocorrência de acidente, diante das péssimas condições

Acesso ao Sumário

apresentadas da motocicleta – Previsibilidade objetiva do resultado bem demonstrada – Constatada a negligência e imprudência do réu que deu causa ao acidente, com a morte da vítima – Conduta bem tipificada e demonstrada – Perdão judicial concedido – Inviabilidade de afastamento – Circunstâncias do caso concreto autorizam a sua incidência – Consequências da infração atingiram o acusado de forma tão grave, tornando a sanção penal desnecessária, ante a relação de afeto com a vítima fatal – Evidente o sofrimento, a dor física e moral, o abalo psicológico causado ao réu e no âmbito familiar – Negado provimento aos recursos.

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 300/306, acrescenta-se que o réu **PABLO HENRIKI CAVALCANTI DE SOUZA COSTA** foi condenado impropriamente, como incurso no art. 302, *caput*, da Lei nº 9.503/97, deixando de aplicar a pena, diante do reconhecimento do perdão judicial, nos termos do art. 121, § 5º do Código Penal e em consequência, foi julgada extinta a sua punibilidade, com fulcro no art. 107, inciso IX, do Código Penal.

Inconformados, apelam: a) o réu, pleiteando a absolvição, por atipicidade da conduta diante da ausência de previsibilidade objetiva do resultado (fls. 147/155) e b) o Ministério Público, buscando o afastamento do perdão judicial concedido, com aplicação da sanção penal (fls. 168/172).

Regularmente processados os recursos, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso defensivo e provimento ao recurso do Ministério Público (fls. 206/211).

É o relatório.

A r. sentença recorrida deu correta solução à ação penal, bem analisando as provas dos autos, sendo de rigor a condenação do réu.

A materialidade e a autoria do delito estão bem comprovadas, como se vê do boletim de ocorrência de fls. 03/05, do laudo de exame necroscópico de fls. 12/14, do laudo pericial do veículo de fls. 15/18 e da prova oral produzida sob o crivo do contraditório, emergindo absoluta certeza de que, na condução da motocicleta Honda/CG 160 Start, placa GCH2809, o réu praticou homicídio culposo, exatamente como narrado na peça incoativa.

Com efeito, a testemunha Cesar, policial responsável pelo atendimento da ocorrência, narrou que compareceu no local dos fatos para averiguar um acidente de trânsito e a motocicleta estava na via pública e a vítima já havia sido socor-

Acesso ao Sumário

rida ao hospital onde posteriormente soube que havia falecido. O pneu dianteiro da moto estava "careca". O réu disse que passou no meio fio entre a calçada e o asfalto para tentar desviar do radar, quando perdeu o controle da motocicleta e veio a cair, projetando a vítima para o chão que bateu a cabeça contra o poste. O réu estava muito abalado. A motocicleta não estava em boas condições de uso. Conhecia o réu que era motoboy e possuía comportamento inadequado na condução de motocicleta.

No mesmo sentido, foi o depoimento prestado pelo seu colega de farda, o policial Muller, confirmando que soube do falecimento da vítima de acidente de trânsito na sequência e que o réu estava bastante impressionado. Acrescentou que não havia buracos na pista, mas o asfalto não era de boa qualidade. Não conhecia o réu, mas outros colegas o conheciam pelas manobras imprudentes dele como motoboy.

Importante frisar que os policiais exercem função pública relevante e presumidamente cumprem a lei, não existindo razão para desmerecer seus depoimentos, até mesmo porque coesos e harmônicos, na mesma linha do que disseram na fase inquisitiva.

A propósito, assim já se posicionou o E. Superior Tribunal de Justiça:

> "O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."
>
> (H.C. nº 74.608-0/SP – Rel. Min. Celso de Mello).

O laudo necroscópico de fls. 12/14 concluiu que a vítima faleceu em razão de traumatismo craniencefálico em decorrência de acidente automobilístico.

O laudo pericial de fls. 15/18 também descreveu as condições apresentadas pela motocicleta conduzida pelo réu: *pneu dianteiro e traseiro sem condições para o tráfego, freio dianteiro sem pressão hidráulica (inoperante), remoção intencional das luzes indicadoras de direção dianteira e traseira, apontando ainda o perito que: "os sinais de atritamento no para-lama traseiro podem indicar prática de manobras que implicam em direção perigosa no trânsito (andar com a motocicleta apenas com a roda traseira apoiada no solo).*

De outra banda, a versão exculpatória do réu de que o pneu traseiro estourou e ocorreu a perda do controle do veículo e consequente queda; além de isolada nos autos, não restou em nenhum momento comprovada pela defesa.

Acesso ao Sumário

Não há se falar em ausência de previsibilidade do resultado capaz de excluir a tipicidade da conduta, como quer crer a douta defesa. As provas colhidas nos autos demonstram que o apelante podia supor que, ao não providenciar a manutenção de segurança de dirigibilidade da motocicleta, dadas as condições péssimas por ela apresentadas, algum acidente poderia ocorrer em consequência da falta de cuidado. Tal fato era totalmente previsível, tanto é que o próprio réu tinha conhecimento das condições precárias da motocicleta, ao dizer em juízo que o pneu dianteiro estava "*careca*" e o traseiro com "*meia vida"*, de modo que o acidente poderia ser evitado se o apelante tivesse realizado a adequada manutenção do veículo.

A culpa do apelante está bem demonstrada, na medida em que ele conduziu sua motocicleta sem a devida manutenção (pneus "carecas", freio dianteiro sem pressão hidráulica e sem as luzes indicadoras de direção traseira e dianteira) e, ao tentar desviar do radar, passando pelo meio fio entre a calçada e o asfalto, perdeu o controle da direção, em uma curva acentuada, causando o acidente que acarretou a morte da vítima. Dessa forma, configurada atuação culposa na modalidade de imprudência e imperícia.

A falta de dever de cuidado objetivo deu causa ao acidente, com a morte fatal da vítima, de modo que é inarredável sua responsabilidade pelo evento danoso.

De tudo isso, mostra-se inviável a tese de absolvição. O crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor está bem tipificado e comprovado.

Não houve aplicação da pena corporal, entendendo a douta magistrada ser o caso de concessão do perdão judicial.

Sem razão ao representante do Ministério Publico ao pretender o afastamento da benesse legal, com fixação da sanção corporal.

As circunstâncias do caso concreto autorizam a sua incidência, pois apesar de recente, o réu e a vítima mantinham relação amorosa e conviviam em união estável há aproximadamente um ano, morando na casa dos avós do réu; além disso, em audiência, o réu se mostrou triste e abalado com a morte da vítima, dizendo, inclusive, após ser questionado pela julgadora, que sua vida modificou e não faz mais sentido. Assim, vê-se que as consequências da infração atingiram o acusado de forma tão grave, tornando a sanção penal desnecessária (art. 121, § 5º, do Código Penal).

Não se pode olvidar que a conduta do réu é altamente reprovável e o benefício do perdão judicial pode ser concedido pelo julgador somente em casos excepcionais. Por outro lado, no caso deve ser sopesado o inevitável sofrimento, a dor física e moral, o abalo psicológico causado ao réu e no âmbito familiar, em razão da morte da vítima, sua companheira. O réu já está sendo punido e deve carregar o sentimento de "culpa" por anos, de modo que não merece ser dupla-

Acesso ao Sumário

mente sancionado, agora pelo Estado.

A propósito do tema, a doutrina ensina que:

"Perdão judicial: é a clemência do Estado, que deixar de aplicar a pena prevista para determinados delitos, em hipóteses expressamente previstas em lei. (...). Baseia-se no fato de que a pena tem o caráter aflitivo, preventivo e reeducativo, não sendo cabível sua aplicação para quem já foi punido pela própria natureza, recebendo, com isso, uma reeducação pela vivência própria do mal que causou (...). A dor por ele experimentada é mais forte do que qualquer pena que se lhe pudesse aplicar..." (*in* Guilherme de Souza Nucci, in Código Penal Comentado, 11ª edição, Editora RT, p. 651, nota 49 do comentário do art. 121 do Código Penal).

Assim, era mesmo o caso de concessão do perdão judicial, nos termos do art. 121, § 5º do Código Penal, tornando desnecessária a aplicação de sanção penal, e consequente extinção da punibilidade do réu, com fundamento no art. 107, inciso IX do Código Penal, tal como constou da r. sentença recorrida.

Destarte, a r. decisão monocrática merece subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, por meu voto, CONHEÇO e **NEGO PROVIMENTO** aos recursos de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005425-32.2017.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado RAFAEL NUNES DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso ministerial, para condenar RAFAEL NUNES DE SOUZA, por infração ao artigo 38-A da Lei nº 9.605/98, às penas de 01 ano e 02 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e 11 dias-multa, no piso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.674)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), JUSCELINO BATISTA e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 4 de outubro de 2021.

MAURICIO VALALA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Crime Ambiental – Artigo 38-A da Lei nº 9.605/98 – Absolvição na instância anterior – Autoria e materialidade bem comprovadas, entanto – Coesão e harmonia do quadro probatório – Condenação decretada.

Apelo acusatório provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 176/80, do d. juízo de direito da 1ª Vara da Comarca de Ubatuba, cujo relatório se adota, julgou improcedente a presente ação, absolvendo Rafael Nunes de Souza da imputação prevista no artigo 38-A da Lei nº 9.605/98, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, ofereceu, o Ministério Público, recurso de apelação, bradando pela condenação nos termos da exordial (fls. 184/90).

O recurso foi regularmente processado.

Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do reclamo (fls. 215/22).

É o relatório.

O inconformismo merece acolhimento.

Rafael Nunes de Souza foi denunciado porque, em data incerta, mas que perdurou pelo menos até 12.08.2017, no Acesso Frei Tarcísio, nº 10 – ponto de referência: Rodovia SP 125 (Oswaldo Cruz), n° 80, rural, cidade e comarca de Ubatuba, danificou vegetação secundária do Bioma Mata Atlântica, em estágio médio de regeneração e a vem utilizando desde então, com infringência das normas de proteção.

Narra a denúncia que o acusado é possuidor do imóvel situado no local dos fatos e, mediante supressão da vegetação através de desmatamento, aterro e construção de uma residência em alvenaria já acabada, medindo 3,5 m x 4 m e outra em construção medindo 3m x 6 m, vem impedindo a regeneração natural de vegetação equivalente a 0,02375 ha em vegetação de floresta ombrófila densa, secundária em estágio médio de regeneração, caracterizada como de especial preservação do bioma Mata Atlântica, em área de preservação permanente (às margens de curso d'água).

O d. juízo julgou improcedente a ação, firme no endendimento de que: "(...) *não obstante o meio ambiente constitua patrimônio universal, direito difuso pertencente a esta e às gerações futuras, o certo é que sua proteção deve ser buscada, em casos como o que ora se analisa, com afinco nas vias cíveis e administrativas, visando à recomposição do dano e, sobretudo, à regularização do licenciamento ambiental, em detrimento, assim, da via criminal, na*

Acesso ao Sumário

qual deve prevalecer o princípio da intervenção mínima e seus consectários principiológicos" (fl. 178), optando pela absolvição, ao fundamento de que "*a conduta não alcançou a tipicidade material, tornando-a atípica, diante de sua mínima ofensividade*" (fl. 179).

Em que pese, entretanto, os fundamentos sopesados na r. decisão, razão assiste ao apelante, não havendo que se falar em ausência de lesividade significante, consoante muito bem ponderado pelo ilustre Procurador de Justiça oficiante, cujos excertos do bem lançado parecer ora se registram, adotando-os como razão de decidir: "(...) *Não há cogitar-se da aplicação do princípio da insignificância. Conforme se apurou nos autos, o réu dificultou a regeneração natural de forma de vegetação nativa, em área correspondente a 0,02375 ha , em área de preservação permanente, área esta que não pode ser considerada irrelevante em termos de extensão; causou, ainda, danos às nascentes e cursos d´água. Logo, houve elevado grau de reprovabilidade da conduta do apelado. A proteção ao meio ambiente está respaldada pelo texto constitucional, pois com o advento da Carta Magna, o direito ambiental assumiu o papel de direito fundamental, conforme dispõe o artigo 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preserva- ló para as presentes e futuras gerações. As circunstâncias apuradas atestam o elevado grau de reprovabilidade da conduta do acusado, não se cogitando de atipicidade material com base no princípio da insignificância. A esse respeito, assim tem entendido esta C. 9ª. Câmara de Direito Criminal: CRIME CONTRA A FLORA – ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU COM BASE NA ATIPICIDADE DA CONDUTA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PRETENDIDA A CONDENAÇÃO – ACOLHIMENTO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO DENOMINADO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA – IMPEDIMENTO DE REGENERAÇÃO DE ÁREA NÃO INSIGNIFICANTE DO BIOMA MATA ATLÂNTICA – RECURSO PROVIDO. (Apelação nº 0002247-85.2013.8.26.0587, 9ª Câmara de Direito Criminal TJSP, Relator Desembargador Amaro Thomé). O conjunto probatório, portanto, é suficiente, permitindo demonstrar, com segurança, que o acusado praticou efetivamente o crime previsto no artigo 38-A, da Lei 9.605/98, de modo que a condenação é de rigor, conforme pleiteado pelo douto Promotor de Justiça.*" (fls. 219/20).

Realmente, no caso em comento, resta presente a materialidade, não se podendo falar em conduta penalmente irrelevante (auto de infração ambiental – fls. 04/6; b.o. ambiental – fls. 07/11; e laudo pericial – fls. 35/8), certo que recebida a denúncia às fls. 49/50.

E o laudo acostado a fls. 35/8 constatou tratar-se "(...) *de um imóvel, acessado pela rua Frei Tarcísio, Vale do Sol, Ubatuba/SP. De coordenadas:*

Acesso ao Sumário

Lat-23º25'53,118"/Long-45º7'8,6146". Quando da realização dos exames periciais, no dia 19/11/2017, foi constatada uma casa já construída e outra em construção, anexa a primeira, próximo a curso de água. Conforme o Boletim de Ocorrência Ambiental de nº 12082017008629, datado de 12/08/2017, tratava-se degradação ambiental, em vegetação de floresta ombrófila densa, secundária em estágio médio de regeneração, caracterizada como de especial preservação, bioma Mata Atlântica, mediante supressão de vegetação, através de desmatamento, aterro e construção de uma residência em alvenaria, já acabada, medindo 3,5m x 4m e outra em construção medindo 3m x 6m, a qual vem impedindo a regeneração natural da vegetação, equivalente a 0,02375ha, em área de preservação permanente - APP – (menos de 30m de distância de curso de água de menos de 10m de largura), fora de unidade de conservação (UC)".

E certa, também, a autoria do crime descrito na denúncia.

Na delegacia, Rafael admitiu os fatos, ainda que tentando se justificar. Disse que quando comprou a área, já não havia vegetação no local e que não sabia que a água que passa ao lado da casa era um curso d'água (fl. 07). Em juízo, tornou-se revel (fl. 211).

A confissão policial foi ratificada pelo policial militar ambiental Camargo, que, ouvido em juízo, bem esclareceu que estavam em patrulhamento pelo Vale do Sol (área de invasão), quando constataram degradação ambiental em vegetação de floresta ambrófila densa, em estágio médio de regeneração, mediante supressão de vegetação, por meio de desmatamento, aterro e construção de uma residência já acabada e outra em construção, em área de preservação permanente. Indagado o réu, ele informou não possuir autorização do órgão ambiental competente e que adquiriu o terreno sem vegetação. Antes da invasão, o local possuía vegetação ombrófila densa com vários cursos d'água e nascentes, sendo que próximo à construção há um curso d'água (fls. 10/1, 13 e audiovisual armazenado em pasta no Microsoft Onde Drive).

Há, pois, conjunto probatório suficiente a respaldar a condenação, não se cogitando de falta ou insuficiência de provas, até porque o réu admitiu ter se estabelecido no local, ali edificando residência, de modo a dificultar a regeneração natural de vegetação nativa em área de preservação permanente, o que foi constatado pela perícia, como visto.

Também não trouxe prova suficiente de que outrem teria realizado o desmatamento e, mesmo que tivesse, aderiu a essa conduta, sem contar que impediu a regeneração da terra.

Logo, não fez o recorrido prova do alegado, como lhe competia, nos termos do artigo 156 do CPP.

Daí por que de rigor a responsabilização criminal do apelado pela prática do crime previsto no artigo 38-A da Lei nº 9.605/98.

Acesso ao Sumário

Passa-se ao apenamento.

Fixam-se as bases no mínimo legal, em 01 ano de detenção e 10 dias-multa.

Em segunda fase de individualização, em face da reincidência do apelado (fl. 20), elevam-se as reprimendas de 1/6, findando o escarmento em 01 ano e 02 meses de detenção e 11 dias multa, no piso, à míngua de circunstâncias modificadoras.

No que tange ao regime prisional, o passado desabonador do réu, como visto, reincidente (fl. 20), justifica a fixação do semiaberto, certo que a opção por regime menos gravoso seria insuficiente à prevenção e à reprovação da conduta praticada pelo apelante, evidenciada sua personalidade desvirtuada, além do fato de que a condenação anterior não surtiu o esperado efeito pedagógico, em observância aos parâmetros estabelecidos no artigo 59 do Estatuto Repressivo e à Súmula 440 do C. STJ.

Pelos mesmos motivos, descabida a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, eis que ausentes os requisitos subjetivos do artigo 44 do Código Penal e não sendo socialmente recomendável a medida.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial, para condenar-se RAFAEL NUNES DE SOUZA, por infração ao artigo 38-A da Lei nº 9.605/98, às penas de 01 ano e 02 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e 11 dias-multa, no piso.

Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500671-94.2019.8.26.0288, da Comarca de Ituverava, em que é apelante C.S. D.N., 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.964)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 4 de outubro de 2021.

EUVALDO CHAIB, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO (TRÊS ATESTADOS MÉDICOS PARA ABONAR FALTAS NO TRABALHO) – ABSOLVIÇÃO OU ABRANDAMENTO DA REPRIMENDA – IMPOSSIBILIDADE – NEGATIVA ISOLADA E RECHAÇADA PELO RESTANTE DAS PROVAS – PENA FIXADA COM CRITÉRIO, JUSTIFICADOS OS ACRÉSCIMOS – CONTINUIDADE DELITIVA – REGIME INTERMEDIÁRIO, DIANTE DA REINCIDÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

C.S.D.N. foi condenado pelo r. Juízo da 2ª Vara da Comarca de ITUVERAVA, nos autos do Processo nº 1500191-67.2020.8.26.0390, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Fabiano Rodrigues Crepaldi*, como incurso no artigo 304, c.c. o artigo 298, ambos do Código Penal, às penas de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 12 (doze) dias multa, fixados no valor mínimo legal, sendo deferido o apelo em liberdade (fls. 164/167).

O apelante foi processado porque, no dia 03 de setembro de 2019, nas dependências da empresa "(...) Ltda.", fez uso de documento particular falso para justificar suas faltas ao trabalho.

Apela pleiteando a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, a fixação da pena no mínimo legal (fls. 176/182).

Contrariado o recurso (fls. 191/195), o douto Procurador de Justiça Dr. Renato Eugênio de Freitas Peres opina pelo seu desprovimento (fls. 231/235).

É o relatório.

Impossível atender aos pleitos.

A autoria e a materialidade estão suficientemente demonstradas nos autos e foram registradas na r. sentença.

Narra a denúncia que, nas dependências da empresa "(...) Ltda.", G. fez uso de documento particular falso para justificar suas faltas ao trabalho, que ocorreram nos dias 03.09.2019, 20.09.2019 e 03.10.2019.

Ele apresentou para o setor de recursos humanos três atestados médicos falsos (fls.07/12), assinados pelo médico Dr. G.C.

Ocorre que a empresa solicitou informações à Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de (...) sobre os atendimentos prestados ao denunciado, obtendo a informação de que o médico mencionado não atendia mais naquele hospital.

Acesso ao Sumário

Apurou-se, ainda, que o carimbo do médico havia sido subtraído (fls.42/43) e não foi ele quem emitiu os atestados.

Por fim, a Irmandade da Santa Casa local informou que G.O.S. não passou por atendimento médico em nenhum dos dias constantes nos atestados médicos por ele apresentados.

Sempre que ouvido, G. negou saber da falsificação. Disse que não foi o autor da falsificação e foi atendido no posto médico.

Suas escusas não mereciam mesmo credibilidade, pois, como registrou a r. sentença, o réu foi acusado de uso de documento falso e não por falsidade material.

Quanto ao crime de uso, não existe nenhuma dúvida acerca do dolo, já que o hospital não atendeu o réu nos dias mencionados no atestado daquele hospital e o médico apontado disse que não atendia no indigitado hospital, à época dos fatos.

Portanto, há provas mais que suficientes para escorar a condenação lançada.

Quanto à dosimetria penal aplicada, melhor sorte não lhe assiste.

Na primeira fase a pena foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, a pena foi agravada em razão da reincidência, condenação transitada em julgado por crime de tráfico de drogas, sem que tenha decorrido o prazo depurador de cinco anos.

Em razão da continuidade delitiva, a pena foi aumentada de 1/6 (um sexto), resultando em 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 12 (doze) dias-multa, fixados no valor mínimo legal.

Diante da reincidência, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou *sursis.*

Por fim, a nódoa recidiva também justifica seja fixado o regime intermediário para expiação.

Nada mais pode almejar.

Subsiste, assim, integralmente a r. sentença, que fica mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos, todos aqui incorporados como razão de decidir.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº

1508330-72.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MATHEUS DE ARAUJO FERREIRA, 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 45.500)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 4 de outubro de 2021.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: TRAFICO DE DROGAS. Agravante de calamidade pública. Mantida. Prorrogação da vigência por decisão do STF na ADI 6625. Circunstancia objetiva. Lei Estadual que a define. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Não se conformando com a R. decisão de fls. 116/120 dos autos, contra ela apresenta recurso de apelação MATHEUS DE ARAUJO FERREIRA, pedindo sua reforma. O apelante foi condenado por fato de 04 de abril de 2021, às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, regime inicial fechado e piso mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 61, inciso II, alínea "j", do Código Penal.

A Defensoria Pública pleiteia pelo afastamento da agravante atinente ao estado de calamidade pública prevista no artigo 61, inciso II, alínea j, do Código Penal. (fls. 133/138).

Recurso tempestivo, arrazoado, respondido (fls. 140/147). Manifestando-se nos autos neste Grau o Procurador de Justiça, se posicionou pelo não acolhimento do pleito, mantendo a sentença em seus termos e extensão (fls.156/167).

É O RELATÓRIO.

A materialidade do delito restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 14/15 (23 porções de Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, e 99 porções de cocaína, sendo 70 porções na forma de pedras de crack e 29 porções em pó); auto de constatação provisória fls. 18/21 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 105/107, positivo para cocaína e *Tetrahidrocanabinol*.

Acesso ao Sumário

O apelante confessou o tráfico e a posse das drogas apreendidas, dizendo que estava levando as drogas para um menino vender no Jardim Arizona e ganharia cem reais para tanto, justificando que estava desempregado. Teve uma condenação por tráfico de drogas e tinha saído da cadeia com a pena cumprida, em 2016. Também teve um processo por receptação, condenado a 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime aberto. Tem 26 anos de idade. Teve passagem por furto pela Fundação Casa, com prestação de serviços.

Tal confissão foi acolhida nos moldes do artigo 197 do Código de Processo Penal, pela total coerência e harmonia com o restante da prova trazida a estes autos de processo crime. Assim é que os policiais militares confirmaram que o apelante foi encontrado em ponto conhecido de venda de drogas, tendo confessado que tinha acabado de iniciar seu turno.

Tais provas se mostraram harmônicas a indicar a autoria e a materialidade do crime. Limita-se a defesa a contestar a agravante referente ao cometimento do crime durante a calamidade pública.

Na primeira fase a pena se manteve no mínimo, sendo majorada na segunda fase pela reincidência especifica em 1/6 e compensada a agravante referente a calamidade pública com a atenuante da confissão.

Ainda que a acusação não tenha pleiteado o aumento referente à agravante prevista no artigo 61, alínea "j", do Código Penal, não é o caso de julgamento *extra petita* nos casos em que o julgador a reconhece, pois legalmente permitido, nos termos do artigo 385 do Código de Processo Penal.

A calamidade pública foi reconhecida pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo 6/2020) e pelo Governo do Estado de São Paulo (Decreto n. 64.879/2020). Neste ultimo em seu artigo 1º reconhece o estado de calamidade pública, decorrente da pandemia do COVID-19, que atinge o Estado de São Paulo, possuindo circunstancia objetiva, deve ser aplicada.

Nesse sentido:

"A compreensão é de, com o estado de calamidade provocado pela ação do coronavírus (declarado pelo Decreto Legislativo 06/2020, do Congresso Nacional), "a população foi orientada e, em algumas cidades, forçada a ficar em casa. Vários estabelecimentos comerciais foram obrigados a fechar. Esforços financeiros e humanos foram dirigidos pelo Estado ao combate da pandemia. Desse modo toda a sociedade foi atingida e sofreu as consequências de referida pandemia, a qual foi reconhecida com **calamidade.** É indiscutível que o cometimento de qualquer crime durante tal circunstância encontra maior facilidade e superior reprovabilidade, fazendo jus à respectiva exa**cerbação da reprimenda" (TJSP – Apelação nº 1512223-08.2020.8.26.0228, 14ª. Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Hermann Herschander, j. 23/11/2020).**

Acesso ao Sumário

"Presente ainda a agravante do art. 61, inc. II, "j", do Código Penal. Com efeito, a incidência dessa agravante prescinde do nexo de causalidade ou correlação com a infração penal, posto tratar-se de circunstância objetiva observada à época. Assim, praticado o crime na vigência do Decreto Estadual nº 64.879, de 20/03/2020, o qual reconheceu o estado de calamidade pública em razão da pandemia pela Covid-19, de rigor sua aplicação." (TJSP - Apelação 1518117-62.2020, 3ª. Câmara Criminal, rel. Des. Jayme Walmer de Freitas, j. 0806/2021).

Quanto à alegação de termino da vigência, também já foi prorrogada pelo Supremo Tribunal de Justiça na ADI 6625.

Como bem fundamentado pela acusação a fls. 146: ***Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme*** à ***Constituição a referido decreto e a Lei nº 13.979/2020, vinculado a ele, para que fosse estendido o estado de calamidade pública pelo tempo necessário a ultrapassar o atual estado de pandemia, porquanto esta seria a verdadeira mens legis. Eis os termos do decisum proferido a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6625:***

TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À ***CONSTITUIÇÃO PARA CONFERIR SOBREVIDA A MEDIDAS TERAPÊUTICAS E PROFILÁTICAS EXCEPCIONAIS PARA O ENFRENTAMENTO DA COVID-19. PROVIDÊNCIAS PREVISTAS NA LEI 13.979/2020 CUJA VIGÊNCIA FINDOU EM 31 DE DEZEMBRO DE 2020. RECRUDESCIMENTO DA PANDEMIA COM O DESENVOLVIMENTO DE NOVAS CEPAS VIRAIS. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA QUE SE MANTÉM INALTERADA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO.***

I - A Lei 13.979/2020, com o propósito de enfrentar de maneira racional e tecnicamente adequada o surto pandêmico, permitiu que as autoridades adotassem, no âmbito das respectivas competências, determinadas medidas profiláticas e terapêuticas.

II - Embora a vigência da Lei 13.979/2020, de forma tecnicamente imperfeita, esteja vinculada àquela do Decreto Legislativo 6/2020, que decretou a calamidade pública para fins exclusivamente fiscais, vencendo em 31 de dezembro de 2020, não se pode excluir, neste juízo precário e efêmero, a conjectura segundo a qual a verdadeira intenção dos legisladores tenha sido a de manter as medidas profiláticas e terapêuticas extraordinárias, preconizadas naquele diploma normativo, pelo tempo necessário à superação da fase mais crítica da pandemia, mesmo porque à época de sua edição não lhes era dado

Acesso ao Sumário

antever a surpreendente persistência e letalidade da doença.

III - A prudência – amparada nos princípios da prevenção e da precaução, que devem reger as decisões em matéria de saúde pública – aconselha que as medidas excepcionais abrigadas na Lei 13.979/2020 continuem, por enquanto, a integrar o arsenal das autoridades sanitárias para combater a pandemia.

IV - Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para conferir interpretação conforme à ***Constituição ao art. 8º da Lei 13.979/2020, com a redação dada pela Lei 14.035/2020, a fim de excluir de seu âmbito de aplicação as medidas extraordinárias previstas nos arts. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J, inclusive dos respectivos parágrafos, incisos e alíneas. (ADI 6625 MC-Ref. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 08/03/2021. Publicação: 12/04/2021). Grifo nosso.***

Na terceira fase inalterada a pena, eis que o redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 não se aplica por falta de requisito da primariedade.

O regime prisional deve ser mantido, sem qualquer outro beneficio visto que anteriormente concedido não se mostrou adequado para se evitar a reiteração do apelante pela mesma senda criminosa.

ISTO POSTO e o que mais dos autos consta, conhecendo do apelo, **NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502383-37.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado DOUGLAS DE JESUS BARROS DA SILVA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

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 apelo ministerial e proveram parcialmente o defensivo para, mantida a condenação e pena de DOUGLAS DE JESUS BARROS DA SILVA por infração ao artigo 37 da Lei nº 11.343/06, substituir a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos moldes acima estabelecidos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.106)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: ENTORPECENTE. Denúncia por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Conduta de guardar e manter em depósito 1,6 kg de cocaína; 1,2 de crack; 15 kg de maconha e 3,6 litros de lança-perfume. Desclassificação para a figura do artigo 37 da lei de regência. Reconhecimento da atuação como "olheiro". Acusado preso, próximo ao local de depósito, em poder de um rádio transmissor. Recursos das partes visando, de um lado, a absolvição e, de outro, a condenação por tráfico. Inadmissibilidade. Manutenção da sentença tal como proferida. Insuficiência de prova acerca da posse e da disponibilidade do entorpecente guardado no interior de "barraco" e vigiado por outro indivíduo, morto durante confronto com os policiais responsáveis pela apreensão. Negativa isolada do acusado. Alegação de que o transmissor lhe foi entregue pelo dono por instantes apenas para troca da bateria. Versão inverossímil. Depoimento dos policiais no sentido de que o réu admitiu atuar como "olheiro". Forte indício de que não exercia diretamente a traficância. Dúvida que favorece a defesa. PENA. Elevação de 2/3 com fundamento na natureza, diversidade e quantidade de entorpecente. Artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Concretização em 3 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto, mais 500 dias-multa, no piso. Substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. Admissibilidade. Réu primário e sem antecedentes criminais. Benefício socialmente recomendável. Desprovimento do apelo ministerial e provimento parcial do defensivo.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. DOUGLAS DE JESUS BARROS DA SILVA (RG nº (...)) foi denunciado, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 c.c. os artigos 29 e 61, inciso II, alínea "j", do Código Penal, porque, por volta das 11h40 do dia 26 de janeiro de 2021, no interior de um "barraco" situado na Rua Olímpio Rodrigues de Araújo, próximo ao nº 832, no interior na comunidade existente no Bairro do Valo Velho, comarca da capital, guardava e mantinha em depósito,

para fornecimento a consumo de terceiros, 1,65 kg de cocaína, distribuídos em 6.769 porções; 1,23 kg de "crack", fracionados em 3.117 pedras; 15 kg de maconha, divididos em 12 tijolos e 988 porções menores, bem como 3,6 litros de "lança-perfume", acondicionados em 666 pequenos frascos.

Regularmente processado, pela r. sentença de fls. 121/123, cujo relatório se adota, a ação foi julgada parcialmente procedente para, operada a desclassificação, condená-lo, como incurso no artigo 37 da Lei nº 11.343/06, às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, fixado o regime semiaberto, mais 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, sem direito de recorrer em liberdade.

Inconformadas, apelaram as partes pugnando pela reforma do julgado.

O MINISTÉRIO PÚBLICO insiste na condenação por tráfico ao argumento de que o acusado, além de atuar como "olheiro", pois flagrado em poder de um rádio transmissor, mantinha em depósito e guardava, junto com o comparsa morto no confronto com a polícia, vultosa quantidade de entorpecente no interior de um barraco por ele mesmo indicado aos policiais militares. Alega ter agido em concurso com o comparsa que vigiava a droga, incidindo, dessa forma, nas penas do artigo 33, *caput*, da lei de regência, sem direito à figura privilegiada. Busca, também, a majoração decorrente da quantidade apreendida, assim como o reconhecimento da agravante da calamidade pública e a imposição do regime prisional fechado (fls. 129/139).

DOUGLAS, por sua vez, representado pela Defensoria Pública, pleiteia a absolvição por insuficiência de prova de qualquer dos delitos imputados, pois negou a traficância e a colaboração como "olheiro".

Salienta que o rádio transmissor apreendido em seu poder pertencia a outro indivíduo, que lhe entregou o aparelho para que a bateria fosse trocada. Em prol da pretensão absolutória, alega que os depoimentos dos policiais, contraditórios e parciais, devem ser valorados com reservas. Subsidiariamente, requer a redução da pena ao mínimo legal, afastando-se o acréscimo desproporcional e injustificado de 2/3, efetuado com fulcro no artigo 42 da lei de regência. Por fim, postula a fixação do regime aberto com fundamento na natureza do delito, sem violência e grave ameaça, na primariedade e na ausência de antecedentes criminais, invocando, ainda, por fim, as condições indignas decorrentes da superlotação e da insalubridade dos presídios brasileiros (fls. 156/166).

Acesso ao Sumário

Os recursos foram contrariados (fls. 167/178 e 182/186), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Franco Caneva Júnior, pelo desprovimento do apelo defensivo e provimento do ministerial (fls. 194/203).

É o relatório.

2. Justa a solução destinada na primeira instância.

DOUGLAS foi denunciado por tráfico porque, com intuito mercantil,

guardava no interior de um barraco, expressiva quantidade de entorpecente: 1,6 kg de cocaína; 1,2 de crack; 15 de maconha e 3,6 litros de lança-perfume.

Ao final a instrução, após a oitiva dos policiais militares e a realização do interrogatório, sobreveio a r. sentença desclassificatória, condenando-se o acusado pelo delito de colaboração para o tráfico, previsto no artigo 37 da Lei nº 11.343/06.

No caso, os indícios que serviram de base para a instauração da ação penal não se converteram, ao longo do processo, em elementos comprobatórios da prática do tráfico.

Não se desincumbiu, o titular da ação penal, do ônus de provar que o réu, tal como alegado na inicial acusatória, exercia a posse direta ou indireta do entorpecente, assim como a efetiva disponibilidade sobre as substâncias apreendidas.

Preso em flagrante, quando interrogado na delegacia, DOUGLAS optou por silenciar. Em juízo, negou qualquer envolvimento com o entorpecente. Admitiu que estava em poder do rádio transmissor quando os policiais o abordaram, mas alegou que o aparelho pertencia a um rapaz, não identificado, que lhe entregou e pediu para que o interrogando trocasse a bateria. Negou que atuasse como "olheiro" e afirmou ter indicado o barraco tão somente por supor que a droga ali se encontrava, tendo em vista os comentários dos moradores da comunidade.

Embora inverossímil a alegação de que não atuava como "olheiro", crível, a meu sentir, a negativa da posse direta do entorpecente e do exercício da traficância.

Tanto na delegacia, como em juízo, os policiais Edivaldo Damasceno Silva e Sidney dos Santos relataram que, em patrulhamento no local, conhecido ponto de venda de entorpecente, efetuaram incursão na comunidade pela Rua Olimpio Rodrigues Araújo, quando avistaram o acusado, que, ao perceber a presença da viatura, tentou se evadir, mas logo foi detido e, em seu poder, apreenderam um rádio transmissor tipo HT. Indagado, DOUGLAS acabou admitindo que atuava como "olheiro", vigiando a biqueira para garantir o comércio de entorpecente e impedir que fossem surpreendidos pela Polícia. O acusado apontou, também, o "barraco", nas proximidades, onde era guardada grande quantidade de entorpecente. No local, se depararam com indivíduo armado, que reagiu efetuando disparos contra a equipe e acabou sendo atingido na troca de tiros. Ferido, foi encaminhado ao pronto-socorro, mas não resistiu e acabou entrando em óbito.

Nesse mesmo sentido foram os depoimentos dos policiais Wilson Roberto Nunes Júnior, Hugo Leonardo da Silva Santana e Marcos Inácio, que deram apoio à operação.

Acesso ao Sumário

À vista da prova produzida, tal como reconhecido na sentença, os autos não conduzem à certeza de que o réu, efetivamente, praticava a traficância, incorrendo num dos núcleos verbais do preceito primário do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

DOUGLAS trazia consigo o rádio transmissor e tentou se evadir ao perceber a aproximação dos policiais. Detido, nenhuma droga ou dinheiro foi encontrado em seu poder, admitindo, informalmente, que atuava, sim, como "olheiro", o que lhe possibilitou indicar onde a droga era armazenada.

O indivíduo responsável pela guarda e vigilância direta da droga foi morto no confronto com os policiais. Este, sim, exercia a posse efetiva do entorpecente, não o réu, de acordo, ao menos, com os elementos de convicção recolhidos ao longo da persecução criminal.

Nesse sentido, o ato de guardar ou manter a droga em depósito é próprio de quem detém a respectiva posse, ou seja, só incorre no tráfico aquele que tem vínculo com o entorpecente em razão da propriedade do entorpecente ou porque foi autorizado pelo dono, atuando na compra, no acondicionamento, no transporte, na distribuição ou no fornecimento, oneroso ou gratuito, ao usuário, ou qualquer outro momento da cadeia do tráfico.

No caso, a prova revela que DOUGLAS não realizava conduta outra que não a mera vigilância, da rua, para garantir a continuidade da atividade ilícita e a impunidade dos traficantes, tanto que nenhuma porção foi encontrada em seu poder. Não demonstrado, outrossim, que o acusado agia de forma estável, aderindo aos fins do grupo criminoso.

Configurado, portanto, de modo subsidiário, o delito capitulado no supracitado artigo 37, que tipifica a conduta de "*colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados* à prática de qualquer dos crimes previstos nos *arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei*".

A atividade do tráfico, quando envolve vultosa quantidade, como no caso dos autos, normalmente é exercida por grupo estruturado, organizado inclusive hierarquicamente, ocupando seus integrantes múltiplos escalões.

A experiência comum revela, ainda, que, na engrenagem sistêmica do tráfico, os envolvidos têm tarefas próprias e individualizadas, dividindo, assim, o "trabalho" para a consecução do nefando comércio.

O comércio espúrio, no entanto, ainda conta com o auxílio de terceiros, cuja conduta é tipificada no artigo 37, que tem como destinatário o agente que colabora com informante, desde que não revele envolvimento ou relação com as atividades do grupo.

As circunstâncias da prisão, tal como reveladas, põem em dúvida se DOUGLAS realmente se encontrava praticando a traficância. Do confronto da versão acusatória com a defensiva, emerge séria dúvida sobre a realidade fática

Acesso ao Sumário

descrita e imputada na denúncia.

Tal panorama fragiliza a versão ministerial, revelando- se adequada a desclassificação para o delito de mera colaboração para o tráfico.

Ausente prova de que o réu mantinha vínculo efetivo com os responsáveis pela droga ou participava efetivamente da rotina dos traficantes, de rigor a confirmação da solução destinada na origem.

Por não vislumbrar elementos que conduzam à certeza de que o acusado guardava a droga, exercendo efetivamente a posse sobre as substâncias, inviável a condenação por tráfico.

Solução diversa implicaria o risco de condená-lo por delito que não cometeu, porquanto não demonstrada, de forma cabal, a imputação inicial, configuradora da conduta descrita no artigo 33 da Lei de regência.

A pena, todavia, comporta um pequeno, mas importante reparo.

A elevação de 2/3, justificada pela natureza e quantidade do entorpecente apreendido, encontra amparo no artigo 42 da lei de regência e mostra-se adequada porque a colaboração foi consciente quanto à vigilância, naquele momento, de vultosa quantidade, tanto que foi o réu quem indicou o local onde efetuada a apreensão das drogas.

Concretizada em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais 500 dias-multa, no piso, não vejo óbice à substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto atendidos todos os requisitos do artigo 44 do Código Penal e socialmente recomendável o benefício.

Assim, substituo a prisão por duas restritivas de direitos, na forma do artigo 44, § 2º, parte final, do estatuto repressivo, consistentes, a primeira, na prestação de serviços a comunidade ou a entidade pública, indicando, o Juízo das Execuções, tanto o destinatário, como a espécie de serviço a ser prestado pelo tempo da pena substituída; e a segunda, no pagamento de prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, a entidade pública ou privada com destinação social, também indicada por ocasião da execução.

No caso de descumprimento de qualquer das penas alternativas, o desconto da pena será no semiaberto, prevalecendo esse regime, apesar da pena ser inferior a 4 anos, devido às circunstâncias judiciais desfavoráveis.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo ministerial e provejo parcialmente o defensivo para, mantida a condenação e pena de DOUGLAS DE JESUS BARROS DA SILVA por infração ao artigo 37 da Lei nº 11.343/06, substituir a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos moldes acima estabelecidos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0027925-19.2010.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DANILO ROGÉRIO DA SILVA.

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 12.349)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente) e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Apelação Criminal – Crime contra a saúde pública – Falsificação de bebida alcoólica (art. 272, § 1º-A, do Código Penal) – Sentença de absolvição por atipicidade da conduta (art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal), sob o fundamento de que as bebidas falsificadas apreendidas não ofereciam risco concreto à saúde humana – Recurso ministerial visando a condenação do acusado, nos termos da denúncia – Sentenciado preso em flagrante quando tinha em depósito, para posterior comercialização, 105 litros de bebida alcoólica falsificada – Laudo complementar de fls. 145/148 que contém a conclusão de que as substâncias apreendidas "não são consideradas nocivas à saúde [humana]..." (fl. 148) – Delito de "perigo concreto" cujo aperfeiçoamento depende de prova da nocividade da(s) substância(s) apreendida(s) à saúde humana – Interpretação sistemática da norma típica do § 1º-A do art. 272 do CP com a do "caput" do mencionado dispositivo, que contém os elementos normativos integrativos relativos a nocividade à saúde ou a redução do valor nutritivo do produto adulterado – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Recurso desprovido.

VOTO

Inconformado com a decisão proferida pelo i. Juiz da 2ª Vara Criminal da

Acesso ao Sumário

Comarca de Franca às fls. 267/271, por meio da qual foi o sentenciado supramencionado absolvido da acusação contra ele formulada por infração ao artigo 272, § 1º-A, do Código Penal, contra ela se insurgiu o i. Promotor de Justiça oficiante à fl. 274, arrazoando o apelo às fls. 295/299.

O i. Promotor de Justiça pleiteia a condenação do apelado nos termos da denúncia, alegando, em síntese, que "*o produto* [apreendido foi] *produzido sem a devida supervisão, fiscalização estatal e em desacordo com as normas regulamentares...,* [o que revela] *potencial altamente nocivo para a saúde humana, podendo causar danos atuais e/ou futuros... aos consumidores...*" (fl. 296).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 304/313), a E. Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se pelo seu provimento (fls. 318/320).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O Ministério Público imputou a DANILO ROGÉRIO DA SILVA a prática do delito do artigo 272, § 1º-A, do Código Penal porque, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, ele "*tinha em depósito 105 litros de bebidas com teor alcoólico [falsificadas], para vender... ou de qualquer forma entregar ao consumo de terceiros*..." (fl. 1d).

Ainda segundo a denúncia, "*policiais militares receberam denúncia anônima no sentido de que na residência* [dele]... *estaria ocorrendo o crime de tráfico. No local, foram encontradas substâncias entorpecentes em poder de Alberto Mendes Couto Júnior,* [seu] *enteado..., que foi preso em flagrante por tráfico...* [Foram ali encontradas]..., *ainda, 9 caixas de uísque, contendo 105 garrafas da marca 'Red Label'...,* [tendo sido constatado posteriormente] *que não se tratava de bebidas originais, ou seja, eram falsificadas*" (fls. 1/2d).

O i. Julgador de Primeiro Grau, ao optar pela absolvição do acusado, o fez sob os seguintes fundamentos (fl. 218):

> *"O bem jurídico tutelado [pelo tipo penal violado] é a saúde pública, razão pela qual a simples falsificação do produto alimentício não basta para a configuração do delito. Ao contrário, é necessário que a falsificação seja tal que torne o produto nocivo à saúde humana ou, ao menos, lhe reduza o teor nutritivo (nocividade negativa).*
>
> *'(...).*
>
> *'Ora, o laudo aqui produzido (fl. 145 e seguintes) deixa claro que, em que pese a falsificação, as bebidas que o réu mantinha em depósito não apresentavam qualquer nocividade à saúde humana, razão pela qual, ao cabo das coisas, a conduta por ele perpetrada, ao menos no que se refere ao âmbito de abrangência do Direito penal, é irrelevante".*

Em que pese a boa argumentação despendida pelo i. Promotor de Justiça nas razões do apelo, a absolvição proclamada na r. decisão de fls. 267/271 me-

Acesso ao Sumário

recer ser mantida, pelas razões explicitadas a seguir.

A Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998, responsável pela introdução do mencionado § 1º-A no artigo 272 do Código Penal, equiparou ao tipo básico previsto no *caput* as condutas de quem "*fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado*".

A cominação, a essas novas formas de cometimento delito, de penas idênticas às previstas abstratamente no *caput* (4 a 8 anos de reclusão e multa), obriga a uma intepretação sistemática das normas de ambos os dispositivos, especialmente no que se refere à exigência de prova quanto à *nocividade à saúde* ou à *redução do valor nutritivo* da substância ou produto alimentício adulterado, prevista no *caput* e não repetida no § 1º-A.

Ao comentar sobre o tipo fundamental desse delito (a forma típica prevista no *caput*), CLEBER MASSON[1] afirma que se trata de "*crime de perigo comum e concreto, pois exige nocividade do produto à saúde de pessoas indeterminadas, ou então a diminuição de seu valor nutritivo. Vale destacar, entretanto, a existência de entendimentos no sentido de constituir-se em crime de perigo abstrato, sob o argumento de que, com a prática da conduta legalmente descrita, presume-se a situação de perigo a um elevado número de pessoas*".

Pois bem. Respeitadas as posições em contrário, parece mais correta a interpretação de que possui natureza concreta o *perigo* previsto como elemento normativo do tipo penal do § 1º-A do art. 272 do Código Penal.

É que, como é amplamente sabido, a técnica de tipificação própria dos delitos de perigo *abstrato*, por consistir justamente na incriminação de condutas que oferecem menor risco de lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo do que aquelas punidas por meio de crimes de *perigo concreto* e de *dano*[2], naturalmente reclamam penas menos severas do que aquelas cominadas a estes[3], sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Não por outra razão, já decidiu esta E. 7ª Câmara Criminal que o aperfeiçoamento do delito do art. 272, § 1º-A, do CP, depende de prova pericial da *nocividade* do produto adulterado à saúde humana ou da *redução do seu valor*

1 *Direito penal esquematizado – vol. 3: parte especial (arts. 213 a 359-H),* 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 318.

2 Os delitos de perigo abstrato, por dispensar o seu aperfeiçoamento a colocação do bem jurídico tutelado em perigo efetivo, situam-se em estágio do *iter criminis* que é anterior ao ocupado pelos crimes de perigo concreto (e, portanto, mais distante do momento da lesão ao bem ou interesse que se pretende salvaguardar com a edição da norma incriminadora). Nesse sentido, por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, tradução de José Luis Manzanares Samaniego. 2ª ed., Granada: Colmares Editorial, 1993., p. 238-239.

3 Segundo a concepção amplamente prevalente na doutrina, é requisito indispensável à legitimidade da criação de crimes de perigo abstrato a aplicação de pena menos intensa que as atribuídas às modalidades de afetação concretas (dano e perigo concreto) do mesmo bem jurídico. Assim, por exemplo BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010., p. 213-214.

Acesso ao Sumário

nutritivo. Confira-se a respectiva ementa [sem destaque no original]:

> "*Recurso em Sentido Estrito – Denúncia – Rejeição – Imputação – Art. 272, § 1º-A, do CP – Depósito de produtos alimentícios com prazos de validade vencidos e outros desacompanhados de rótulo – Ausência de subsunção – **Imperiosidade de que o material tenha sido corrompido, adulterado, falsificado ou alterado e que disso resulte a nocividade à saúde ou redução do valor nutritivo** – Inocorrência – Narrativa da denúncia condizente com o crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 – Correção da capitulação – Denúncia recebida – Recurso provido, atentando-se para a correção da capitulação feita à imputação ministerial*." (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0083079-62.2016.8.26.0050; Relator: Alberto Anderson Filho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 24ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/05/2018; Data de Registro: 22/05/2018).

E no mesmo sentido é o seguinte precedente emanado da E. 12ª Câmara Criminal Extraordinária deste Sodalício [sem destaque no original]:

> "*FALSIFICAÇÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS – PRODUTO NÃO NOCIVO À SAÚDE – AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL IRREFUTÁVEL – ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE – RECONHECIMENTO. **Ausente exame pericial que comprove que as bebidas falsificadas apreendidas em poder do réu são nocivas à saúde humana, atípicos os delitos previstos no art. 272, § 1º e § 1º-A do CP**. RECURSO PROVIDO*." (TJSP; Apelação Criminal 0018723-20.2014.8.26.0344; Relator: Willian Campos; Órgão Julgador: 12ª Câmara Criminal Extraordinária; Foro de Marília - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 31/08/2017; Data de Registro: 04/09/2017).

No caso dos autos, em que a conclusão contida no laudo complementar de fls. 145/148 é no sentido de que as substâncias apreendidas "*não são consideradas nocivas à saúd*e [humana]..." (fl. 148), a absolvição do réu DANILO por atipicidade da conduta era mesmo de rigor.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ministerial, mantendo intocada a r. decisão absolutória lançada às fls. 267/271.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503847-32.2020.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante/apelado CARLOS WALTHER DA SILVA LUCAS, é apelado/apelante 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: Negaram provimento ao apelo defensivo e deram parcial provimento ao apelo ministerial, para afastar a incidência do § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas e redimensionar a pena do réu para 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal, afastada a substituição da corpórea, mantida, no mais, a r. sentença monocrática. Oportunamente, com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.182)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 15 de outubro de 2021.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação do réu. Recurso defensivo visando à incidência máxima do redutor do § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas. Descabimento. Diversidade e natureza das drogas que impõem maior rigor no apenamento. Recurso Ministerial pelo aumento da pena-base. Impossibilidade. Variedade, quantidade e espécies de entorpecentes ponderadas na terceira etapa. Atenuante da confissão mantida, sem reflexo na pena. Súmula 231 do STJ. Regime prisional. Necessário recrudescimento, ante a diversidade e natureza das drogas apreendidas. Substituição afastada. Recurso defensivo desprovido e apelo ministerial parcialmente provido, com redimensionamento da pena do réu para 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, no piso legal, fixação do regime inicial fechado e afastamento da substituição, com oportuna expedição de mandado de prisão.

Acesso ao Sumário

VOTO

Pela r. sentença de fls. 199/206, cujo relatório fica adotado, **CARLOS WALTHER DA SILVA LUCAS** foi condenado a à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, e prestação pecuniária, no importe de 01 (um) salário mínimo, bem como à pena de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 33,

"caput", e § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Inconformadas, apelam as partes.

O representante do Ministério Público busca o aumento da pena-base, afastamento da atenuante da confissão e do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas ou, quando não, aplicação do benefício em seu grau mínimo, fixação do regime inicial fechado e afastamento da substituição da pena corpórea (fls. 233/245).

A Defensoria Pública pleiteia a redução máxima pelo § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas e fixação do regime aberto (fls. 227/229).

Os recursos foram regularmente processados, com contrarrazões (fls. 249/257 e 262/275), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo Defensivo e parcial provimento do Ministerial (fls. 285/289).

Este é o relatório.

Não obstante o dedicado esforço da combativa Defensoria Pública, a r. sentença examinou corretamente a prova e decidiu acertadamente ao reconhecer a responsabilidade do réu pelo crime descrito na denúncia.

De fato, a lógica dos fatos, corretamente analisados na r. sentença, indica que Carlos Walther da Silva Lucas, no dia 11 de setembro de 2020, na hora e local referidos na denúncia, guardava e trazia consigo, visando o consumo de terceiros, substâncias entorpecentes consistentes em 924,88g de "maconha" (Cannabis sativa L), divididos em 115 porções, e 10,72g de cocaína, divididos em 69 porções individuais, substâncias que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar

Assim resumidos os fatos, o certo é que os autos contêm provas inquestionáveis em relação à conduta delitiva do acusado, tanto que as partes não se insurgem contra o decreto condenatório, tendo a Acusação pleiteado o aumento da pena base, o afastamento da atenuante da confissão e do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, ou, quando não, aplicação do benefício na fração mínima, fixação do regime inicial fechado e afastamento da substituição da pena corpórea, ao passo que a Defesa pede a redução máxima pela aplicação do § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas.

Passo, assim, desde logo, à análise da pena.

A básica foi fixada no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, o que não comporta alteração.

Na fase intermediária do cálculo, observo que o réu confessou a traficância, motivo pelo qual correto se mostra o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, porém sem reflexo na pena, tendo em vista o disposto na Súmula 231 do STJ.

Acesso ao Sumário

Na derradeira etapa, a meu aviso, assiste razão ao inconformismo ministerial, quanto à não incidência do redutor do § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas.

Ora, a referida causa de diminuição de pena não pode ser aplicada no caso em tela, haja vista que tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de "primeira viagem", e não aquele que está inserido em atividade criminosa, efetivamente comprometido com o tráfico de drogas, como, certamente, é o caso do acusado Carlos, que guardava e tinha consigo 924,88g de maconha, divididos em 115 porções, e 10,72g de cocaína, divididos em 69 porções individuais, além do que foi processado quando menor de idade pela prática de ato infracional equiparado ao tráfico de drogas e não comprovou o exercício de atividade lícita remunerada, declarando-se desempregado (fls. 07), circunstâncias que, por si sós, bem evidenciam que fazia do comércio de drogas o seu meio de vida, inviabilizando a aplicação do redutor.

Assim, afasto o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tornando definitiva a pena do réu de 05 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, no piso legal.

Por via de consequência, afasta-se, também, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, já que a quantidade de pena ora aplicada traduz impedimento à concessão do benefício, ausente o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Por fim, observo que as já referidas circunstâncias do caso concreto recomendam a fixação do regime inicial fechado, sendo certo que regime prisional menos rigoroso não se revela suficiente para a reprovação e prevenção do delito praticado pelo réu, em poder de quem, vale repetir, foi apreendida considerável quantidade e diversidade de drogas.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo defensivo e dou parcial provimento ao apelo ministerial, para afastar a incidência do § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas e redimensionar a pena do réu para 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal, afastada a substituição da corpórea, mantida, no mais, a r. sentença monocrática. Oportunamente, com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº

2188355-28.2021.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é impetrante R.A.B. e Paciente J.F.O.

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.086)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente sem voto), RICARDO SALE JÚNIOR e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 31 de agosto de 2021.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – LEI MARIA DA PENHA – MEDIDAS PROTETIVAS – DESCUMPRIMENTO – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA – EXEGESE DOS ARTIGOS 312 E 313, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1 – Cabe a custódia cautelar para manter a ordem pública, bem como garantir a aplicação da lei penal, a fim de acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça; 2 – A conveniência e a oportunidade da decretação da prisão preventiva devem ser deixadas sempre ao prudente arbítrio do juiz do processo, mais próximo do fato e das pessoas nele envolvidas, e conhecedor do caráter do acusado e das circunstâncias que envolvem o crime. ORDEM DENEGADA.

VOTO

O advogado Robson de Abreu Barbosa impetra o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de J.F.O., alegando constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito do Anexo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de São José do Rio Preto, decorrente da decretação da prisão preventiva.

Sustenta o impetrante que se trata, em tese, de infração ao **artigo 24-A da Lei nº 11.340/06**. Alega que a r. decisão combatida encontra-se desprovida de fundamentação idônea. Aduz que não estão presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, pois o paciente é primário, trabalhador, possui residência fixa e trabalho lícito, bem como não descumpriu qualquer medida protetiva, pois somente foi entregar o filho em comum à suposta vítima. Ressalta que ela não foi ameaçada e nem tampouco agredida. Requer a concessão da ordem com

Acesso ao Sumário

expedição de alvará de soltura em favor do paciente, com ou sem aplicação de outras medidas cautelares.

Indeferida a liminar (fls. 47/48) e prestadas informações pela autoridade coatora (fls. 51/52), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 55/64).

É o Relatório.

Trata-se de Julgamento Virtual.

A ordem deve ser denegada.

Descreve a denúncia que, no dia 17 de julho de 2021, por volta das 18h55, na Rua (...), nº (...), Estância São Pedro III, comarca de São José do Rio Preto, descumpriu decisão judicial que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de sua esposa C.V.L.O., consistentes em afastamento do lar conjugal, não aproximação da ofendida, de seus familiares e de eventuais testemunhas, devendo manter distância mínima de 200 metros da vítima e da casa desta; não entrar em contato com a ofendida, com seus familiares e com eventuais testemunhas por nenhum meio de comunicação.

Segundo o apurado, o denunciado foi intimado pessoalmente das medidas protetivas no dia 13 de julho de 2021. No dia 17 de julho de 2021, ele descumpriu a ordem judicial e foi até a residência de sua esposa, ingressando na habitação. A vítima imediatamente acionou policiais militares, os quais encontraram o acusado escondido em um quartinho próximo à piscina.

O douto magistrado *a quo* observou que a prisão preventiva mostrou-se o único meio capaz de garantir a ordem pública e impedir a reiteração criminosa, já que o réu, mesmo após ter sido intimado sobre a concessão das medidas protetivas de urgência decretadas em razão de agressões físicas e psicológicas, as descumpriu ao se aproximar da vítima, ingressando em sua residência, sem autorização, onde foi detido pelos policiais militares. Não há que se falar em decretação de novas medidas cautelares diversas da prisão, as quais já haviam sido deferidas e foram descumpridas pelo réu, demonstrando seu descaso com a Justiça pela reiteração criminosa.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, evidente que eventual liberdade do paciente poderá colocar em risco a integridade física da vítima, principalmente porque ele reitera nas atitudes ilícitas, com potencial de progredir para conduta mais grave.

Ressalte-se que o crime cometido em ambiente doméstico possui periculosidade não condizente com a liberdade pretendida. O bem jurídico atingido pela conduta do denunciado mereceu por parte do legislador um regramento diferenciado, considerando a circunstância de que tais delitos são cometidos em local onde impera a clandestinidade e o uso de força física e psicológica para assegurar a impunidade.

Demais disso, inegável a existência de elementos indiciários suficientes

que autorizam o juízo de probabilidade da autoria da infração penal. O *periculum in mora* também existe, de sorte que não é prudente a colocação do infrator em liberdade. Também é preciso acautelar a escorreita colheita da prova que, nesses casos, imprescinde do depoimento da vítima e testemunhas, que se sentirão atemorizadas com sua soltura.

E a conveniência e oportunidade da decretação da prisão preventiva devem ser deixadas sempre ao prudente arbítrio do juiz do processo, mais próximo do fato e das pessoas nele envolvidas.

Neste sentido, entendimento jurisprudencial do Excelso Superior Tribunal de Justiça:

> **A discricionariedade, permitida ao juiz, para decretar prisão preventiva, se deve à circunstância de estar perto do local dos acontecimentos, saber das circunstâncias que envolvem o crime e conhecer do caráter do réu. Bons antecedentes, emprego e residência fixa, não são, por si só, elementos ensejadores de ilidir a segregação provisória** (HC n° 542-GO, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU de 27.05.91, pág. 6.977).
>
> Esta E. Corte já decidiu:
>
> **Insta salientar que o paciente está sendo acusado por ter praticado crimes graves – violência doméstica e tentativa de homicídio contra sua ex-companheira – que atemorizam a sociedade, a qual clama por justiça e segurança. No entanto, é possível levar em consideração a gravidade do delito para justificar a garantia da ordem pública. Aliás, a garantia da ordem pública deve ser verificada pelo binômio gravidade da infração e repercussão social. Quando o crime é grave, de particular repercussão, como no caso em tela, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciam àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabendo, por isso, ao Judiciário, determinar o recolhimento do agente** (*Habeas Corpus* nº 990.10.329823-3 – Itapecerica da Serra – 4ª Câmara Criminal – Rel. Des. Salles Abreu).

A propósito, o escopo da nova lei vem no sentido de se inibir as reiteradas práticas de violência doméstica para impedir o aumento de registros, bem como a reincidência em virtude da certeza da impunidade, como parece ser o caso do paciente.

Desse modo, a solução adotada pelo douto magistrado *a quo*, visando a proteção da vítima, insere-se na garantia da ordem pública, que justifica a segregação cautelar do paciente.

As demais questões expendidas pelo nobre impetrante se confundem com o mérito e não podem ser apreciadas nesta estreita via.

Pelo exposto, mantém-se o decreto de prisão preventiva, por não vislumbrar qualquer constrangimento ilegal.

Acesso ao Sumário

Denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2180189-07.2021.8.26.0000, da Comarca de Mirandópolis, em que são impetrantes G. A., A. A. D. e J. C. R., Pacientes D. A. D. e M. P., é impetrado M. DA 1 V. DO F. DE M.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª 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 5.610)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

JUSCELINO BATISTA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Conduta prevista no artigo 242, *caput*, segunda figura, do Código Penal – Registrar como seu filho de outrem – Pleito de trancamento da ação penal pela configuração da paternidade socioafetiva – Impossibilidade – Conduta típica e antijurídica - Ausentes hipóteses excepcionais de trancamento da ação penal – Conduta em tese praticada suficientemente descrita na exordial acusatória – Constrangimento ilegal não verificado – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de pedido de concessão de ordem de *habeas corpus*, com pleito liminar, impetrado pelos Advogados João Carlos Rizolli, Altair Alécio Dejavite e Guilherme Astolphi em favor de D.A.D. e M.P., apontando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Mirandópolis.

Em síntese, narram que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal porque processados por conduta que não se reveste de tipicidade ou antijuridicidade. Nesse aspecto, aduzem que a conduta imputada é a prevista no artigo 242, *caput*, segunda figura, do Código Penal (*registrar como seu o filho de outrem*), no entanto, a hipótese é de reconhecimento de paternidade socioafe-

tiva, instituto familiar legítimo e plenamente válido no ordenamento jurídico, argumentando a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado pelo referido tipo penal. Aduzem, assim, ausência de justa causa para a ação penal, pelo que a rejeição da denúncia era de rigor. Em sede de liminar, pleiteiam o trancamento da ação penal e, ao final, a concessão definitiva da ordem.

A liminar pleiteada foi indeferida (fls. 163/164) e vieram aos autos as informações prestadas pela autoridade tida como coatora (fls. 166/169).

Na sequência, a d. Procuradoria de Justiça apresentou parecer opinando pela denegação da ordem (fls. 175/178).

É o relatório.

A ordem de *habeas corpus* deve ser denegada, porquanto ausente constrangimento ilegal.

É assente na jurisprudência dos tribunais superiores o entendimento de que o trancamento da ação penal, pela via estreita do "habeas corpus", constitui medida excepcional, cabível apenas em situações de inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da extinção da punibilidade ou da ausência de indícios da materialidade ou autoria (justa causa).

Na hipótese, não se vislumbra a presença de nenhuma das exceções sobreditas.

Nesse rumo, a denúncia oferecida pelo Ministério Público descreve, em tese, as circunstâncias e fatos dotados de tipicidade objetiva e subjetiva, consistentes em efetuar o registro, como seu, de filho de outrem, a teor do disposto no artigo 242, do Código Penal.

E não há notória incidência de causa de extinção da punibilidade ou acusação desprovida de justa causa, verificável nos limites próprios desta via eleita.

O instituto da filiação socioafetiva, de fato, como aponta o i. impetrante, é aceito e consolidado no ordenamento jurídico pátrio. Incide, no entanto, em seara diversa e independente, sob a ótica própria da infância e do direito de família, e não tem o condão de excluir a tipicidade da conduta em tese imputada na inicial.

Como bem notado no percuciente parecer da d. Procuradoria de Justiça:

"Ora dizer que não há o crime a despeito da prescrição legal do artigo 242, do CP, afrontaria claramente o texto legal de indisfarçável clareza, destacando-se que demonstrado no curso da ação a nobreza do motivo o crime pode ser desclassificado para a modalidade privilegiada, descrita no artigo 242, parágrafo único, do Código Penal, o que, torna indiscutível o espírito do legislador em incriminar tal comportamento de uma forma ou de outra, ou seja, praticado ou não com intenção louvável." – fls. 177.

Sobre o assunto, *mutatis mutandis*, já se decidiu:

Acesso ao Sumário

CRIMINAL. RHC. PARTO SUPOSTO. REGISTRO DE FILHAS DE OUTREM COMO PRÓPRIAS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. PERDÃO JUDICIAL CONCEDIDO A OUTRO CASAL. CASOS DIVERSOS. MOTIVO DE RECONHECIDA NOBREZA NÃO DEMONSTRADO DE PLANO. DÚVIDAS A SEREM DIRIMIDAS NO DECORRER DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS. MOTIVO NOBRE QUE PODE SER APLICADO NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO.

I. Hipótese na qual se requer o trancamento da ação penal instaurada em desfavor dos pacientes pela suposta prática do crime de parto suposto e registro de filhas de outrem como próprias, sob o fundamento de terem agido imbuídos por motivo de reconhecida nobreza.

II. **Evidenciado que, em princípio, os pacientes teriam dado parto alheio como próprio, registrando como suas as filhas de outrem, caracterizado está, em tese, o delito que lhes é imputado, tornando-se prematuro o trancamento da ação penal.**

III. Se o caso apontado pela impetração, ao qual foi aplicado o perdão judicial, é diverso do presente, não resta caracterizado constrangimento ilegal.

IV. Não há prejuízos aos réus no tocante ao não reconhecimento, na via eleita, do perdão judicial descrito no art. 242, parágrafo único, do Código Penal, pois este poderá ser aplicado pelo Magistrado, se comprovado o motivo nobre, no momento da prolação da sentença.

V. **A ausência de justa causa para o prosseguimento do feito só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas in casu.**

VI. Recurso desprovido.

(Recurso em *Habeas Corpus* nº 17569-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 19.05.2005) – sem grifos no original.

Nesse contexto, não se vislumbrando hipótese apta a ensejar o trancamento da ação penal, de rigor a denegação da ordem, salientando-se que as questões relacionadas ao mérito da imputação serão apreciadas no decorrer da instrução da ação penal.

Isto posto, pelo meu voto, **denega-se a ordem** de "habeas corpus" pleiteada em favor de D.A.D. e M.P.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2196234-86.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente FABIOLA RIBEIRO VIEIRA e Impetrante LAIS NAKED ZARATIN.

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 10.986)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 10 de setembro de 2021.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Homicídio qualificado – Revogação da prisão preventiva – Inadmissibilidade – Decisão fundamentada – Presentes dos requisitos autorizadores da custódia cautelar – Inexistência de violação à presunção de inocência – Aspectos pessoais favoráveis que, por si só, não afastam a necessidade da prisão preventiva – Condição de mãe de filho menor de 12 anos – Impossibilidade de substituição pela prisão domiciliar – Crime grave e hediondo cometido com emprego de violência – Exceção ao teor do artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal, em face das particularidades concretas da hipótese em exame – Não demonstrada condição peculiar da Paciente que a torne mais vulnerável à epidemia de COVID-19 – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Advogada Laís Naked Zaratin, em favor de **Fabíola Ribeiro Vieira**, apontando como autoridade coatora a MMª Juíza de Direito da 2ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo.

Narra que a Paciente teve a prisão preventiva decretada em decorrência da suposta prática dos crimes tipificados no art. 121, §2º, I, III, IV e V e §3º, parte final, c/c art. 29 e art. 229, caput, todos do Código Penal.

Alega estarem ausentes os pressupostos autorizadores da segregação cautelar, bem como a ausência de prova segura quanto a autoria.

Ressalta que a Paciente é primária, sem maus antecedentes, possui residência fixa, atividade laboral lícita e é responsável por filho menor de 12 anos.

Pleiteia, em suma, a concessão da ordem para que a prisão preventiva seja convertida em domiciliar.

O pedido liminar foi indeferido, dispensada a colheita de informações da i. autoridade apontada como coatora (fls. 537/539).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou- se pela denegação da ordem (fls. 543/550).

É o relatório.

É cediço que o art. 312, do Código de Processo Penal, apresenta como pressupostos da prisão preventiva o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*, este caracterizado pela prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; aquele representado pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

In casu, imputa-se à Paciente a prática de homicídio qualificado, além de falsidade ideológica, em concurso de agentes, pois, segundo a peça acusatória, 04 de abril de 2021, utilizando-se de instrumento contundente, com manifesto propósito homicida, mediante meio cruel e valendo-se de recurso que dificultou a defesa da ofendida, golpeou a cabeça da idosa Maria Francisca Andrasi, nela causando graves ferimentos que causaram sua morte (fls. 423/428).

Com efeito, a r. decisão atacada, reproduzida a fls. 470/473, encontra-se suficientemente fundamentada, tendo o Magistrado *a quo*, após o recebimento da denúncia, exposto os motivos que o levaram a decretar a prisão preventiva da Paciente e de seus comparsas.

Assim, os fortes indícios de autoria e a gravidade em concreto do delito a ela imputado (homicídio qualificado) são elementos indicativos da necessidade da manutenção da prisão cautelar.

Acesso ao Sumário

Não há que se falar em violação à presunção de inocência uma vez que, embora os fortes indícios de autoria coligidos sirvam para indicar a necessidade da prisão em prol da garantia da ordem pública, não retratam juízo sobre a culpa, reservado para o momento da prolação da sentença. Por isso mesmo, eventuais circunstâncias pessoais favoráveis da Paciente, como a primariedade e a residência em endereço fixo, não ensejam necessariamente o afastamento da custódia cautelar.

Neste sentido, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFI-

CADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. As prisões cautelares são medidas de índole excepcional, somente podendo ser decretadas ou mantidas caso demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a efetiva imprescindibilidade de restrição ao direito constitucional à liberdade de locomoção. 2. O decreto da prisão preventiva está idoneamente fundamentado, sobretudo, na gravidade concreta do delito de homicídio qualificado e na inafastável periculosidade da conduta do acusado, que disparou, sucessivas vezes, arma de fogo contra a vítima, que se encontrava distraída no interior de uma padaria, no centro da cidade, por motivo torpe, dificultando a sua defesa. 3. Eventuais condições pessoais favoráveis não possuem o condão de, isoladamente, conduzir à revogação da prisão preventiva. 4. Concretamente demonstrada pelas instâncias ordinárias a necessidade da prisão preventiva, não se afigura suficiente a fixação de medidas cautelares alternativas. 5. Para que fosse possível a análise da alegação de suposta ausência de provas da autoria delitiva, seria imprescindível o exame dos elementos fáticos da lide, o que não é possível na estreita via do habeas corpus, que possui rito célere e é desprovido de dilação probatória. 6. Recurso em habeas corpus improvido" (STJ, Sexta Turma, RHC nº 102.608/ES, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 02.04.2019, V.U.).

Não há, outrossim, que se falar em concessão de prisão domiciliar à Paciente, consoante dispõe o artigo 318-A, do Código de Processo Penal, sob o argumento de que seria mãe de criança menor de 12 anos.

Consigno inexistir discussão acerca da necessidade dos cuidados maternos à criança, pois a condição é legalmente presumida, de acordo com precedentes jurisprudenciais do E. Superior Tribunal de Justiça (HC nº 422.235/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 19/12/2017).

Não se desconhece, igualmente, o teor da decisão exarada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão de *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641, proferida em 20 de fevereiro de 2018, em que se determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas a constrição cautelar previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 (doze anos), conforme artigo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob sua guarda, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Ocorre que, no caso em exame, imputa-se à Paciente a prática de crime

Acesso ao Sumário

hediondo, praticado com extrema violência e crueldade, contra vítima idosa.

Ora, se de um lado não se pode ignorar o fato de Fabíola ser mãe de menor impúbere, não há como desamparar o principal bem jurídico aqui tutelado, qual seja, a segurança e a paz da sociedade.

Resta patente, pois, a caracterização de situação excepcional prevista no supracitado *writ*, a justificar a manutenção da Paciente no cárcere cautelar.

Por fim, observo que, a Paciente não está enquadrada no grupo de risco da pandemia causada pelo COVID19, nem demonstrou condição específica e grave que demande imediata soltura.

Vale destacar que a Secretaria da Administração Penitenciária tem adotado, em consonância às diretrizes dos órgãos de saúde, diversas medidas para combater a disseminação da COVID-19 no sistema penitenciário paulista, tais como aumento no fornecimento de material de limpeza e material de higiene para atender a atual demanda, disponibilização de condições de assepsia já na entrada das unidades prisionais às quais devem se submeter todas as pessoas, intensificação de ações informativas e de conscientização da população carcerária quanto à importância da manutenção de hábitos de higiene, mormente para evitar contágios no interior do sistema penitenciário, dentre outros.

Sobre o tema, assim já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"*Ora, não se desconhece que a Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ, recomenda 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 socioeducativo, contudo, isso não implica automática substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Necessário, a mim parece, que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis do COVID19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) o risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida. No caso em exame, ao que parece, ao menos nesse exame perfunctório próprio deste momento processual, não houve a demonstração de tais pressupostos*" (*Habeas Corpus* nº 570082 – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – DJe de 02/04/2020).

Assim, por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Diante do exposto, pelo meu voto, **denega-se a ordem** de *habeas corpus*, nos termos acima descritos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2196492- 96.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante PAULA DE CASSIA RODRIGUES BRANCO BITES e Paciente BRUNO RODRIGUES DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam a ordem para anular o trânsito em julgado da r. sentença e seus posteriores atos, intimando-se o paciente para que manifeste seu desejo de recorrer, ou não, da condenação, assegurado que aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação proferida nos autos de origem, com expedição de alvará de soltura mediante as cautelares do art. 319, incisos I e IV, do CPP. Comunique-se. Oficie-se. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.218)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Trânsito em julgado de sentença condenatória – Manifestação do paciente ao oficial de justiça de que não estava certo quanto a recorrer ou não da r. sentença sobre a qual acabara de tomar ciência – Dúvida que deve ser interpretada em favor do réu – Ofensa à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição – Precedente do STJ – Nulidade do trânsito e julgado – Liminar deferida – Ordem concedida, com expedição de alvará de soltura.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Bruno Rodrigues Dias, alegando a impetrante, em síntese, sofrer o paciente constrangimento ilegal por ato do Juízo que ao proferir sentença condenatória não aplicou o redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e pela falta de intimação da defesa para apresentação das razões do recurso de apelação.

Expõe que foi o paciente preso em flagrante delito em data de 07/04/2021 por infração ao disposto no artigo 33 da Lei 11.343/06 e a ação penal foi julgada

procedente, sendo que o paciente ao ser intimado da r. sentença apresentou dúvida em recorrer ou não, contudo a defesa técnica não foi intimada a apresentar as razões recursais já que a dúvida é sempre a favor do réu.

Alega, ainda, ser cabível a aplicação do redutor legal pois o paciente é primário, sem antecedentes criminais, e a prova dos autos não é suficiente para comprovar o envolvimento do acusado com organização criminosa, nem para concluir, seguramente, que ele se dedica à prática reiterada do tráfico ilícito de drogas ou outros crimes.

Pede a concessão da ordem, com antecipação liminar, para que seja anulado o processo a partir da intimação do paciente da sentença, determinando a intimação da defesa para apresentar as razões recursais e, subsidiariamente, que seja concedido de ofício a aplicação do benefício do artigo 33, §4º da Lei de Drogas.

A liminar foi indeferida (fls. 229/230).

As informações foram prestadas (fls. 233/234).

A d. Procuradoria Geral de Justiça propôs o não conhecimento ou a denegação da ordem (fls. 256/261).

É o relatório.

A ordem deve ser concedida.

Por r. sentença proferida em 08/07/21, foi o paciente condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei Antidrogas, c.c. o art. 61, inciso II, alínea "j", do CP, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo unitário legal, indeferido o apelo em liberdade.

Foi condenado porque no dia 07/04/21, nesta capital, guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, 50 frascos de lança-perfume (250 ml), 136 porções de maconha (283g) e 100 porções perfazendo 40,1g de skunk, narcóticos expressos em peso líquido.

Bruno foi reconhecido como primário, a básica foi estipulada no piso, a provisória agravada pela agravante da calamidade pública (covid19) e na terceira etapa não foi reconhecida a modalidade privilegiada do delito "*...porquanto o réu era gerente do barraco bomba. Com isso, restou demonstrado que o acusado se dedicava à atividade criminosa rotineiramente, o que impede a concessão do benefício capitulado no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, pela própria literalidade do dispositivo legal*".

A r. sentença foi publicada em 09/07/21, foi intimada a defesa em 12/07/21, em 19/07/21 foi o réu intimado e em foi certificado que a r. sentença transitou em julgado para a defesa em 26/07/21 (fls. 192, 195, 203 e 204, todas da origem).

Conforme a certidão do nobre oficial de justiça incumbido de intimar o paciente da r. sentença, "*...em cumprimento ao mandado nº 050.2021/102653-2 que nesta data, em conexão remota com o CDP de Santo André, SP, intimei através de videoconferência o réu Bruno Rodrigues Dias, que após ouvir a leitura que lhe fiz do mandado e da sentença, recebeu a cópia do mandado e da sentença que lhe foram transmitidas por meio eletrônico e exarou seu ciente no mandado cuja imagem seguirá digitalizada quando for fornecida pelo presídio.* ***Perguntado, respondeu o intimado réu que antes de decidir se iria ou não recorrer para instância superior consultaria sua advogada, e ficou ciente do prazo de cinco dias para sua manifestação****. O referido é verdade e dou fé. São Paulo, 19 de julho de 2021*" (destaquei).

Finalmente, em 06/08/21 foi determinado o cumprimento da r. sentença diante do trânsito em julgado da r. sentença, sobrevindo a presente impetração.

Estes são os fatos e fundamentos que se passa a analisar.

Afere-se, assim, do panorama seguramente comprovado nos autos, que sofre o paciente constrangimento ilegal por ato de autoridade que a ele impôs o trânsito em julgado da condenação, o tolhendo do direito ao duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, impedido da possibilidade de reexame da decisão que a ele impôs pena de privação de liberdade de locomoção por cinco anos.

Pelo princípio do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, impreterível que o trânsito em julgado de decisão condenatória se dê com absoluta certeza de ter o réu claramente renunciado do direito de recorrer, assegurando-lhe o direito de manifestar, acaso queira, seu direito de irresignação com a condenação contra ele proferida por membro do Poder Judiciário.

Em cumprimento à determinação judicial de que fosse o paciente, preso processualmente, intimado do teor da r. sentença condenatória e do direito de dela recorrer, consignou o oficial de justiça que Bruno foi intimado da sentença mas, questionado se dela iria recorrer, afirmou que, cumpre repisar, "*...antes de decidir se iria ou não recorrer para instância superior consultaria sua advogada*".

Os patronos foram intimados da sentença em 12/07/21, o réu dela foi intimado pelo oficial de justiça em 19/07/21 e foi certificado o trânsito em julgado para a defesa em 26/07/21.

Neste cenário, incontroverso é que tanto a defesa técnica quanto o condenado foram intimados da r. sentença e que decorreu *in albis* o prazo para a interposição de recurso.

Contudo, imprescindível que se atenha ao fato de que há dúvida quanto à vontade do réu em recorrer da decisão judicial que a ele impôs pena de privação de sua liberdade de locomoção, eis que ele expressamente disse ao oficial de justiça de que não estava convicto a tomar decisão que implica em séria

Acesso ao Sumário

consequência à sua vida, o que se analisa em observância aos constitucionais princípios da ampla defesa e do contraditório, e em homenagem ao duplo grau de jurisdição, sobretudo diante do amplo efeito devolutivo de que se reveste o recurso de apelação.

Em panorama processual semelhante ao deste *writ*, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ASSINATURA DE TERMO DE RENÚNCIA, EM BRANCO, PELA PARTE VENCIDA, POR OCASIÃO DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. RÉU QUE, AO SER INTIMADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, ASSINOU TERMO EM BRANCO, QUE LHE FOI APRESENTADO PELO OFICIAL DE JUSTIÇA, CONTENDO MODELO DE RENÚNCIA AO RECURSO EM SEGUIDA A MODELO DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA CONSIGNANDO QUE O PACIENTE ASSINOU O TERMO DE RENÚNCIA, EM BRANCO, NÃO SE REFERINDO A NENHUMA EXPLICAÇÃO OU ESCLARECIMENTO QUANTO AO SIGNIFICADO DESSE TERMO. NULIDADE DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA, TENDO EM VISTA QUE NÃO É FUNÇÃO DO MEIRINHO COLHER DE SENTENCIADOS, DETIDOS EM CADEIA PÚBLICA, A DESISTÊNCIA DE RECURSO. RECURSO DE HABEAS CORPUS CONHECIDO E PROVIDO PARA ANULAR A INTIMAÇÃO DA SENTENÇA AO RÉU, DETERMINANDO QUE OUTRA SE FAÇA EM DEVIDA ORDEM, REABRINDO-SE-LHE O PRAZO RECURSAL*". (RHC 4.786/SP, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª Turma, j. 30/08/95).

Neste quadro, por demonstrar-se o trânsito em julgado da r. sentença contrário à ampla defesa e ao contraditório, frente à dúvida manifestada pelo paciente, que deve em favor dele ser interpretada, impõe-se a anulação do trânsito em julgado da condenação.

O paciente está preso desde a prisão em flagrante (07/04/21), convertida em preventiva e mantida no corpo da r. sentença, que a ele impôs o cumprimento de pena em regime inicial semiaberto, proferida em 08/07/21, tendo a condenação transitado em julgado ao Ministério Público.

Deste modo, nos termos do art. 654, §2º, do CPP, e observada a máxima excepcionalidade da prisão preventiva pela lei (art. 282, §6º, do CPP), reforçada pelas disposições da Recomendação n.º 62, do CNJ, com vigência prorrogada pelas recomendações n.º 68, 78 e 91, impõe-se a concessão da ordem para que Bruno aguarde em liberdade o julgamento do apelo.

Diante do exposto, e pelo meu voto, concedo a ordem para anular o trânsito em julgado da r. sentença e seus posteriores atos, intimando-se o paciente para que manifeste seu desejo de recorrer, ou não, da condenação, assegurado que aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação proferida nos

Acesso ao Sumário

autos de origem, com expedição de alvará de soltura mediante as cautelares do art. 319, incisos I e IV, do CPP.

Comunique-se. Oficie-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2215293-60.2021.8.26.0000, da Comarca de Pacaembu, em que é paciente W.S.S. e Impetrante C.A.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.792)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente) e WALTER DA SILVA.

São Paulo, 29 de setembro de 2021.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator

Ementa: ***Habeas Corpus*** – Tráfico de entorpecentes – Prisão em flagrante convertida em preventiva – Pedido de revogação, com a concessão de liberdade **provisória indeferido – Descabimento – Decisão devidamente fundamentada – A gravidade concreta da conduta e a quantidade de entorpecentes apreendidos justificam a necessidade da prisão cautelar e inviabilizam, neste instante, a análise de possível e futura aplicação da causa especial de diminuição de pena preconizada no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas – Presentes os requisitos dos artigos 310, II, 312 e 313, I, do Código de Processo Penal – Insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão – Meio impróprio para análise de questões fáticas – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.**

VOTO

O advogado Ciro Afonso de Alcântara impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de W.S.S., por entrever constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito do Plantão Judiciário da comarca de Dracena.

Acesso ao Sumário

Sustenta, em síntese, que o paciente foi preso em flagrante, em 11 de setembro de 2021, pela suposta prática de crime de tráfico de entorpecentes e teve convertida a prisão em preventiva.

Alega, no entanto, que a r. decisão carece de fundamentação idônea, porquanto calcada na gravidade em abstrato do crime e nos antecedentes do corréu, tendo deixado de individualizar a suposta periculosidade do paciente.

Ressalta, ainda, a nítida possiblidade de reconhecimento do tráfico privilegiado e que os depoimentos dos policiais foram uníssonos no sentido de que o entorpecente foi arremessado do veículo pela porta do carona, assento ocupado pelo corréu.

Assegura, ademais, que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva, consubstanciado no fato de o paciente não registrar antecedentes criminais, possuir residência fixa, ocupação lícita como lavrador e família constituída.

Requer, assim, a revogação da prisão preventiva, com a concessão de liberdade provisória.

A liminar foi indeferida, sendo dispensadas as informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 23/26).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 30/35, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

O paciente está sendo processado por crime de extrema gravidade (tráfico de entorpecentes – fls. 20 e 66/69, dos autos de origem), equiparado a hediondo, e que está atormentando e deixando em pânico a população, abalando a tranquilidade social, com inegável afronta à ordem pública.

A r. decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva está formalmente em ordem e devidamente fundamentada, explicitando, com clareza, as razões que motivaram o seu convencimento, o que afasta a tese de ilegalidade apresentada (fls. 90/92, dos autos de origem).

Convém sublinhar que o paciente e o corréu possuíam e transportavam, em tese e para fins de tráfico, **um tijolo de *maconha* com peso líquido de 596,74 gramas** (fls. 43/45, dos autos de origem), o que não o qualifica, à primeira vista, como um traficante eventual ou de pequeno porte.

Assim, **prematura** a análise de possível e futura aplicação da causa especial de diminuição de pena preconizada no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, diante da necessidade de aferição, durante a instrução do processo, de que o paciente não se dedica a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Justamente por isso, não se vislumbra, neste instante, afronta à ordem concedida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *HABEAS CORPUS* Nº 596.603 – SP (2020/0170612-1).

Ademais, o crime em apreço está no rol daqueles passíveis de decretação da custódia preventiva, revelando-se insuficientes, frente à grave conduta criminosa em tese perpetrada, quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão (artigos 310, II e 313, I, ambos do Código de Processo Penal).

Deste modo, os elementos constantes dos autos evidenciam, de fato, a existência de razões sérias e objetivas para a manutenção de sua prisão.

Presentes, portanto, os requisitos para a prisão cautelar (artigo 312 do CPP) – garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Na verdade, a gravidade da conduta e a existência de simples ameaça à tranquilidade pública justificam a privação cautelar da liberdade individual do paciente, no intuito de obstar a prática de novas infrações.

Com efeito, como ensina Fernando Capez, para garantia da ordem pública, "*a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente solto, continue a delinqüir, pois há evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos*" (*Curso de Processo Penal* – 5ª ed. São Paulo – Saraiva, pág. 229).

Cumpre ressaltar, além disso, que em se tratando de crime grave, nem mesmo a alegação de ser primário, não registrar antecedentes criminais ou, ainda, militar em seu favor o princípio da presunção de inocência, tem o condão, por si só, de conferir ao paciente o direito de responder o processo em liberdade.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou que "*condições pessoais favoráveis como primariedade, bons antecedentes e residência fixa no distrito da culpa, não têm o condão de, por si só, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar*" (5ª Turma, HC nº 48.141/DF, Rel. MIN. FELIX FISCHER).

Cabe destacar, por oportuno, que a Lei nº 11.464/07, ao retirar a expressão "liberdade provisória" do artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, limitou-se apenas a alterar o seu texto, pois a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança e não da expressão suprimida. Aliás, a citada alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, permanece vedada aos presos em flagrante.

O outro ponto abordado na presente impetração – atinente à alegação de que o entorpecente foi arremessado do veículo pela porta do carona, assento este ocupado pelo corréu – não pode ser analisado neste instante, pois é sabido que o *habeas corpus* tem cabimento em todos os casos de violação ou de ameaça à liberdade de locomoção e somente pode ser concedido em caso de ofensa a um direito líquido e certo do paciente, cuja existência independa do exame e valora-

Acesso ao Sumário

ção de provas, o que, à evidência, não é a hipótese dos autos.

Inadmissível, sob fundamento algum, a soltura do paciente, porquanto ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2210209-78.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente DIEGO VERZEMIAZZI IGLESIAS DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: denegaram a ordem impetrada. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.234)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente) e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 5 de outubro de 2021.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Ameaça – Instrução Processual Encerrada – *Mutatio Libelli* – Insurgência contra decisão que indeferiu nova citação do paciente após o aditamento da denúncia, inviabilizando contato com o réu e a indicação de novas provas, caracterizando cerceamento de defesa – NÃO VERIFICADO – O STJ firmou entendimento no sentido da desnecessidade de citação pessoal do acusado acerca do aditamento da denúncia, sendo exigida apenas a intimação da Defesa, como determina o artigo 384 do Código de Processo Penal, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa. Precedentes.

Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Diego Verzemiazzi Iglesias da Silva, com pedido liminar, apontando o MM. Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande como autoridade coatora, nos autos da ação penal nº 1503446-17.2019.8.26.0536.

Aduz a impetrante que o paciente foi denunciado em outubro de 2019 como incurso no artigo 147 do Código Penal, não sendo localizado pelo oficial de justiça para citação, mas compareceu espontaneamente em cartório, oportunidade em que foi citado. Também não foi localizado para intimação da audiência de instrução, todavia compareceu ao ato.

Alega que depois do encerramento da instrução, o Ministério Público aditou a denúncia, sendo que a Defesa, ao ser intimada para indicar se dispõe de provas novas a indicar, por não possuir dados cadastrais do acusado para contatá-lo, solicitou nova citação do acusado, o que foi indeferido.

Sustenta que o aditamento consistiu na inclusão de outros fatos à denúncia, e não na mera reclassificação jurídica de fatos já contidos na exordial, sendo certo que o paciente deve ter conhecimento dos fatos acrescidos, até porque ele se defende dos fatos, razão pela qual a decisão que veda a nova citação pessoal implica em constrangimento ilegal.

Enfatiza que o paciente participou ativamente de todo o processo mesmo não sendo localizado e como não existe endereço válido nos autos, a Defesa está impossibilitada de contatá-lo para questionar sobre novas provas a produzir, caracterizando cerceamento de defesa.

Requer a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para que seja determinada a realização de nova citação do paciente, seguida por nova vista à Defesa para o oferecimento de resposta à acusação, anotando-se que, não sendo o réu localizado para ser citado, deve-se aplicar o artigo 366 do CPP (fls. 1/5).

Pedido liminar foi indeferido (fls. 29/30).

Prestadas informações pela autoridade judiciária, dita coatora (fls. 38/39), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, pela denegação da ordem (fls. 43/46).

Este, em síntese, é o relatório.

Verte das informações prestadas pela digna autoridade judiciária em 10 de setembro de 2021, *in verbis*:

"O paciente foi denunciado em 18 de outubro de 2019 como incurso no artigo 147, do Código Penal, por ter, supostamente, ameaçado, por duas vezes, em continuidade delitiva, sua ex-namorada L. F., por palavra, de causar-lhe mal injusto e grave.

"A denúncia foi recebida em 22 de outubro de 2019 e, em 25 de outubro de 2019, diante do comparecimento espontâneo do acusado junto ao Fórum desta Comarca, procedida sua citação pessoal.

Acesso ao Sumário

"Apresentada resposta à acusação e ratificado o recebimento da inicial acusatória, foi designada teleaudiência para a data de 28 de julho de 2021, a qual se realizou com a colheita de três testemunhos e interrogatório do paciente.

"Em 02 de agosto de 2021, observando o Ministério Público que a denúncia ofertada não guardava relação com os fatos em apuração, apresentou aditamento à peça vestibular acusatória, mantendo, todavia, a tipificação penal do artigo 147, por duas vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal.

"A Defesa foi instada a se manifestar e requereu a nova citação do acusado, bem como abertura de novo prazo para apresentação de resposta à acusação, o que foi indeferido, em 17 de agosto de 2021, nos seguintes termos: "*O aditamento ocorreu após encerrada a instrução probatória, inclusive em razão de provas colhidas na mesma audiência na qual fora interrogado o réu, daí porque descabe pedido de nova citação, eis que aplicável na íntegra a regra do § 2º do art. 384 do CPP. Assim, e considerando que o Ministério Público não especificou outras provas além daquelas já colhidas, em última oportunidade diga a Defensoria Pública se pretende produzir outras provas, especificando-as desde logo, no prazo de cinco dias. Com a resposta da Defensoria Pública, pois, venham conclusos para designação de audiência de instrução em continuação, na qual serão eventualmente ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa e, outrossim, será novamente interrogado o acusado*." (fls. 38/39).

A ordem não comporta concessão.

Embora respeitando os argumentos da nobre defensora impetrante, não se vislumbra qualquer ilegalidade decorrente do indeferimento do pedido de nova citação do paciente, a caracterizar cerceamento de defesa.

Após o recebimento do aditamento requerido pelo Ministério Público, houve estrita observância do procedimento previsto no artigo 384 do Código de Processo Penal.

O acusado, na pessoa de sua advogada, foi devidamente intimado para se manifestar, oportunidade em que foi requerida nova citação do mesmo, para questioná-lo sobre novas provas a produzir, pois inexiste endereço válido nos autos.

Acesso ao Sumário

Entretanto, cabe observar que o paciente foi preso em flagrante no dia 17/10/2019, sendo beneficiado com a liberdade provisória, em sede de audiência de custódia, com a imposição de medidas cautelares alternativas ao cárcere, previstas no artigo 319, incisos I, III e IV, do CPP, consistentes no comparecimento bimestral em Juízo para informar e justificar suas atividades, sendo que sua primeira apresentação deverá ser em cinco dias úteis; proibição de contato com a vítima por qualquer meio, inclusive telefônico ou pela internet, bem como proibição de aproximação, devendo manter distância mínima de 100 metros; e proibição de ausentar-se da comarca por mais de dez dias ou mudar de domicílio sem prévia autorização do juízo. Além disso, foi fixado o compromisso de

comparecer a todos os atos do processo.

Com efeito, ao ser posto em liberdade, o paciente assumiu a obrigação de cumprir as medidas alternativas supracitadas, sob pena de revogação.

Além disso, um dos deveres da pessoa que está sendo processada criminalmente é fornecer o endereço onde poderá ser localizada, informar a mudança deste e comparecer a todos os atos processuais, nos termos do artigo 367 do Código de Processo Penal.

O paciente compareceu à audiência por videoconferência, realizada aos 28/7/2021, ocasião em que foi qualificado e interrogado, acompanhado de sua defensora, cabendo-lhe a obrigação de fornecer endereço atualizado.

No caso do aditamento à denúncia, o CPP realizou uma clara opção legislativa pela oitiva da parte exclusivamente por meio de seu defensor, realizando-se ato contínuo a designação de nova data para a instrução dos atos remanescentes, conforme deflui da literalidade do art. 384, §2º, do CPP, *in verbis*:

> § 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de *5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.*

Dessa forma, por ser no regime processual a citação um ato único, e não havendo previsão legislativa para nova citação e, de consequência, um novo prazo para nova apresentação de resposta à acusação além daquele já concedido para se manifestar sobre o aditamento, correta a decisão impugnada.

Oportuno consignar que, em regra, o acusado apenas é intimado para comparecer à nova data da audiência, ocasião em que restará preservada a possibilidade da "*entrevista prévia e reservada com o seu defensor*" (art. 185, § 5º, do CPP), caso a Defesa não tenha tomado a cautela de se reunir com seu cliente a fim de explicar o ato.

Ademais, cabe ao Juízo ainda se certificar que foi "cientificado do inteiro teor da acusação" (art. 186 do CPP), de maneira que sequer há objetividade jurídica ou vantagem/prejuízo no tocante à realização ou não de uma nova citação.

Outrossim, o Colendo Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido da desnecessidade de citação pessoal do réu acerca do aditamento da denúncia, sendo exigida apenas a intimação da defesa, como determina o artigo 384 do Código de Processo Penal, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa.

A propósito:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. FALTA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO APÓS O ADITAMENTO DA

Acesso ao Sumário

DENÚNCIA. INTIMAÇÃO DA DEFESA TÉCNICA. CITAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU ACERCA DO JULGAMENTO DOS ACLARATÓRIOS OPOSTOS CONTRA A SENTENÇA. DESNECESSIDADE. FALTA DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE. APLICAÇÃO DA PENA BASE. MAUS ANTECEDENTES CORRETAMENTE RECONHECIDOS. LEGALIDADE. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. ***2. Afasta-se o constrangimento ilegal quando a defesa técnica foi devidamente intimada acerca do recebimento do aditamento à denúncia, tendo, inclusive, ratificado os termos da defesa preliminar.*** *Precedente. 3. Ainda, o Relator do aresto impugnado foi categórico ao afirmar que "houve o recebimento da denúncia, decisão da qual o réu foi intimado pessoalmente, cumprindo a previsão do art. 56 da Lei de Tóxicos", o que afasta a alegação de cerceamento de defesa. [...] 9. Habeas corpus não conhecido."* (STJ, HC 365.214/RS, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 24/5/2018, grifo nosso).

No mesmo sentido.

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA, PREVARICAÇÃO E CONCUSSÃO. ILEGALIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU O ADITAMENTO DA DENÚNCIA SEM "CITAÇÃO" DO RÉU PARA OFERECIMENTO DE NOVA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ART. 384 DO CPP. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da uníssona jurisprudência desta Corte Superior, é inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, de matérias não analisadas pela Corte de origem, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância. Precedentes. 2. Com fulcro no art. 384 do Código de Processo Penal, este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido da desnecessidade de nova citação pessoal do réu acerca do aditamento da denúncia, sendo exigida apenas a intimação da defesa, nos termos do dispositivo legal citado. 3. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no RHC nº 94.805/RS, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/5/2020).

Destarte, como o aditamento trouxe apenas esclarecimentos sobre condutas já indicadas na denúncia, sem alterar a imputação inicial, e observado o disposto no artigo 384, § 2º, do Código de Processo Penal, e não havendo prova de prejuízo concreto aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que foi conferido prazo à Defesa para arrolar suas testemunhas, inexiste nulida-

de a ser proclamada.

Por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, que possa estar a sofrer o paciente, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Ante o exposto, denega-se a ordem ora impetrada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2173710-95.2021.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é paciente ELIVELTON MAGRINI SILVA, Impetrantes DIOGO DE PAULA PAPEL e MERHEJ NAJM NETO.

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.102)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente sem voto), POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

BUENO DE CAMARGO, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*: crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (art. 33 e 35, *caput*, Lei 11.343/2006) e posse irregular de arma fogo (art. 12, *caput*, Lei 10.826/2003).

***Habeas Corpus*: limites objetivos de cognição. Nulidade da prova: violação da cadeia de custódia.**

Atipicidade: irregularidades as quais, ainda que presentes, não implicam na nulidade da prova produzida, com reflexos, tão só, na sua valoração, quando do julgamento da causa.

Divergências na menção dos números de lacre: erro material que não caracteriza violação da cadeia de custódia e, ademais, sem prejuízo à defesa. Princípio *pas de nullité sans grief*: exegese (STF).

Rejeição da denúncia: falta de justa causa pela alegada divergência dos termos da acusação e parecer técnico apontado como inclusivo. Inconsistência: libe-

Acesso ao Sumário

lo com indícios bastantes de materialidade e autoria, atendendo ao art. 41, CPP, informado pelo princípio *in dubio pro societatis*, sujeito ao posterior exame exauriente de mérito, após a devida instrução e amplo debate da causa.

Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos i. Advogados Diogo de Paula Papel e Merhej Najm Neto, em favor de Elivelton Magrini Silva, sob a alegação de constrangimento ilegal decorrente de ato do MM. Juízo da 2ª Vara Criminal do Foro da Comarca de Barretos, o qual ao apreciar a resposta à acusação apresentada nos autos da Ação Penal n. 1500458-41.2020.8.6. 0066, teria chancelado prova ilícita decorrente da quebra de cadeia de custódia da prova, bem como recebeu denúncia sem justa causa.

Alegam, em síntese, que (***i***) o Paciente foi denunciado como incurso nos artigos 33 e 35, caput, da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, c.c. art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, (***ii***) haver nulidade da cadeia de custódia, vez que as substâncias aprendidas teriam sido lacradas e, todavia, o laudo de constatação provisória as teria descrito com números de lacres distintos dos atribuídos aos entorpecentes, (***iii***) ser o caso de rejeição parcial da peça acusatória, por falta de justa causa, porquanto o douto representante do Ministério Público adotou conclusão diversa daquela exposta pelo Sr. Perito Judicial.

Requerem, assim, a concessão da ordem, com a declaração de ilicitude da prova pericial relativa às substâncias descritas na peça acusatória (315g e 1.450,4 g de "maconha"), diante da quebra da cadeia de custódia deste elemento probatório, rejeitando-se parcialmente a denúncia no tocante à acusação de que o Paciente "trazia consigo, guardava e tinha em depósito [...] 1.044 pontos de 'LSD'", por ausência de justa causa (fls 1/12).

Sem requerimento de liminar e prestadas informações pelo MM. Juízo *a quo* (fls 75/76), a Douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou o parecer de fls 155/159, pela denegação da ordem.

Por fim, não constam objeções ao julgamento virtual.

É o relatório.

Quanto à higidez da prova sob a ótica da cadeia de custódia, acima do cumprimento estrito das formalidades em si, deve-se observar a finalidade do instituto.

Nesse contexto, digno de nota inicial que eventual irregularidade no citado procedimento da cadeia de custodia, além de não implicar, *ipso facto*, na

Acesso ao Sumário

nulidade da prova produzida, encerra matéria afeta ao seu valor probatório, cuja análise deve ocorrer no momento oportuno, quando do julgamento da causa, como deliberado por esta C. Câmara a respeito do tema:

> *Os escólios de Gustavo Badaró, Guilherme de Souza Nucci e Rogério Sanches Cunha pontuam:*
>
> "[...] *mesmo com tais riscos, defende-se que as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração. Não é a cadeia de custódia a prova em si, mas sim uma 'prova sobre prova'* [...]"
>
> (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo Penal*. 8. ed., São Paulo: RT, 2020, p. 4514).
>
> "[...] *o simples descumprimento da cadeia de custódia não deve gerar nulidade absoluta.* [...]" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 71).
>
> "[...] *havendo quebra da cadeia de custódia das provas, a prova permanece legítima e lícita, podendo ser questionada a sua autenticidade se o valor será maior ou menor quanto mais ou menos se respeitou o procedimento da cadeia de custódia. Não pode ser descartada, mas valorada.* [...] *a prova custodiada é legal, pois do contrário sequer mereceria ser guardada. A eventual mácula não interfere na legalidade da prova, mas sim no seu peso, na sua qualidade."* (CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Jus-Podvm, 2020, p. 180).
>
> •**TJSP: Ap. 1000155-74.2016.8.26.0050**, 15ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Gilberto da Cruz, j. 30.9.2021 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Ademais, embora certo, na precisa advertência da Alta Corte, que ***o habeas corpus*** é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático probatório engendrado nos autos,[1] resta evidente que a sustentada violação da cadeia de custódia na espécie encerra, na verdade, mero erro material, como pontuado na r. decisão impugnada:

> **01)** Quanto à alegada quebra da cadeia de custódia:
>
> Em que pesem as alegações da zelosa defesa não se verifica quebra da cadeia de custódia mas mero erro material, haja vista a similitude dos números dos lacres apontados no laudo de constatação provisória (fls. 20/21) com os úmeros apontados no auto de exibição e apreensão (fls. 11/12), quais sejam 0014243/0010243 e 0014250/0010250, respectivamente, onde pode ser observado, inclusive, compatibilidade do peso e quantidade dos entorpecentes apreendidos.
>
> Neste passo, no caso em tela, inexiste dado concreto a indicar

1 **STF: AgRg no HC 167.819**, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 6.5.2019 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Acesso ao Sumário

que houve quebra na cadeia de custódia e um cenário a comprometer a confiabilidade da prova pericial (fls 124).

Acresce, como consignado no parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça que:

> Em contrapartida ao que sustentam os combativos impetrantes, não se entrevê a proclamada ruptura da cadeia de custódia – *break on the chain of custody* –, na medida em que ela destina-se a "*manter e documentar a historia cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crime, para rastrear sua posse e manuseio a partir do reconhecimento até o descarte*" (artigo 158-A, *caput*, do Código de Processo Penal).
>
> Com efeito, o início da cadeia de custódia ocorre com os procedimentos policiais nos quais é detectada a existência do vestígio – "*todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal*" (artigo 158-A, § 3º, do Código de Processo Penal) –, procedendo-se, na sequência, à sua coleta e acondicionamento (artigo 158-B, incisos IV e V, da Lei Penal Adjetiva).
>
> Na hipótese, porquanto a atividade pericial tenha feito referência a números distintos de lacres, observa-se que tal incorreção consubstancia singelo erro material, incapaz de comprometera credibilidade e fidúcia do elemento técnico-pericial. Além disso, o acondicionamento das substâncias ilícitas, consideradas como vestígios, respeitou suas características físicas, químicas e biológicas, o que milita em benefício da preservação da cadeia de custódia.
>
> Ora, mostrando-se possível a identificação dos vestígios a partir de sinais individualizadores distintos, a menção de numerações de lacres incorreta resulta em simples e mera irregularidade, que não compromete a higidez da cadeia de custódia.
>
> [...]
>
> De toda sorte, o equívoco numérico constatado no Laudo do Exame Pericial de Constatação Provisória não se repetiu quando da elaboração do Laudo do Exame Pericial Toxicológico Definitivo (fls. 147/151), no qual foram replicados, com exatidão, os números dos lacres indicados pela Polícia Judiciária no Auto de Exibição e Apreensão (fls. 132/133), o que resulta em superação da referida irregularidade (fls 156/157).

Em suma, na linha do precedente deste E. Tribunal de Justiça, citado no parecer supra:

> Conclui-se, portanto, que [...] houve registro equivocado do número do lacre, equívoco este que constitui mero erro material, incapaz de acarretar na nulidade do processo, como pretende a defesa.
>
> •**TJSP: Ap. 0001873-89.2016.8.26.0223**, 2ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Fernando Vaggione, j.18.7.2018 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, diante dos fundamentos supra, os quais subscrevo, como se trata de mero erro material, tal não acarreta prejuízo algum à Douta Defesa e, diante disso, cumpre acrescer que a objeção não atende ao *princípio do* ***pas de nullité sans grief*** [que] *exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício*, [...] *pois não se decreta nulidade processual por mera presunção.*

• **STF: AgRg no HC 132.419**, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 2.6.2017. No mesmo sentido, dentre outros da Corte: **AgRg no ARExt 868.516**, 1ª Turma, rel. Min. Roberto Barroso, j. 26.5.2015; **AgRg no RHC 123.890**, 2ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 5.5.2015; **HC 85.155**, 1ª Turma, rel. Min, Ellen Graice, j. 22.3.2005; **RHC 122.467**, 2ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowki, j. 3.6.2014; **HC 81.510**, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.12.2001 (Endereço eletrônico constante no texto original).

De outra banda, também não vinga a pretendida rejeição em parte da denúncia, pela alegada falta de justa causa quanto aos "1.044 [...] pontos de 'LSD' com peso bruto aproximado de 26g (vinte e seis gramas)".

De fato, *o juízo de admissibilidade da ação penal é norteado pelo princípio do* ***in dubio pro societatis****, de forma que, na presença de indícios de autoria e prova da materialidade dos fatos, a denúncia deve ser recebida para que se dê regular processamento ao feito.*

•**STJ: HC 197.102**, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 2.8.2021 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Assim, para atendimento ao art. 41, do Código de Processo Penal, bastam indícios, *seja quanto à autoria dos fatos* [...], *seja quanto à sua tipicidade, sem prejuízo do exame exauriente de mérito, que se reserva para a devida apreciação do Juízo* ***a quo****, por ocasião do julgamento da ação penal em trâmite, após a sua devida instrução e amplo debate.*

• **TJSP: HC 2182301-46.2021.8.26.0000**, 15 ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Ricardo Sale Júnior, j. 30.9.2021 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Em suma, como já decido também por esta C. Câmara:

> Demais disso, o trancamento do processo penal em *habeas corpus* só tem cabimento quando, com a sumariedade de cognição peculiar a este procedimento, reste evidente a ausência de justa causa, a manifesta atipicidade da conduta imputada ou a inequívoca presença de excludentes, o que não é o caso dos autos. 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 i*legalidade 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,*

Acesso ao Sumário

539/366, 544/408,...; JTACr SP 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).

• **TJSP: Ap. 2185338-81.2021.8.26.0000**, 15ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Gilda Alves Barbosa Diodatti, j. 16.9.2021 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Nesse contexto, quando do recebimento da denúncia observou o MM. Juíz *a quo* que:

2) O Ministério Público ofereceu denúncia em face de **Felipe César Soukeff Silva** e **Elivelton Magrini Silva**, qualificados nos autos, o primeiro por violação ao artigo 33 e artigo 35 , c.c. artigo 40, inciso III, todos da Lei 11.343/2006 e artigo 12 , *caput*, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69 , *caput*, do Código Penal e o último por incurso no artigo 33 e artigo 35, c.c. artigo 40, inciso III, todos da Lei 11.343/2006 , tudo na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal (fls. 142/146). Da análise da denúncia é possível aferir que os fatos estão devidamente narrados com todas as circunstâncias, os quais se submetem, no momento, ao tipo legal indicado. Portanto, referidos fatos são, a princípio, típicos e antijurídicos.

[...]

4) Destarte, presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, ausentes quaisquer das hipóteses para a rejeição da denúncia (artigo 395 do Código de Processo Penal), e ainda, comprovada a materialidade do delito e havendo indícios suficientes de autoria, **RECEBO** a inicial acusatória de fls. 142/146, oferecida pelo Ministério Público (fls 158/152, dos autos principais).

Na sequência, vencida a fase de resposta, o libelo foi reanalisado e depurado:

02) Quanto ao pedido de rejeição parcial da denúncia pelo tráfico de drogas ante a alegada ausência de materialidade delitiva.

Respeitadas as alegações defensivas, não há que se falar em rejeição parcial da denúncia quanto aos 1.044 pontos de LSD.

Isso porque, conforme se depreende do laudo pericial acostado às fls. 209/212, no segmento de papel cartonado, de formato quadrado, em laterais medindo 8.8 centímetros de comprimento, com desenho colorido em uma das faces, denominado como "item e.4", foi detectada a presença da substância MDMA, ou seja, 3,4 metilenodioximetanfetamina.

Ainda que não detectada a mesma substância nos demais 1043 segmentos cartonados, há suspeita de que outros segmentos de papel são de uso proscrito pela ANVISA, haja vista a expressão utilizada pelo

Acesso ao Sumário

perito, nos termos do art. 3º, da [...] Portaria SPTC 143/2017.

Desse modo, **INDEFIRO** o pleito defensivo, ao menos por ora, e **DEFIRO** o requerimento ministerial, oficiando-se à autoridade policial para que providencie a elaboração de laudo complementar a ser realizado por laboratório especializado para atestar a eventual ilicitude dos 1.043 (mil e quarenta e três) segmentos de papel cartonado apreendidos nos autos (fls 124/125).

O juízo de admissibilidade da causa, portanto, como levado a efeito pelo MM. Juiz *a quo*, apresenta elementos bastantes, não reclamando medidas de saneamento.

Não bastasse isso, ainda que assim não fosse, como orienta a Alta Corte, *o que a Constituição exige, no inc. IX, do art. 93, é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, não se exigindo que a decisão seja amplamente fundamentada, dado que a decisão com motiva*ção sucinta é decisão motivada,[2] *certo que o fato de ter sido contrário aos interesses da parte não configura ofensa ao referido dispositivo constitucional*.[3]

Por fim, como anotado no Douto parecer da Procuradoria Geral de Justiça:

> [...] o desenvolvimento de instrução penal a respeito da materialidade, fruto das balizas do devido processo legal constitucional, não encerra qualquer constrangimento ilegal ao direito ambulatorial de **ELIVELTON** [...], que se encontra em gozo de liberdade provisória concedida pelo Superior Tribunal de Justiça [...] (fls 158).

Do exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2139643-07.2021.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é paciente GABRIEL CIRULLI DOS SANTOS e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA 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: DENEGARAM A ORDEM. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº** 44.805)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS

Acesso ao Sumário

2 **STF: AgReg no AI 387.318**, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Veloso, j. 13.8.2002 (Endereço eletrônico constante no texto original).

3 **STF: RE 566.087**, rel. Min. Ellen Gracie, d. 8.10.2010 (Endereço eletrônico constante no texto original).

(Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 14 de setembro de 2021.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: *Habeas corpus* – Tráfico ilícito de entorpecentes e Dano qualificado – Revogação da prisão preventiva – Impossibilidade – Presentes os requisitos do art. 312 do CPP – Prisão preventiva mantida – Excesso de prazo para formação da culpa – Inocorrência – O prazo tido como razoável para o encerramento da instrução criminal é construção jurisprudencial – A simples ultrapassagem dos prazos legais não assegura ao paciente o direito à liberdade – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por intermédio do Defensor Rafael Zambon de Moraes, impetra o presente *habeas-corpus*, com pedido liminar, em favor de Gabriel Cirulli dos Santos, alegando que o ora paciente está a sofrer constrangimento ilegal, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Limeira.

Relata o d. impetrante, em síntese, que o paciente foi preso em flagrante aos 07/01/2021 pela prática, em tese, de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, restando caracterizado excesso de prazo em sua custódia cautelar.

Afirma que não se encontram presentes as hipóteses previstas nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Assevera que o presente caso é simples e que a Defesa do paciente em nada contribuiu para o elastério no trâmite processual.

Acrescenta que o paciente se encontra recluso há 06 (seis) meses sem que tenha sido designada data para a realização da audiência de instrução, debates e julgamento.

Pleiteia, liminarmente, a concessão da ordem, a fim de que seja revogada a prisão preventiva imposta ao paciente, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, confirmando-se, ao final, a liminar da ordem de *habeas corpus*.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 225/227 pelo E. Juiz Substituto em Segundo Grau Freddy Lourenço Ruiz Costa.

A digna autoridade apontada como coatora prestou as informações às fls. 233/234.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer às fls. 238/249, mani-

Acesso ao Sumário

festou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

A presente ordem deve ser denegada.

Conforme informações prestadas pelo MM. Juízo de origem, o ora paciente foi preso em flagrante aos 07/01/2021 pela prática, em tese, do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo sua prisão em flagrante foi convertida em preventiva. Em 26/01/2021 o paciente foi denunciado como incurso nos artigos 33 da Lei nº 11.343/06 e artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, na forma do artigo 69, c.c. artigo 61, inciso II, alínea *j*, ambos do Código Penal. Requerida a revogação da prisão preventiva do paciente, tal pedido foi indeferido aos 17/06/2021, sob a justificativa de que "*(...) não há que se falar em excesso de prazo, nem se pode, outrossim, imputar culpa ao Estado pela demora na instrução, na medida em que a ausência do policial foi justificada pela necessidade de atendimento de ocorrência. Saliente-se que a pauta deste juízo é breve, e que a audiência com réu preso é agendada com celeridade (...)*".

No momento, os autos se encontram em regular tramitação, ou seja, aguardam a designação de nova data para a realização da audiência de instrução, debates e julgamento.

De outro norte, em que pese as alegações lançadas pelo combativo impetrante, não se vislumbra a ocorrência do propalado constrangimento ilegal que possa estar sofrendo o paciente.

Isto porque sua prisão tem por fundamento o juízo de admissibilidade da prática delitiva e por estarem presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, de sorte que não há se falar que a mencionada prisão constitua constrangimento ilegal.

Cabe referir que ao paciente é imputada a prática de delito grave, que traz consequências sociais irreparáveis, sendo fonte geradora de crimes violentos, daí porque, sua custódia cautelar não ofende nem mesmo o princípio da presunção de inocência, uma vez que a própria Constituição Federal a admite, ao permitir a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem devidamente fundamentada, como no presente caso (cf. fls. 58/60 e 213/214 dos autos de origem).

Ressalto não se vislumbrar qualquer alteração da situação fática a demandar a revogação da medida, prevalecendo os requisitos autorizadores da decretação e mantença da constrição.

Não há se cogitar em aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Isto porque, a nova Lei nº 12.403/11, ainda que de forma excepcional, prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva para os crimes dolosos com o máximo de pena privativa de liberdade superior a 04 anos, o que engloba o crime em questão.

Portanto, considerando-se que a situação processual do paciente admite

Acesso ao Sumário

o decreto preventivo, não era mesmo razoável a adoção de medida cautelar diferente da prisão. Aliás, medida diversa da prisão seria claramente insuficiente e geraria sentimento de odiosa impunidade, ainda mais em se tratando de crime tão nefasto.

No que concerne à alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, é de ser ressaltado que o prazo tido como razoável para o encerramento da instrução criminal se trata de construção jurisprudencial que não tem o rigor matemático que lhe roga a Defesa, uma vez que o processo penal tem por escopo primordial a busca da verdade real, como acentua Mirabete, no sentido de que:

"*Há que se reconhecer, porém, que não se justifica a contagem matemática da soma dos prazos, que aliás* não é correta (item 402.2), e a duração da instrução deve ser considerada sempre com relação à complexidade do processo, de acordo com um critério de razoabilidade" (Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 7a ed., 2000, p. 900).

Salienta-se que, a simples ultrapassagem dos prazos legais não assegura ao réu o direito à liberdade, sendo necessário que a demora na instrução seja injustificada, de modo que, ainda que houvesse o alegado excesso de prazo, somente se poderia falar em constrangimento ilegal se o atraso fosse injustificável.

O prazo para se concluir a fase instrutória deve obedecer a um critério de razoabilidade, ponderando-se as peculiaridades de cada lugar e de cada processo, evitando-se a mera soma de dias.

De qualquer sorte, força relembrar a lição do saudoso mestre JÚLIO FABBRINI MIRABETE: "É pacífico, porém, que para o reconhecimento do constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução, seja a demora injustificada. Não é ele reconhecido quando a mora está justificada nos autos, quando há caso de força maior provocada por processo complexo (vários réus, necessidade de citação edital e de expedição de carta precatória, instauração de incidente de insanidade mental etc.). Também não há que se reconhecer *constrangimento ilegal quando amora é causada pela própria defesa ou no seu interesso. Evidentemente, também não se pode reconhecer excesso de prazo se o processo já foi sentenciado ou se a instrução já está encerrada, quer se encontre na fase de alegações finais ou mesmo na de diligências prevista no art. 499*" (*in*, Processo Penal, Atlas, 10ª edição, p. 482).

No mais, destaca-se que, por decisão datada de 12/02/2019, o Col. STJ concedeu a liberdade provisória ao paciente mediante a imposição de medidas cautelares alternativas no processo nº 0010981-74.2018.8.26.0320, no qual também foi imputada ao paciente a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes. Sendo assim, verifica-se que a manutenção de sua custódia cautelar é se suma importância para a garantia da ordem pública, não havendo qualquer razão para a revogação da medida.

Acesso ao Sumário

De resto, descabe a discussão do mérito da causa nos estreitos limites do *habeas corpus*.

Assim, por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal que possa estar a sofrer o paciente, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Diante do exposto, DENEGA-SE A ORDEM.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2221333-58.2021.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é paciente RENAN JULIO DO CARMO e Impetrante JULIANO VALERIO DE MATOS MARIANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Conheceram em parte e na parte conhecida, denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.104)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 19 de outubro de 2021.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: ***HABEAS CORPUS*** **– ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06 – INGRESSO EM RESIDÊNCIA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – ILEGALIDADE – INEXISTÊNCIA.**

ALEGAÇÃO DE QUE É MERO USUÁRIO DE DROGAS – CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – VIA INADEQUADA.

REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR.

RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020 DO CNJ – SOLTURA – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RISCO À SAÚDE DO PACIENTE.

ALEGAÇÃO DE QUE É PAI DE UMA CRIANÇA – HIPÓTESE EM QUE AO SER OUVIDO ADMI-

Acesso ao Sumário

NISTRATIVAMENTE, AFIRMOU QUE NÃO É PAI DE FILHOS MENORES DE DEZOITO ANOS DE IDADE.

ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA.

VOTO

O advogado Juliano Valerio de Matos Mariano impetra o presente *habeas corpus*, *com pedido de liminar*, alegando RENAN JULIO DO CARMO que sofre constrangimento ilegal por parte do Meritíssimo Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de JALES que, nos autos da Ação Penal nº 1500203-97.2021.8.26.0632, em que se viu denunciado por infração ao artigo 33, da Lei nº 11.343/06, converteu sua prisão em flagrante em preventiva.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente teve sua residência revistada por policiais militares sem a devida ordem judicial.

Sustenta, ainda, que se trata de réu portador de bons antecedentes, que é mero usuário de drogas, apresentando-se suficiente a fixação de medidas cautelares diversas da prisão.

Afirma, outrossim, que o paciente tem uma filha pequena e que cometeu o crime de que tratam estes autos, pois está desempregado.

Finalmente, pede a soltura do paciente pelo risco de contaminação pelo "coronavírus".

Postula a concessão da ordem, para que sua prisão seja relaxada ou que lhe seja concedida liberdade provisória sem ou com a fixação de medidas cautelares diversas da prisão.

A liminar foi indeferida.

Prestadas as informações pelo Juízo apontado como autoridade coatora, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou- se pela denegação da ordem.

É o relatório.

O paciente RENAN JULIO DO CARMO foi denunciado porque no dia 20 de agosto de 2021, por volta das 20:20 horas, na Rua Investigador Marcelo Reges Reame, nº 259, Cidade e Comarca de Jales, guardava e mantinha, para fins de tráfico, **34 (trinta e quatro) porções de maconha, pesando 19kg. (dezenove quilos).**

Segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, se aguardava a notificação do paciente para a apresentação de defesa preliminar.

De acordo com informações extraídas dos registros eletrônicos desta Corte, nada foi acrescido aos autos.

Inicialmente, registre-se que o delito que está sendo imputado ao paciente

é permanente e se consuma com a prática de qualquer das condutas descritas no artigo 33, da Lei nº 11.343/06. "In casu", o delito já havia se consumado antes mesmo da ação policial, pois o paciente, em momento anterior, guardava entorpecente em sua residência, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Não bastasse o exposto, perante a autoridade policial, o paciente afirmou que após ter sido indagado por policiais militares sobre a posse de entorpecentes, não permitiu a entrada dos agentes públicos em sua residência, contudo, entregou espontaneamente uma porção de maconha, momento em que lhe foi dada voz de prisão. Consta, também, que após a entrega do entorpecente, os policiais ingressaram em sua residência e encontraram o restante da droga. Finalmente, consta que admitiu que guardava a droga para terceiro que não quis identificar (fls. 30/31).

Portanto, de rigor o prosseguimento da ação penal.

Já em relação à alegação de que é mero usuário de drogas, a pretensão não pode ser conhecida por esta Corte, pela necessidade de exame detido do conjunto probatório, o que é vedado na angusta via do "habeas corpus".

Quanto à decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva se encontra suficientemente fundamentada, nos seguintes termos (fls. 66/70 dos autos principais):

"(...) Conforme relatado pelos policiais militares que efetuaram o flagrante, estavam eles em patrulhamento de rotina quando receberam de uma pessoa que não quis se identificar, a informação de que o autuado, conhecido nos meios policiais pela prática do tráfico de drogas, estava guardando entorpecentes em sua residência.

De posse dessa informação, os agentes policiais passaram a patrulhar nas imediações da residência de **Renan** quando, em certo momento, avistaram o flagranteado entrando em sua residência com um Chevrolet/Zafira, ocasião em que decidiram parar em frente à casa e indagar o suspeito sobre a droga.

Nesse instante, o autuado disse aos milicianos que tinha uma porção grande de maconha, destinada ao seu consumo, mas não autorizou a entrada deles no local. A polícia informou, ainda, que **Renan** trouxe a droga até o portão e, no momento em que foi indagado sobre a existência de mais droga, negou.

Configurado o flagrante, os milicianos então deram voz de prisão ao indiciado, instante em que este confirmou a existência de mais entorpecentes e franqueou a dos militares em sua residência.

No local, foram encontrados mais de 16 tijolos de maconha inteiros, 18 tijolos menores (aparentando metade dos demais), todos no quatro de **Renan**. Também havia mais uma porção fracionada da droga na cozinha, além de um aparelho de telefone celular e a quantia de R$ 50,00 em seu bolso.

Em solo policial, o flagranteado confirmou que a droga apresentada aos policiais era de sua propriedade e para seu consumo. Não obstante, quanto aos

Acesso ao Sumário

demais entorpecentes, alegou que não eram de sua propriedade, afirmando que fez um "favor" para uma pessoa que não quis dizer o nome. Acrescentou que estava guardando a droga, mas sem receber nada por isso, pois tinha uma dívida com essa pessoa. Por fim, confirmou que o valor apreendido de R$ 50,00 era seu (...).

(...) No mérito, a prisão preventiva revela-se medida adequada e necessária na espécie.

Com sobrevisto, o autuado foi flagrado em sua residência guardando grande quantidade de drogas, isso depois de ser delatado anonimamente por pessoa que noticiou aos policiais que a casa do flagranteado estava sendo utilizada para a prática da narcotraficância.

A expressiva quantidade de droga apreendida somada à delação anônima são fortes indicativos de que o indiciado praticava o tráfico ilícito de entorpecentes em larga escala.

Só por esse cenário flagrancial já se deduz a periculosidade do autuado e, consequentemente, a possibilidade real de que, em liberdade, volte a delinquir (...)."

Às fls. 28/29 consta decisão que indeferiu pedido buscando a revogação da prisão preventiva, pelos mesmos motivos que ensejaram a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

"In casu", observa-se que o paciente está sendo acusado da prática de tráfico de drogas (crime equiparado a hediondo), foi surpreendido na posse de grande quantidade de maconha (19kg.) e admitiu que parte do entorpecente se destinava ao seu consumo e que guardava o restante da droga para terceiro que não quis identificar, circunstâncias que evidenciam periculosidade e justificam sua custódia cautelar.

Quanto ao risco de contaminação pela COVID-19, observa-se que a Recomendação nº 62/2020 do CNJ não determina a libertação automática de presos, mas sim que seja feito um exame pormenorizado da situação de cada sentenciado.

Neste sentido, confira-se decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

"*(...) A crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de libertação de presos, mas, ineludivelmente, não é um passe livre para a liberação de todos, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a não desproteger a coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a não desproteger a coletividade contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados na norma penal (...).*" – (HC nº 567.408/RJ, decisão monocrática proferida pelo Ministro Roge-

Acesso ao Sumário

rio Schietti Cruz, em 20/03/2020).

Observa-se, também, que a Secretaria de Administração Penitenciária, conforme já informou a esta Corte, vem implementando medidas preventivas de higiene e disponibilizando tratamento médico no próprio estabelecimento prisional ou, caso seja necessário, em unidade de saúde pública.

E, "in casu", observa-se que se trata de alegação genérica, em que não foi demonstrado que o paciente integra grupo de risco da COVID-19 ou que o estabelecimento prisional não disponha de condições para assisti-lo em caso de necessidade.

Finalmente, quanto à alegação de que é pai de uma criança, assinala-se que afirmou não ter filhos menores de 18 (dezoito) anos (fls. 30/31).

Portanto, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado pela via do "habeas corpus".

Diante do exposto, conhece-se parcialmente da presente impetração e, nesta parte, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2219714-93.2021.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é impetrante E. Q. DE O. J. e Paciente A. J. S., é impetrado M. DA A. DE V. D. E F. C. A M. DO F. DE S. J. DO R. P.

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 42.929)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 21 de outubro de 2021.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Ameaça, no âmbito doméstico e familiar – Alegada incompetência do Juízo que demandaria profundo exame de matéria fático-probatória, o que é inviável por esta estreita via – Incidência da Lei Maria da Penha, ademais, que não se restringe à relacionamentos pautados pela intimidade e independe de coabitação – Precedentes – Pleito sub-

Acesso ao Sumário

sidiário de revogação das medidas protetivas fixadas em favor da vítima – Impossibilidade – Desnecessidade das medidas que, do mesmo modo, demanda incursão no mérito – Decisão, ademais, que se mostra suficientemente fundamentada, havendo, inclusive, testemunha presencial dos fatos – Constrangimento ilegal inexistente – Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Eudes Quintino de Oliveira Junior, em favor de A.J.S., que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito do Anexo de Violência Doméstica da Comarca de São José do Rio Preto.

Narra que o paciente está sendo acusado da suposta prática de crime de ameaça, no âmbito doméstico e familiar, proferida, em tese, contra sua irmã.

Sustenta, primeiramente, a incompetência do Juízo, pois não restou caracterizada a violência de gênero. Aponta, ademais, que foram fixadas medidas protetivas de urgência em seu desfavor, as quais devem ser revogadas.

Requer, assim, a redistribuição dos autos, com a consequente remessa ao Juizado Especial Criminal e, subsidiariamente, a revogação das medidas protetivas (fls. 01/19).

A liminar foi indeferida à fls. 280/281.

Sobrevindo as informações prestadas pelo MM. Juízo *a quo* (fls. 284/285), a vítima apresentou pedido de habilitação nos autos (fls. 288), o que restou indeferido (fls. 291/292).

Por fim, manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem (fls. 294/300).

Relatei.

O presente *writ* deve ser denegado.

Consta dos autos que, em tese, no dia 19 de janeiro de 2021, por volta das 16h30, na Rua (...) nº (...), na cidade e comarca de São José do Rio Preto, A.J.S. ameaçou de causar mal injusto e grave à sua irmã, G.M.S.

Conforme apurado, o acusado é irmão da vítima, e atualmente estão discutindo judicialmente a divisão da herança do pai falecido e impostos, bem como o desvio de valores da conta da mãe, J.B.S. Na época desses fatos, a vítima seria curadora da mãe, encargo atualmente exercido por A.

No dia dos fatos aqui em questão, A. foi até a Clínica de Odontologia do esposo da vítima e estava tirando fotografias do estabelecimento, bem como dos veículos dela e do marido, quando G., ao presenciar a atitude, foi interpelar o

Acesso ao Sumário

denunciado da razão daquilo. Neste momento, o paciente passou a ameaçá-la dizendo que "*esses processos não ficariam assim*", "*que a vítima tinha muito a perder*", "*que ela tem filho e poderia se arrepender*".

A., apesar de ter negado os fatos, confirmou que esteve no local e fez as fotografias para demonstrar a existência de bens, a fim de juntar nos processos que a irmã, advogando em causa própria, pediu justiça gratuita.

Pois bem.

Em atenta análise dos autos, não se verifica qualquer ilegalidade que autorize a concessão da ordem pretendida.

Primeiramente, importante registrar que esta estreita via não permite análise aprofundada do mérito, o qual será dirimido ao longo da instrução processual.

Nesse sentido, confira-se jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO. COMPETÊNCIA. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA. RELAÇÃO FAMILIAR. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MOTIVAÇÃO DE GÊNERO NA PRÁTICA DO DELITO. FALTA DE RELAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA OU DE INFERIORIDADE. PROFUNDA ANÁLISE DE FATOS E DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.* ***1. A análise das peculiaridades do caso concreto, de modo a se concluir pela incompetência do Juízo a quo ante a não incidência da Lei n. 11.340/2006, demandaria profundo exame de matéria fático-probatória, o que é inviável no âmbito de recurso em habeas corpus.*** *2. Agravo regimental improvido.* (AgRg no RHC 62.681/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016). (g.n.)

E, ainda sobre a alegada incompetência do Juízo, vale ressaltar que a proteção conferida pela Lei Maria da Penha não se restringe a relacionamentos pautados pela intimidade.

A propósito:

> *Habeas corpus – Violência doméstica – Lesão corporal e injúria – Pleito de reconhecimento de incompetência da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher para julgar o feito e de consequente revogação das medidas protetivas aplicadas – Inadmissibilidade – Situação de risco, no âmbito familiar ou doméstico, em que a ofendida é mulher, em regra enseja a incidência da Lei Maria da Penha (Lei n.º11.340/06) – Evidências de que persistem os fundamentos da decisão que decretou as medidas – Constrangimento ilegal inexistente – Ordem denegada*. (TJSP; *Habeas Corpus* Criminal 2138201-06.2021.8.26.0000; Relator: André Carvalho e Silva de Almeida; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Di-

Acesso ao Sumário

reito Criminal; Foro de Campinas - Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher; Data do Julgamento: 26/07/2021; Data de Registro: 26/07/2021).

Habeas Corpus – Violência doméstica – Paciente que teriam praticado estupro contra a filha menor, portadora de debilidade mental, da ex-companheira – Competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processamento do feito – Entendimento – A própria epígrafe da assim denominada Lei Maria da Penha observa cuidar-se de diploma legal dispondo "sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher". Essa proteção especial dispensada pelo legislador não se restringe, portanto, aos relacionamentos familiares que sejam pautados por intimidade, bastando, para tanto, que a conduta passível de ser enquadrada como violência tenha sido praticada no âmbito da unidade doméstica e familiar, e contra a mulher, cuja vulnerabilidade é legalmente presumida. Cumpre apenas destacar, a respeito desse último ponto, a existência de respeitável corrente sustentando, com base na igualdade de gêneros constitucionalmente prevista, até mesmo a extensão da tutela legal a pessoas do sexo masculino, que também estejam em situação vulnerabilidade. Em se tratando, assim, de violência praticada contra mulher que seja ascendente, descendente, ou colateral do agressor, será pois, de rigor a aplicação da Lei n. 11.340/06 e o reconhecimento da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processamento do feito. Habeas Corpus – Decretação fundamentada de medidas protetivas concedidas a vítima de violência doméstica – *Manutenção – Constrangimento ilegal inexistente – Não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por via de habeas corpus, a decretação fundamentada de medidas protetivas concedidas em favor de vítima de crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.* (TJSP; *Habeas Corpus* Criminal 2204034-39.2019.8.26.0000; Relator: Grassi Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro Regional I - Santana - Vara Reg. Norte de Viol. Dom. e Fam. Cont. Mulher; Data do Julgamento: 18/10/2019; Data de Registro: 18/10/2019).

Aliás, a incidência da Lei Maria da Penha independe de coabitação, conforme já decidido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. NULIDADES. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO. VÍCIO SANADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. LAUDO PERICIAL REALIZADO COM BASE EM EXAME PARTICULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. ***I - "A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5.º, inc.***

Acesso ao Sumário

III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação" (CC n. 100.654/MG, Terceira Seção, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 13/5/2009). *II - No que se refere à nulidade da citação, o juízo de origem reconheceu o equívoco em relação à realização da citação por hora certa, anulando o ato e determinando a citação por edital, não se constatando prejuízo para a defesa. III - Ao juiz é dado decretar a prisão preventiva, inclusive de ofício, quando no curso do processo, consoante se depreende da leitura do art. 311, do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal pela ausência de intimação da defesa. IV - Quanto à nulidade do laudo pericial, realizado com base em exame particular, não houve pronunciamento sobre o tema por parte do eg. Tribunal a quo, de modo que não é possível ao Superior Tribunal de Justiça conhecer pela vez primeira de matéria não debatida nas instâncias ordinárias, sob pena de indevida supressão de instância. Recurso ordinário desprovido.* (RHC 51.303/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 18/12/2014). (g.n.)

Ademais, em face da aparente ameaça praticada, em tese, pelo paciente contra sua irmã – havendo, inclusive, testemunha presencial dos fatos (fls. 34) – não há, do que se infere por esta estreita via de *habeas corpus*, constrangimento ilegal a ser reconhecido na decisão impetrada (fls. 255/256), destacando-se a impossibilidade de análise aprofundada do mérito.

A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA E INJÚRIA PRATICADA PELO RECORRENTE CONTRA A ESPOSA DE SEU PAI. MEDIDAS PROTETIVAS. FUNDAMENTAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO. VULNERABILIDADE ÍNSITA À CONDIÇÃO DA MULHER. RECURSO IMPROVIDO. ***1. No caso, o Juízo de origem fundamentou adequada e suficientemente a necessidade de imposição das medidas protetivas impostas em desfavor do recorrente, o que afasta o apontado constrangimento ilegal. 2. A análise da suposta desnecessidade das medidas protetivas demandaria reexame aprofundado do conjunto probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes.*** *3. A Lei n. 11.340/2006, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica praticada contra a mulher, buscando a igualdade substantiva entre os gêneros, fundou-se justamente na indiscutível desproporcionalidade física existente entre os gêneros, no histórico discriminatório e na cultura vigente. Ou seja, a fragilidade da mulher, sua hipossuficiência ou vulnerabilidade, na verdade, são os fundamentos que levaram o legislador a conferir proteção especial à mulher e por isso têm-se como presumidos. (Precedentes do STJ e do STF). 4. A análise das peculiaridades do caso concreto quanto ao fato de haver,*

Acesso ao Sumário

ou não, demonstração da vulnerabilidade da vítima, numa perspectiva de gênero, mais uma vez esbarra na impossibilidade de se examinar o conjunto fático-probatório na via estreita do writ. 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (RHC 92.825/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 29/08/2018). (g.n.)

*Habeas Corpus – Violência doméstica – Ameaça – Revogação das medidas protetivas de urgência – Impossibilidade – **Decisão suficientemente fundamentada, em face da aparente constatação da prática de ameaças em contexto de doméstico e familiar contra a mulher – Pedido que exige aprofundamento da matéria fático-probatória** – Medidas protetivas concedidas, de acordo com a necessidade exigida pela situação de vulnerabilidade da vítima (idosa) – Alegação de constrangimento ilegal não evidenciada Ordem denegada.* (TJSP; *Habeas Corpus* Criminal 2142820-76.2021.8.26.0000; Relatora: Claudia Fonseca Fanucchi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Carapicuíba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 05/08/2021; Data de Registro: 05/08/2021). (g.n.)

Por ora, não existe, portanto, qualquer ilegalidade a ser reconhecida.

Posto isto, **DENEGO** a presente ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2176267-55.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente OSKAR IVAN MOLANO CHAVEZ e Impetrante ROGER AUGUSTO DE CAMPOS CRUZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam a ordem para trancar a ação penal nº1518072-39.2021.8.26.0228, por falta de justa causa. Expedindo-se, de imediato, alvará de soltura clausulado em favor do paciente. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.576)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente) e BUENO DE CAMARGO.

São Paulo, 22 de outubro de 2021.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Corrupção ativa – Prisão para averiguação – Inconstitucionalidade – Tran-

camento da ação penal – Ordem concedida, *ex officio* – Expedição de alvará de soltura clausulado determinada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Roger Augusto de Campos Cruz, advogado, em favor de **OSKAR IVAN MOLANO CHAVEZ**, autuado em flagrante delito por infração ao artigo 333, do Código Penal, sob alegação de estar sofrendo ilegal constrangimento por parte do Juízo de Direito do Plantão Judiciário da Comarca da Capital.

Em resumo, pretende, liminarmente, a concessão da liberdade provisória ao paciente, expedindo-se o respectivo alvará de soltura em seu favor, aplicando-se alguma das medidas cautelares diversas do cárcere, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Argumenta no sentido de que a prisão em flagrante estaria eivada de nulidade, porquanto ausentes quaisquer indícios de autoria e materialidade delitivas.

Sustenta, também, que a cópia do boletim de ocorrência (fls. 06/08 dos autos principais), encontra-se em branco, fato este que impediu a plena realização da defesa.

Aduz, ainda, que não estão presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, sendo inidôneo o fundamento adotado pelo MM. Juiz *a quo* para a conversão da prisão em flagrante do paciente em preventiva, na medida em que baseada na gravidade abstrata do delito.

Alega, por fim, que o paciente possui ocupação lícita e residência fixa, além de ter família constituída na cidade, o que denota não ter a intenção de se furtar à aplicação da lei penal, fazendo jus, portanto, à aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Indeferida a liminar (fls. 84/86), foram prestadas as informações (fls. 89/90), tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pela concessão da ordem (fls. 93/97).

É o relatório.

A ordem deve ser concedida, *ex officio*.

Primeiramente, cumpre consignar que, diferentemente do sustentado pelo nobre impetrante, o boletim de ocorrência consta nas fls. 10/12 dos autos principais transcreve de maneira minuciosa os acontecimentos.

Segundo as peças que instruem o presente procedimento, o paciente foi denunciado como incurso no artigo 333 do Código Penal, porque, em tese, no dia 27 de julho de 2021, por volta das 15h30min, **na carceragem do 16º Distrito Policial**, localizado na Avenida Onze de Junho, nº 89, ofereceu vantagem

Acesso ao Sumário

indevida ao policial civil Eduardo Araújo Gentile, para determiná-lo a praticar ato de ofício consistente em sua soltura.

Segundo consta na exordial acusatória, o paciente teria comparecido a uma unidade do "Grupo Notre Dame Intermédica", ocasião em que foi reconhecido pela equipe de segurança do estabelecimento como indivíduo que havia praticado diversos furtos em datas anteriores.

Assim, acionaram a polícia civil que o encaminhou à Delegacia, ocasião em que foi recolhido à carceragem.

Ocorre que, supostamente, Oskar passou a **bater nas grades** e chamar o policial civil Eduardo Araújo Gentiel. Quando o agente estatal perguntou o que ele queria, o paciente disse: "vamos conversar" e fez gestos de contagem de nota em espécie.

Em seguida, Eduardo pediu que seu colega de farda, Lucas Martins do Amaral, permanecesse na antessala da carceragem enquanto conversava com o paciente. Neste momento, ele lhe ofereceu "**trinta mil reais para me liberar" de uma prisão aparentemente ilegal** e pediu o seu aparelho celular para telefonar a terceiros (cf. fls. 01d/04d).

Como muito bem mencionado pelo E. Procurador de Justiça Álvaro Busana, em seu parecer, o cerne da questão encontra-se na prisão para averiguação.

Pois bem.

O paciente encontrava-se na unidade do "Grupo Notre Dame Intermédica", quando a polícia foi acionada pelos seguranças do local que teriam o reconhecido como autor de crimes de furtos. Assim, ao chegarem ao local, aparentemente sem oposição, o paciente concordou em ir até a 16ª Delegacia de Polícia de São Paulo a fim de prestar esclarecimentos.

Sem situação de flagrante delito e sem ordem judicial foi, contudo, recolhido à carceragem da supramencionada unidade policial, onde teria se rebelado e supostamente praticado o crime de corrupção.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXI, preceitua que somente é possível a prisão em decorrência de flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

Acesso ao Sumário

De igual modo, a Lei 12.403/11, norma infraconstitucional, ao dar redação atual ao artigo 283 do Código de Processo Penal determina que "*ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso de investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva*.".

Leciona o E. Des. Guilherme de Souza Nucci, em seu Código de Processo Penal Comentado (10º, pag. 609) que a prisão por averiguação é um procedi-

mento policial desgastado pelo tempo e que foi sepultado desde a vigência da Constituição Federal de 1988.

A propósito: "É ilegal e inconstitucional a prisão para averiguações, constituindo abuso de autoridade, por mais que se queira justificar a sua aplicabilidade na repressão preventiva ao crime" (TJSP, RT 425/352).

Desse modo, correta a conclusão do E. Procurador de Justiça ao propor o trancamento da ação penal nº 1518072-39.2021.8.26.0228 por falta de justa causa.

Assim sendo, e nestes termos, concede-se a ordem para trancar a ação penal nº1518072-39.2021.8.26.0228, por falta de justa causa.

Expeça-se, de imediato, alvará de soltura clausulado em favor do paciente.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2194787-63.2021.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é impetrante A. R. DE O., são impetrados M. J. DE D. DA V. DO J. E. C. E C. DE I. e C. R. DE I.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: NÃO CONHECERAM DO MANDADO DE SEGURANÇA. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.885)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 2 de setembro de 2021.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: "Mandado de Segurança" – Calúnia – Autoridades coatoras integrantes do Juizado Especial Criminal – Incompetência deste E. Tribunal de Justiça à análise do feito – Inteligência da Súmula 376 do STJ, da LC n. 851/1998 e da jurisprudência deste E. TJSP – Eventual ilegalidade a ser sanada pelo Colégio Recursal – Ordem não conhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por A.R.O., alegando violação a direito líquido e certo por parte do "Colégio Recursal de Itapetininga", do "Juizado Especial Criminal de Itapetininga" e do MM. Juiz Dr. Roberto Brandão Galvão Filho.

Alega, em síntese, que houve erro na publicação realizada no Diário Eletrônico de Justiça em 30 de abril de 2021, quando constou tratar-se de "apelação criminal", muito embora se tratasse de agravo interno.

Afirma que em virtude do erro supracitado, restou impossibilitado de interpor os recursos cabíveis à hipótese, com o subsequente trânsito em julgado da decisão desfavorável à sua pretensão.

Pleiteia, portanto, a concessão da segurança, para que seja desconstituído o trânsito em julgado da decisão, com a restituição do prazo recursal nos autos da Ação Penal n. 1007865-02.2018.8.26.0269. Busca, como medida liminar, a suspensão do trâmite processual.

Prescinde-se das informações por parte das autoridades apontadas como coatoras, bem como do respeitável parecer da d. Procuradoria de Justiça.

Remeto os autos a julgamento, para exame do juízo de admissibilidade da ação constitucional, prejudicada a análise do pleito liminar.

É o relatório.

Extrai-se dos documentos acostados aos autos e da consulta ao feito de origem que o ora impetrante é réu em ação penal privada iniciada após a apresentação de queixa-crime por R.N.R., que lhe imputou a prática do crime de calúnia.

Após a infrutífera tentativa de conciliação, em 26 de setembro de 2019, o MM. Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal de Itapetininga proferiu sentença em desfavor do impetrante, condenando-o à pena de 06 meses de detenção, em regime inicial aberto, e 30 dias-multa em seu mínimo unitário, por infração ao disposto no artigo 138 do Código Penal.

Acesso ao Sumário

E interposta a apelação pelo impetrante, a Turma Criminal do Colégio Recursal de Itapetininga negou provimento ao recurso.

Inconformado, o impetrante interpôs recurso extraordinário, cujo seguimento foi negado em decisão monocrática proferida pelo Juiz Presidente do Colégio Recursal.

Por derradeiro, o impetrante interpôs agravo interno em face da referida decisão denegatória, mas esta foi mantida pela Turma Criminal.

Desde então, o impetrante tem interposto sucessivos recursos, alegando erros materiais nos extratos da decisão disponibilizados no Diário Eletrônico de

Justiça, os quais representariam cerceamento ao seu direito de defesa. Em outras oportunidades, sustentou a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e a perempção.

É inquestionável, pois, que a controvérsia se cinge à ato ilegal supostamente praticado pelo Juizado Especial Criminal da Comarca de Itapetininga, de sorte que a competência para a análise do "Mandado de Segurança" não é deste E. Tribunal de Justiça, mas sim, do próprio Colégio Recursal.

Neste sentido, dispõe a Súmula n. 376 do Superior Tribunal de Justiça, que possui a seguinte redação "*Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial*".

Outrossim, tal competência é prevista no artigo 14 da Lei Complementar n. 851 de 1998, do Estado de São Paulo, e no item 70, alínea "f", do Provimento n. 1.670 de 2009, do Conselho Superior da Magistratura, bem como na jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça.

> *Agravo Regimental. Pleito originário ajuizado como embargos de declaração. Não cabimento de embargos de declaração contra decisão monocrática de Relator. Recurso recebido como Agravo Regimental, nos termos do art. 253 do Regimento Interno deste E. Sodalício, e art. 579 do CPP. Alegação de omissão na decisão monocrática que não conheceu do mandado de segurança impetrado pelo embargante. Inocorrência. Nítido Caráter infringente. A mera leitura da decisão embargada já é suficiente para identificar os motivos que levaram ao não conhecimento da impetração, seja pelo entendimento sedimentado na jurisprudência de que compete à Turma Recursal o julgamento de mandado de segurança contra os seus próprios atos, seja por constituir erro crasso a impetração de mandado de segurança para a finalidade apontada no recurso. Oposição de embargos de declaração que não é considerada a via própria para se discutir divergências jurisprudenciais com outros julgados. Embargante que almeja, na verdade, a reapreciação de questão já exaustivamente analisada, o que não se admite. Agravo regimental que se nega provimento.*
>
> (TJSP; Embargos de Declaração Criminal 2142092-35.2021.8.26.0000; Relator: Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Atibaia - Vara do Juizado Especial Cível e Criminal; Data do Julgamento: 12/07/2021; Data de Registro: 12/07/2021).
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. Impetração contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo. Competência originária do respectivo Colégio Recursal. Provimento nº 2.203/2014 do CSM. Entendimento jurisprudencial consolidado nos tribunais superiores e nesta Corte. Incompetência reconhecida, com determinação de remessa dos autos ao Colégio Recursal da Capital.*
>
> (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2286268-44.2020.8.26.0000; Rela-

Acesso ao Sumário

tor: Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/12/2020; Data de Registro: 09/12/2020).

Destarte, não se conhece da impetração, por absoluta incompetência deste E. Tribunal de Justiça.

Por fim, deixo de remeter o feito ao Colégio Recursal porque, de acordo com as informações acostadas aos autos, as pretensões do impetrante já foram apreciadas naquela instância em diversas oportunidades.

ASSIM, PELO MEU VOTO, NÃO CONHEÇO DO MANDADO DE SEGURANÇA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2192839-86.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PRAIA GRANDE – SP.

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: "convalidaram a liminar anteriormente deferida e CONCEDERAM A SEGURANÇA postulada pelo Ministério Público para o fim afastar o prazo das medidas protetivas já outorgadas, devendo perdurar enquanto persistir situação de risco para a ofendida e sua família. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 26.772)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 14 de setembro de 2021.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de segurança – Insurgência em face da fixação de prazo certo para medidas protetivas de urgência, deferidas em caso envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher – Período de duração exíguo e desacompanhado de justificativa que demonstrasse o prognóstico do término do estado de perigo para a vítima – Providências que devem

perdurar enquanto persistente a situação de risco – Reconhecimento – Decisão cassada – Segurança concedida.

VOTO

Vistos...

Cuida-se de mandado de segurança, impetrado pelo Ministério Público, visando obter a concessão de liminar para que se arrede a fixação de prazo certo para a cessação das medidas protetivas deferidas em favor da vítima R.A.L. em face de J.C.Q.

O pedido de liminar foi deferido (fls. 57/59).

Prestadas as informações judiciais, que noticiaram a intimação do acusado acerca da presente impetração (fls. 63/66), a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança (fls. 69/71).

É o relatório.

A segurança deve ser concedida.

Os autos evidenciam que R.A.L. e J.C.Q. tiveram breve relacionamento, encerrado em razão do ciúme excessivo deste, e que no último dia 31 de julho, não se conformando com o término, o ofensor teria proferido xingamentos e tentado jogar o carro contra a vítima, além de agredi-la, o que somente não teria ocorrido por contenção de populares.

O caso circunda, em face disso, pedido de medidas protetivas de urgência, formulado pela ofendida em face do ofensor, que foi judicialmente deferido para a proibição de contato pessoal, por qualquer meio, e de aproximação, com o distanciamento mínimo de cem metros, pelo prazo de validade de trinta dias (fls. 44).

Pois bem.

Malgrado seja inviável estabelecer um prazo de duração das medidas de proteção, não se pode perder de vista, noutra vertente, a sua indiscutível provisoriedade de sua natureza e o cabimento do exame contemporâneo de sua imprescindibilidade, sobretudo porque a providência envolve restrição a direitos fundamentais.

O que se quer dizer é que, embora indeterminada, a vigência das medidas protetivas de urgência não pode escapar a juízo de necessidade, adequação e razoabilidade, voltado para as peculiaridades de cada hipótese.

Contudo, no caso em discussão, o estabelecimento de período de duração – exíguo, frise-se – não veio acompanhado de justificativa que demonstrasse o prognóstico do término do estado de perigo para a vítima no lapso de trinta dias originariamente fixados e que deve, pois, ser afastado, ao menos até que reste

Acesso ao Sumário

suficientemente evidenciada a sua desnecessidade.

Urge destacar, pela relevância, que não são poucas as notícias da repetição criminosa em situações abrangendo violência doméstica e familiar contra mulher, com resultados mais gravosos e até funestos, que bem poderiam ter sido evitados, acaso não desprezados os primeiros sinais de alerta.

Hipóteses como a dos autos impõem maior acuidade e recomendam o reforço das medidas de prevenção e proteção.

Aliás, o Excelso Supremo Tribunal Federal, em respeito ao vetor hermenêutico indicado na ADC nº 19 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 28.04.2014), entendeu que se deve emprestar o maior alcance possível à legislação tendente a coibir a violência doméstica e familiar, como forma de evitar retrocessos sociais e institucionais na proteção das vítimas, avanço conquistado de modo árduo, na luta pela superação do sofrimento da mulher, muitas vezes experimentado em silêncio – no recôndito do lar, do seio familiar e da alma, agredida exatamente por aquele com quem divide o "teto" e dedica o afeto (1ª Turma, HC nº 137.888/MS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 20.02.2018).

Restou decidido no referido julgamento que o sistema protetivo da Lei nº 11.340/2006 – de nítida índole constitucional e fortemente amparado em diplomas internacionais – evidencia o consciente recrudescimento no trato da questão, de modo a emprestar-lhe concretude efetiva e a retirar da violência de gênero a rubrica – social e institucional – que lhe é totalmente inadequada, mas infelizmente arraigada na cultura brasileira.

Nesse contexto, a temporaneidade aqui impugnada não pode mesmo subsistir.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei nº 12.016/09.

Ante o exposto, convalidando a liminar anteriormente deferida, **CONCEDO A SEGURANÇA** postulada pelo Ministério Público para o fim afastar o prazo das medidas protetivas já outorgadas, devendo perdurar enquanto persistir situação de risco para a ofendida e sua família.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2182129-07.2021.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é impetrante MONICA MARQUES PARINOS, é impetrado EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SANTOS - SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a segurança. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.300)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Pedido de Prisão preventiva por descumprimento de medida protetiva. Inexistência de violação a direito líquido e certo. Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **MONICA MARQUES PARINOS** postulando que seja reconhecida a existência de violação a direito líquido e certo contra ato do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara das Execuções Criminais, da Comarca de Santos, que indeferiu o pedido de decretação da prisão preventiva do acusado, após a comprovação de descumprimento de medida protetiva. Objetiva a concessão da segurança para que seja decretada a prisão preventiva do investigado, ou, então, reforçar as cautelares diversas com imposição de tornozeleira eletrônica e recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folgas; (fls. 01/08)

Indeferida a liminar (fls. 62), foram prestadas as informações de praxe (fls. 65/67), tendo a Procuradoria Geral de Justiça opinado pela denegação da segurança (fls. 70/74).

É o relatório.

É caso de denegação da segurança, ante a inexistência de violação direito líquido e certo a ser protegido.

Senão vejamos:

Com efeito, a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, em seu art. 1º, dispõe:

> ***"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."*** (grifei)

Acesso ao Sumário

O art. 5º, inciso LXIX, da Constituição da República é do seguinte teor:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público." (grifei)

Observa-se, pelos textos legais supramencionados, que o requisito obrigatório, para a obtenção do "mandamus" é a existência de direito líquido e certo, por parte do impetrante.

Segundo a jurisprudência, liquidez e certeza tem o seguinte conceito: "***Direito líquido e certo é aquele contra o qual não se permite opor motivos ponderáveis e sim meras e vagas alegações, cuja improcedência se reconhece imediatamente sem necessidade de detido exame***." (Sahid Maluf, in Direito Constitucional, Sugestões Literárias S/A, 8ª Ed., 1974, pág. 431).

No presente caso, é evidente que o impetrante não possui direito líquido e certo a ser preservado.

Nota-se que o direito que a impetrante alega é ilíquido e incerto, pois padece sobre ele controvérsia, desse modo, o que ele alega não é amparado por Mandado de Segurança, ou seja, não restou configurado direito líquido e certo pra ser protegido pelo "*mandamus*".

Como bem observado pelo ilustre parecer da PGJ, fica por insuperável a presença de direito líquido e certo a ensejar o decreto de prisão preventiva, ao menos até o momento, e sujeito até mesmo à reavaliação futura, com a conclusão do inquérito policial respectivo, até porque, e como ressalvado na decisão questionada – entendo que não há evidências da prática de delito que justifique a necessidade da medida extrema – o que recomendo que se aguarde a conclusão das investigações.

Ademais, como sabido, a existência de situação de controvérsia e iliquidez quanto aos fatos impede a configuração de situação amparável por via do mandado de segurança, que não admite dilação probatória incidental. Nesse sentido:

"SITUAÇÃO DE CONTROVÉRSIA OBJETIVA E ILIQUIDEZ DOS FATOS. – O exame de situações de fato controvertidas (...) – refoge ao âmbito da via sumaríssima do mandado de segurança, que não admite, ante a natureza especial de que se reveste, a possibilidade de qualquer dilação probatória incidental. Precedentes – Direito líquido e certo: conceito de ordem processual. Noção inconfundível com a de direito material vindicado em sede de mandado de segurança. Doutrina. Precedentes." (MS 24.307/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Desta forma, por não ter o impetrante direito líquido e certo, que o ampa-

re em sua pretensão, a segurança não pode ser concedida.

Ante o exposto, denega-se a segurança.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1004870-86.2020.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é recorrente R.P.G.A., é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.685)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 9 de setembro de 2021.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Decisão denegatória de *Habeas Corpus* Preventivo – Pleito de cultivo domiciliar de "Cannabis sativa L" para o tratamento medicinal do paciente – Descabimento – Não comprovação do alegado estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por R.P.G.A. contra a r. decisão de fls. 328/330, na qual se denegou Ordem de *Habeas Corpus* preventivo, que tinha como objetivo evitar que o paciente fosse preso em flagrante por cultivo, preparo, posse e uso de 10 (dez) exemplares de *Cannabis Sativa L.*

Inconformado, recorre a Defesa do recorrente, reiterando os termos da impetração, aduzindo, em síntese, a ausência de condições financeiras para arcar com os custos da aquisição/importação do medicamento de que necessita; bem como a inexistência de alternativa terapêutica e dos benefícios medicinais da

Acesso ao Sumário

Cannabis Sativa L. (fls. 332/350).

Regularmente processado e contrariado o recurso (fls. 438/432), o MM. Juiz monocrático manteve a decisão recorrida (fls. 444).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do reclamo (fls. 452/458).

O processo foi julgado por sessão permanente e virtual (fls. 460/471), sendo anulado pelos Embargos de Declaração de fls. 483/485.

É o relatório.

2. Segundo se infere dos autos, foi impetrado *Habeas Corpus* preventivo em favor do paciente, ora recorrente, para se evitar que o paciente seja preso em flagrante por cultivo, preparo, posse e uso de dez exemplares de *Cannabis Sativa L.*

Explicou a impetrante – ora advogada – que o paciente é portador das doenças categorizadas no CID10 de denominações: F33 – Transtorno depressivo recorrente; F32 – Episódios depressivos; F41.1- Ansiedade generalizada; F90.0 – Transtorno do déficit de atenção e hiperatividade. Por conta disso, fez uso de diversos medicamentos convencionais, entretanto, somente apresentou melhora dos sintomas com o uso da *Cannabis Sativa L.*, quando se submeteu a tratamento na Califórnia/EUA.

Ocorre que, devido ao elevado custo da importação do medicamento e considerando que não possuiu condições financeiras, fabricou o seu próprio extrato terapêutico, vista a inexigibilidade de conduta diversa.

Assim, o paciente vem cultivando em casa quatro plantas de *Cannabis Sativa L*. de cepas ricas em CBD com THC, sendo que após seu estágio de floração, em aproximadamente 60 dias, é extraído o óleo rico em *canabinóides.*

Entretanto, para que seja possível a plena continuidade de seu tratamento e o paciente seja autossuficiente na produção de sua terapia, mostra-se necessária a realização, sem temor de apreensões, inquéritos ou processos penais, o cultivo de até 10 plantas por ciclo vegetal.

Acesso ao Sumário

Acrescentou que pelos laudos médicos juntados aos autos, a Cannabis Sativa L. é o único tratamento eficaz, desde que realizado de maneira continua pelo paciente, gerando grande estabilidade de seu quadro clínico o que lhe possibilita, a inserção no meio social e o mínimo de dignidade para se viver.

E, muito embora tenha conhecimento que o Poder Público, de forma gratuita, tenha obrigação de fornecer medicamentos excepcionais para pessoas que não possam arcar com as despesas decorrentes de tratamento, indispensáveis à vida, não tinha a intenção de sobrecarregar o Estado com pedidos para o fornecimento compulsório de medicamentos, de valores absurdos pelo SUS (Sistema Único de Saúde), mormente face ao momento da pandemia de COVID-19 que

o Brasil e grande parte das nações enfrentam.

Aduz ainda que a Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 2º, parágrafo único, traz uma hipótese de permissão para plantio, visando exclusivamente fins medicinais, mediante autorização da União, através do Ministério da Saúde da ANVISA.

Todavia, declarou que, até o presente momento, a ANVISA não regulamentou o tema, não havendo ainda no Brasil qualquer autorização administrativa deste órgão, que pudesse viabilizar o direito dos pacientes, havendo apenas uma regulamentação sobre importação de medicamentos com custo altíssimo.

Asseverou que em 2017, através da RDC nº 156, houve a inclusão da *Cannabis Sativa* na lista de Plantas Medicinais da Denominações Comuns Brasileiras – DCB e, somente em 2019, com a RDC nº 327 foi regulamentada as condições e procedimentos para a concessão da autorização sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelecido os requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de *Cannabis* para fins medicinais de uso humano.

Diante disso, se cadastrou junto a Anvisa, sendo autorizada a importação do medicamento (fls. doc. 09). Entretanto, se fosse realizada a importação, seria necessário esperar por um tempo considerável, além do custo extremamente alto, ressaltando que, hoje, a condição financeira do paciente não permite custear o valor.

Alega ainda que, os entraves financeiros e burocráticos não devem sujeitar o paciente a desconfortos físicos, bem como impor empecilhos na concessão da ordem de salvo-conduto, ante a comprovada melhora na saúde e na qualidade de vida.

Por fim, explanou e ilustrou a facilidade e simplicidade do processo básico de extração do óleo.

Pois bem.

Em que pesem as alegações da Defesa, a denegação da ordem era medida de rigor, eis que não demonstrado o alegado estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa.

Explico.

Com efeito, segundo a nota técnica n. 176/2021 expedida pelo Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NAT-Jus, após quesitos formulados pelo Magistrado, quais sejam: *"... confirmação da veracidade do documento de autorização da ANVISA e viabilidade do cultivo para extração do óleo em substituição ao medicamento importado.*

A ANVISA autoriza a importação de produtos derivados da Cannabis através de uma "autorização de importação".

Acesso ao Sumário

É possível fazer extração do óleo de forma caseira, mas o produto final irá apresentar um grau de impureza e variação da quantidade de princípios ativos que torna o seu uso medicinal pouco confiável" (fls. 140), apresentou a seguinte discussão e conclusão:

"*O Canabidiol é um óleo extraído da maconha que apresenta algumas propriedades medicinais. Notadamente o controle de epilepsias de difícil controle. Existem algumas pesquisas mostrando resultados benéficos, mas ainda iniciais, em transtorno do espectro autista. Em pacientes com transtornos ansiosos, transtornos depressivos e transtorno de déficit de atenção e hiperatividade (TDAH) os dados são menos conclusivos, com resultados pouco animadores e preliminares, necessitando de mais pesquisas para poder afirmar o seu real benefício*" (fls. 141).

Concluindo que: "*Não deve ser concedido o pedido. A escassez de dados científicos robustos que justifiquem o uso do canabidiol nas doenças apresentadas pelo paciente, associado ao fato de que o paciente não pretende importar a medicação, mas sim cultivar para extrair artesanalmente, são motivos que justificam a negativa*" (fls. 141).

Ademais, como bem ponderado pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Caraguatatuba, "*... são outros os motivos que justificam a denegação da ordem.*

É consabido que a *Cannabis sativa é a droga de maior circulação no tráfico ilícito de entorpecentes no nosso país, conforme dados publicados pela Fundação Oswaldo Cruz (2017).*

Nesse sentido, o cultivo de planta considerada ilícita deve ser meio excepcionalíssimo para viabilização de tratamento de saúde, notadamente no caso da Cannabis sativa, causadora de gravíssimos danos à saúde pública e à economia.

A respeito da produção do medicamento por meios próprios, nosso E. Tribunal de Justiça já salientou que:

(...) ainda que a produção artesanal do óleo de canabidiol represente melhor custo-benefício e até mesmo melhor qualidade da substância (produzida de forma orgânica, sem adição de conservantes), não se pode ignorar que a produção de medicamento exige expertise e controle sanitário, tal como se verifica com relação à produção de qualquer medicamento fitoterápico, mesmo porque não descartados os riscos relacionados ao uso do produto em alta concentração, verbi gratia" (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2077688-09.2020.8.26.0000; Relator: Farto Salles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - DIPO 3 - Seção 3.1.1; Data do Julgamento: 04/05/2020; Data de Registro: 04/05/2020).

O referido posicionamento se coaduna com a Nota Técnica 176/2020

Acesso ao Sumário

NAT-JUS/SP, às fls. 140/142, da qual se pode inferir que, embora seja possível a extração do óleo de forma caseira, o produto final irá apresentar um grau de impureza e variação da quantidade de princípios ativos que torna o seu uso medicinal pouco confiável.

Assim sendo, ainda que a impetrante tenha trazido consideráveis estudos a respeito da extração artesanal do óleo da planta Cannabis sativa, ***não fica evidente a equivalência entre produto obtido por meio da extração e o medicamento High Potency Full Spectrum CBD Tincture, receitado ao paciente***" (fls. 329). (grifo meu).

Demais disso, embora não se desconsidere a importância de tal medicamento ao ora recorrente, a alegação de que a importação é inviável, não é motivo justificável para a possibilidade do cultivo doméstico.

Vale ressaltar, decisão recente proferida por esta Câmara no julgamento do *Habeas Corpus* n. 2201903-57.2020.8.26.0000, da qual destaco parte do Acórdão, pertinente ao caso ora apreciado:

"*... Ocorre que, muito embora a possibilidade de autorização do plantio e cultivo de cannabis esteja prevista no ordenamento jurídico pátrio há mais de 40 (quarenta) anos, a questão segue sem regulamentação ou norma específica. A partir da análise das normas acima transcritas, fica claro que a finalidade incriminadora da Lei nº 11.343/06 não busca albergar o cultivo de plantas, das quais possam se extrair drogas, com fim medicinal, na medida em que o bem jurídico tutelado pela respectiva normal penal visa à proteção da saúde pública, não tendo como escopo, portanto, prejudicar, de qualquer forma, a efetivação do direito fundamental à saúde, garantido pela Constituição Federal, como também não era esta a finalidade da revogada Lei de Drogas nº 6.368/76.*

Em verdade, tais normas evidenciam que, há mais de 40 (quarenta) anos mais precisamente desde 22 de novembro de 1976, data em que a Lei nº 6.368/76 entrou em vigor, 30 (trinta) dias após sua publicação em 22 de outubro de 1976, nos termos do seu artigo 47 a União encontra-se em mora para regulamentar tal prática, sendo certo que a ANVISA, enquanto o órgão regulador competente para registrar produtos, substâncias e serviços que podem afetar a saúde da população, detém a competência para complementar a norma penal em branco, por meio de Resolução, porém não o fez até o presente momento.

Não se desconhece, por certo, que a proposta de plantio de cannabis sativa para fins medicinais foi rejeitada pela Diretoria Colegiada da ANVISA, a qual, após consulta pública, por meio da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 327, de 09 de dezembro de 2019, autorizou apenas a fabricação e a importação de produtos de Cannabis, excluindo, assim, a regulamentação do plantio do respectivo vegetal.

Não se pode olvidar, todavia, que a própria ANVISA editou normativas

Acesso ao Sumário

autorizando a importação de medicamentos à base da referida planta para fins de tratamento de saúde, mas verificando a extensa documentação encartada pelo impetrante, não se encontrou em nenhum deles, a expressa autorização da ANVISA, sendo encartado apenas, formulário para importação e uso bem como vasta documentação médica,

Ademais, no caso em apreço, é incontroverso que o paciente possui a enfermidade declarada, mas o paciente ainda, não comprovou ter tentado a aquisição por meios próprios, dos medicamentos produzidos pela Associação Abrace Esperança, única autorizada à produção medicinal da Cannabis no Brasil, e tampouco se valer do Sistema Único de Saúde para a obtenção de referidos medicamentos.

Bem por isso, embora aqui nem seja o momento para essa discussão, não há que se falar, repita-se, em estado de necessidade e ou inexigibilidade de conduta diversa (teses que só comportariam tempestiva análise, em meio a um processo-crime existente), porquanto existe o medicamento industrializado e forma legal de se obtê-lo, ainda que pela via judicial, mas não pela via de autorização criminal, para que o paciente possa infringir legislação penal federal, plantando pés de maconha, visando, de forma caseira e particular, produção do mencionado óleo.

Despiciendo dizer que também não haveria, em caso de deferimento, forma eficaz de se proceder ao controle e fiscalização do almejado plantio, do que seria efetivamente produzido, que quantidade de óleo se conseguiria obter, uma vez que, do que sobraria, poderia haver desvio de finalidade, seja para eventual utilização da planta, visando preparo de substância entorpecente, para uso próprio e, quiçá, para fins de ilícito comércio.

O julgador sempre deve ter cautela, com reflexos de decisões judiciais, mormente para casos futuros, abrangendo indistinto número de pessoas.

Nesta esfera de competência criminal, de contornos legais estritos e com escopo bem definido, como já referido, verifico não ser o caso de um particular poder plantar pés de maconha - e se noticia que já planta (e isto configura, em tese, infração penal grave), ainda que para, de forma caseira e artesanal, conseguir produzir predito óleo, tido como eficaz em determinado tratamento de sua enfermidade.

O medicamento industrializado existe.

O plantio de pés de maconha, não estão, neste momento, acobertados por excludentes de ilicitude. Não se podendo autorizar seja infringida Lei Antitóxica, autorizando plantio (ou sua continuidade) de pés de maconha, atuando como legislador, substituindo o ente federal (vide art. 2°, parágrafo único, cc. o art. 31, da Lei Antitóxica) e contemplando interesses, por mais nobres que possam ser, de particular, ao arrepio de normas legais penais vigentes, expe-

Acesso ao Sumário

dindo perigosa autorização e salvo-conduto, para que pés de maconha sejam plantados ou continuem a ser cultivados, visando produção caseira, particular e artesanal, de medicamento para determinado tratamento".

Ademais, registro que o recorrente declarou na parte final do recurso que: "*Diante da excepcionalíssima e indeclinável necessidade do Paciente, ora Recorrente, perfaz esclarecer ao Juízo que será perquirida a Ação de Custeio de medicamentos ou a Ação de Obrigação de fazer, via Fazenda Pública* (fls. 349).

Com efeito, essa seria a melhor solução, considerando que o paciente receberia remédio de controle de qualidade rigorosa, o que não é garantido com a produção artesanal do óleo de *canabidiol*.

Assim, não restando evidenciado o acenado estado de necessidade, a denegação do *Habeas Corpus*, como bem lançada pelo Magistrado de piso, era mesmo medida de rigor.

3. Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0015571-26.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido B.A.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso para receber a denúncia oferecida contra B.A.S. quanto ao crime previsto no art. 2º, da Lei nº 12.850/13, prosseguindo-se a ação penal nos seus ulteriores termos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.192)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), MARIA TEREZA DO AMARAL e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito – Denúncia – Preenchimento dos requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal – Materialidade demonstrada e suficientes indícios de autoria – Rejeição – Não cabimento – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

B.A.S., qualificado nos autos, foi denunciado perante o juízo da 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de São Paulo, apontado como incurso no art. 241-A, *caput* (por quatro vezes), art. 241-B, *caput* (por seis vezes) e art. 241-C, parágrafo único, todos da Lei nº 8.069/90, art. 20, § 1º (por quatro vezes), da Lei nº 7.716/89, art. 20, *caput* e § 2º (por duas vezes), da mesma lei, c.c. a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal na ADO 26/DF e art. 1º, § 1º, c.c. art. 2º, *caput*, ambos da Lei nº 12.850/2013.

Segundo a inicial, foi instaurado procedimento investigatório criminal para apurar a atuação de organização criminosa virtual, denominada "Dogolachan", com atuação na ***darkweb*** e voltada para a prática de crimes de ódio, discriminação e preconceito, contra mulheres, judeus, gays e negros, além de homicídios, havendo ligação com o massacre de Suzano. Testemunhas teriam apontado o acusado B.A.S., vulgo "C." ou "M.C.", como integrante do "Dogolachan", atuante na cidade de Franca. Realizada busca e apreensão, teria sido confirmado que o acusado B. integrava o "Dogolachan" e que era administrador de grupos do ***WhatsApp*** relacionados à organização, dedicando-se à prática dos crimes acima indicados.

Acontece que a ilustre Magistrada Dra. Márcia Mayumi Okoda Oshiro rejeitou a denúncia quanto ao crime previsto no art. 2º, da Lei nº 12.850/13, por inépcia, com fundamento no art. 395, inciso I, do Código de Processo Penal, entendendo que não foram reunidos elementos suficientes o bastante para revelar a existência de estrutura ordenada e a divisão de tarefas de forma estruturada, embora tenha ratificado seu recebimento quanto aos demais delitos (fls. 37/46).

Inconformados recorrem os representantes do Ministério Público buscando a reforma da decisão, para que seja recebida a denúncia em sua integralidade (fls. 7/22).

Recebido o recurso, vieram aos autos as contrarrazões (fls. 24/29) e, mantida a decisão (fls. 3), subiram os autos ao E. Tribunal de Justiça, onde a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo seu provimento (fls. 54/58).

É o relatório.

Cuida-se de recurso em sentido estrito apresentado pelos representantes do Ministério Público contra a r. decisão de fls. 37/46, que rejeitou a denúncia quanto ao crime previsto no art. 2º, da Lei nº 12.850/13, por inépcia, com fundamento no art. 395, inciso I, do Código de Processo Penal, mas ratificou seu recebimento em relação aos demais delitos descritos na inicial acusatória.

Mas, na análise da pretensão deduzida, forçoso concluir que a inicial narra o fato típico com todas as suas circunstâncias e descreve de maneira suficien-

Acesso ao Sumário

te a conduta do acusado, a ponto de possibilitar que se defenda amplamente, de forma que preenche os pressupostos do art. 41, do Código de Processo Penal.

Não bastasse isso, a inicial veio amparada em investigações, onde existem indícios da autoria, razão pela qual não se justificava a rejeição apenas em relação ao crime do art. 2º, da Lei nº 12.850/13.

Até porque, como se sabe, apenas a prova induvidosa e inequívoca a propósito da autoria mal imputada, ou mesmo da nenhuma indicação de que seja o réu o responsável pelo ilícito a que se refere ou, ainda, a clara atipicidade do fato é que justifica a prematura rejeição da ação penal.

Por aqui, o que se vê é que, no procedimento investigatório criminal instaurado para apuração dos fatos foram reunidos elementos mínimos de materialidade e autoria, com os diversos relatórios produzidos pelo Ministério Público e o exame do aparelho celular (fls. 1246/1357 dos autos principais), que apontaram que o recorrido teria organizado o grupo na ***darkweb*** denominado "Dogolachan", por meio do qual promoveria, incitaria e coordenaria o cometimento de crimes de pedofilia, de racismo e de ódio, entre outros, ordenando, recrutando e promovendo terceiros indivíduos ainda não identificados em suas redes de contato com esse objetivo.

A partir daí, na atual fase do processo, então, foram trazidos indícios suficientes de que a organização – que, repita-se, teria sido constituída e integrada por B. – seria composta por indivíduos associados para a prática de crimes graves, havendo aparente hierarquia e divisão de tarefas dentro da estrutura, com administração das postagens feitas nos grupos, recrutamento de novos membros e articulação de planos criminosos.

Ora, esses elementos são mais que suficientes para autorizar o recebimento da denúncia.

Afinal, para configuração do delito, a Lei nº 12.850/2013 estabeleceu no art. 1º, § 1º, que: "***considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional***".

Portanto, como a denúncia descreveu os diversos encargos que seriam exercidos pelo acusado na estrutura da organização criminosa, composta por vários agentes, assim como sua atuação na liderança informal dela, cooptando novos integrantes, exigindo e avaliando provas de capacidade de realizar ataques virtuais pelos aspirantes a membros, inclusive, atuando como proprietário de grupos em redes sociais e aplicativos de troca de mensagens da organização, dirigindo a conduta de outros comparsas, tem- se que esses indícios e elementos

Acesso ao Sumário

são suficientes para recebimento da inicial.

Assim, tendo em vista que a ação penal é o único meio apropriado para decisão que envolva exame e julgamento a propósito do mérito da causa e acusação, o provimento do recurso, para o recebimento da denúncia oferecida contra B.A.S. em sua integralidade é medida que se impõe.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO para receber a denúncia oferecida contra B.A.S. quanto ao crime previsto no art. 2º, da Lei nº 12.850/13, prosseguindo-se a ação penal nos seus ulteriores termos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1007433-19.2020.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente/querelante VALDEK MENEGHIM SILVA, são querelados DIEGO REGINATO OLIVEIRA LEITE, PAULO HENRIQUE SANTOS e RENATO MARCELO ANGELIS e Recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.306)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), JOÃO MORENGHI e PAULO ROSSI.

São Paulo, 28 de setembro de 2021.

VICO MAÑAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Processo penal – recurso em sentido estrito contra rejeição de queixa-crime – prática de supostos crimes contra a honra – notificação extrajudicial de cobrança, com indicação de possível conduta ilícita em caso de não atendimento – uso de linguagem comedida e polida – ausente dolo de ofender – recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Valdek Meneghim

Silva contra a decisão da MMª Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro Regional do Tatuapé, Comarca de São Paulo, que rejeitou, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, queixa-crime oferecida em face de Diego Reginato Oliveira Leite, Paulo Henrique Santos e Renato Marcelo Angelis, por suposta prática dos delitos dos arts. 138, 139 e 140, c.c. art. 141, III, todos do Código Penal.

Inconformado, pretende a reforma da sentença, com o consequente recebimento da inicial, já que presentes todos os requisitos para tanto.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 177/184 e 211/217) e mantida a decisão combatida (fl. 218), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Extrai-se dos autos que Valdek, advogado, alega ter sido contratado pela empresa "Number One Distribuidora de Produtos de Informática" para representar seus interesses em ação de indenização (Autos nº 1045185-70.2002.8.26.0100, da 34ª Vara Cível da Comarca de São Paulo) contra a firma "Van Express Comercial Ltda. (Vaspex)", na qual logrou êxito e obteve o valor de R$ 71.258,00, por ele levantado.

Sustenta, contudo, ter descoberto que a suposta sócia da "Number One" que o procurou era, na verdade, "laranja". Diante disso, Valdek teria ingressado com ação de consignação em pagamento perante a 4ª Vara Cível do Foro Regional do Tatuapé para apurar o verdadeiro beneficiário do montante recebido, que com ele reteve até a resolução da questão.

No entanto, argumenta que vem sendo cobrado e ofendido por Renato Marcelo Angelis, que se declara legítimo procurador da "Number One", e seus advogados Diego Reginato Oliveira Leite e Paulo Henrique Santos, para que o valor seja a eles repassado. Os delitos contra a honra teriam sido veiculados por telegrama enviado pelos três a Valdek, a título de notificação extrajudicial, constante às fls. 20/22.

Por isso, Valdek apresentou queixa-crime pela prática de calúnia, injúria e difamação em face de Renato e de seus defensores. Também registrou boletim de ocorrência, o qual deu origem ao Inquérito Policial nº 1518011-52.2020.8.26.0050, do qual constam as informações aqui narradas (fls. 110/112).

No caderno investigativo, Renato diz que contratou Valdek para defender seus interesses no pleito de indenização contra a "Vaspex". Vencida a causa e depositado o valor pela parte sucumbente, o procurador levantou todo o montante e não o repassou o quanto seria seu de direito. Por isso, Renato procurou os advogados Diego e Paulo, que notificaram extrajudicialmente o querelante para que transferisse a quantia ao cliente, salientando, no telegrama, que a conduta configurava descumprimento de obrigação assumida, violação a dever

Acesso ao Sumário

ético-profissional de advogado e até mesmo o crime de apropriação indébita (fls. 20/22).

Diego confirmou que ele e o então sócio Paulo notificaram extrajudicialmente Valdek e depois ingressaram com ação judicial de cobrança.

Com fulcro no art. 395, III, do CPP, a queixa-crime de Valdek foi rejeitada, em 27.08.2020, por decisão da Juíza da 1ª Vara Criminal do Foro Regional do Tatuapé, Comarca de São Paulo (fls. 146/150).

Correta a decisão.

A causa teve origem na controvérsia surgida sobre a existência ou não do direito de receber o valor ganho em ação indenizatória, reivindicado por Renato e contestado por Valdek. À evidência, a matéria é integralmente adstrita à esfera cível, e é naquele âmbito que deverá ser resolvida. Tanto é assim que, segundo o próprio querelante noticiou no IP, propôs ação de consignação em pagamento do montante demandado.

Logo, se a disputa de fato existe, como ambas as partes reconhecem, nem de longe possível visualizar crime contra a honra, qualquer que seja, no telegrama às fls. 20/22. Corresponde a mera notificação para pagamento do suposto débito, embasada em fatos e veiculada por método adequado, com alerta de que, se não atendida, estaria caracterizado o crime de apropriação indébita, no entendimento dos notificantes. Não há ataques pessoais no escrito, que utilizou de linguagem comedida e polida.

Quem cobra direito de que se supõe credor e indica a possibilidade de configuração de ilícito caso não atendido não age com o propósito de ofender a honra subjetiva ou objetiva do pretenso devedor. Ausente, nesse quadro, o dolo de ofender.

Nessa linha, o julgado trazido à colação pelo Ministério Público em suas contrarrazões (fls. 214/215):

> "JUIZADOS ESPECIAS CRIMINAIS. CRIME DE DIFAMAÇÃO, INJÚRIA OU CALÚNIA (ARTS. 139 E 140 DO CP). INEXISTÊNCIA DE CONDUTA TÍPICA E ANTIJURÍDICA. A COBRANÇA DE DÉBITO, AINDA QUE INDEVIDO, NÃO TIPIFICA OS CRIMES DOS ARTS. 139 E 140 DO CP. INEXISTÊNCIA DO ANIMUS DIFAMANDI E INJURIANDI. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
>
> 1. A cobrança de suposto débito do antigo administrador do condomínio, via notificação extrajudicial, não tipifica o tipo penal dos crimes de Difamação, Injúria ou Calúnia.
>
> 2. Inexiste nos fatos narrados o animus difamandi e injuriandi.
>
> 3. Recurso conhecido e Improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, com Súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 82, § 5º, da Lei 9.099/95." (TJDF, 0156653-

Acesso ao Sumário

41.2012.8.07.0001, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 09.04.2013, rel. Flávio Fernando Almeida da Fonseca).

Por conseguinte, manifesta a ausência de justa causa para a ação penal, consoante o art. 395, III, do CPP.

Frente ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Em Sentido Estrito nº 0001539-26.2021.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é recorrente FÁBIO DE PAULA SOARES, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.350)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 29 de setembro de 2021.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Recurso em Sentido Estrito – Trancamento de Inquérito policial – Imputação de fato que seria, em tese, ilícito penal – Presença de indícios de autoria – Inexistência de prova manifesta de que a conduta seria atípica, não teria sido praticada pelo investigado, ou teria sido perpetrada estando o agente escudado por excludente de ilicitude – Entendimento.

O trancamento do inquérito consiste em medida excepcional. Restando incontroverso que crimes dolosos contra a vida praticados por Policial Militar Estadual, ainda que no exercício de sua função, continuam sendo de competência da Justiça Comum, a ser julgado no Tribunal do Júri, a teor do disposto no art. 5º, XXXVIII, e no art. 125, § 4º, ambos da CF/88, do art. 9º, § 1º, do Código Penal Militar e do art. 82, *caput*, do Código de Processo

Acesso ao Sumário

Penal Militar, não é possível constatar-se, ao menos por ora, se os fatos imputados ao ora recorrente pela autoridade policial são manifestamente atípicos ou não; se teriam sido praticados pelos agentes ou por terceiro; ou se, apesar da autoria ser inquestionável, teria o réu agido amparado por alguma das excludentes legais, razão pela qual, descabe, por ora, trancamento do inquérito policial.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso em sentido estrito, com pedido de antecipação parcial de tutela, interposto por FABIO DE PAULA SOARES, sob o argumento de que não cabe à Polícia Judiciária Civil a investigação de delito contra a vida e dos crimes de desobediência e fraude processual.

O recorrente sustenta, em suma, que, nos termos do § 2º, do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar a investigação para apuração de delito em tese praticado por militar em serviço deverá ser conduzida pela Polícia Judiciária Militar.

A esforçada Defesa busca a reforma da r. sentença, a fim de trancar o inquérito policial, obstando a continuidade das investigações realizadas pela Polícia Civil, além de declarar o DD. Juízo de Direito da Vara do Júri da Comarca de São Bernardo do Campo incompetente para processar e julgar os supostos crimes imputados ao ora recorrente, reconhecendo-se a competência da Justiça Militar Estadual.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a r. decisão impugnada foi mantida (fls. 183), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo seu desprovimento.

Devidamente cumprido o r. despacho de fls. 202, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Segundo se extrai dos autos do inquérito policial n.º 1500145-88.2021.8.26.0537, na madrugada de 17/01/2021, durante um patrulhamento de rotina pela Avenida Fagundes de Oliveira, Município de Diadema, a equipe composta pelos Policiais Militares, Alexandre Furtado Gonçalves e José Vítor Gonçalves Silva, teria percebido que o emplacamento da motocicleta da marca "*Yamaha/Fazer*" estava parcialmente encoberto por um pedaço de papelão, impedindo a completa identificação do veículo para consulta, motivo pelo qual eles teriam se aproximado do condutor para a realização da abordagem.

Acesso ao Sumário

Naquele momento, contudo, o piloto da motocicleta, identificado posteriormente como sendo Dimas Pereira da Costa Júnior, teria desobedecido a ordem de parada e empreendido fuga até a avenida Lucas Nogueira Garcez, já no município de São Bernardo do Campo.

Ao emparelhar o veículo oficial com a motocicleta, Dimas teria retirado da cintura o revólver da marca "*Taurus*", calibre 32, numeração suprimida, momento em que o soldado Furtado teria reagido e disparado o armamento que portava consigo, atingindo a perna esquerda de DIMAS.

Diante das circunstâncias, o DD. Delegado de Polícia do Plantão teria determinado a preservação do local e acionado a perícia. Apurou-se, porém, que, antes mesmo da chegada da perícia e sem qualquer comunicação prévia, o tenente Fábio de Paula Soares e o 1ª sargento Douglas Hebert Kiuaman teriam se dirigido ao cenário dos acontecimentos e apreendido a arma utilizada para a realização de disparos que atingiram Dimas.

A Autoridade Policial teria, então, entrado em contato com os responsáveis pela apreensão do armamento, comunicando que se tratava da prática, em tese, de um crime doloso praticado por um militar contra um civil e, por isso, teria solicitado ao tenente Fábio que apresentasse o armamento.

Um dos funcionários da Polícia Militar teria avisado que o tenente Fábio não compareceria ao Distrito Policial e nem apresentaria o armamento. Nesse contexto, a Autoridade Policial teria entendido que restava caracterizado, em tese, os delitos de fraude processual e de desobediência, indiciando indiretamente o tenente Fábio.

Por primeiro, é importante deixar registrado que o indiciamento nada mais é do que a imputação lançada contra alguém, no âmbito do inquérito policial, da prática de fato que, em tese, constituiria ilícito penal.

A simples circunstância de ser determinado o indiciamento em inquérito policial, não configura motivo para trancar-se o procedimento investigatório, salvo se manifesta a atipicidade do fato em apuração, ou na hipótese de inexistirem indícios ligando a pessoa investigada à autoria do crime, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido, as judiciosas contrarrazões de fls. 180:

> Acerca da alegação de inexistência de crime doloso contra vida, veja-se que tal argumento não guarda pertinência na discussão em questão, pois o que se pretende é o trancamento da investigação visando apurar tais delitos. Ora, não é possível se argumentar que, como não houve crime, desnecessária a investigação, já que eventual conclusão pela inexistência de delito depende justamente do trâmite de procedimento investigatório.

A Jurisprudência é, pois, pacífica, quanto a não configurar o indiciamento

Acesso ao Sumário

em si constrangimento ilegal de qualquer ordem, ao menos se ocorrido antes do recebimento da denúncia, como no caso em análise.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> ***Habeas Corpus* – Indiciamento em inquérito policial – Ausência de constrangimento ilegal**
>
> Havendo elementos que justifiquem o indiciamento em inquérito policial, não procede a alegação de constrangimento ilegal. Ordem denegada.[1]

Concedida parcialmente a ordem de *habeas corpus*, contudo, apenas para cancelar o indiciamento do paciente Fabio de Paula Soares, sem prejuízo de sua renovação se e quando identificados maiores elementos acerca dos indícios de autoria, da materialidade e respectivas circunstâncias dos delitos apurados (fls. 137), passa-se a análise da questão atinente à competência.

Resta incontroverso que crimes dolosos contra a vida praticados por Policial Militar Estadual, ainda que no exercício de sua função, continua sendo de competência da Justiça Comum, a ser julgado no Tribunal do Júri, a teor do disposto no art. 5º, XXXVIII, e no art. 125, § 4º, ambos da CF/88, do art. 9º, § 1º, do Código Penal Militar e do art. 82, *caput*, do Código de Processo Penal Militar.

Quanto ao disposto no art. 82, § 2°, do CPPM, o MM. Juízo *a quo* bem consignou, às fls. 114, que:

> Portanto, atualmente a única interpretação compatível do art. 82, § 2°, do Código de Processo Penal Militar compatível com a Constituição é entender que, caso aberta investigação no âmbito militar por crime aparentemente militar, uma vez constatados indícios, ainda que leves, de que a conduta possa caracterizar crime doloso contra a vida de civil, o inquérito policial militar deverá ser encaminhado imediatamente e no estado em que se encontra para a Justiça Comum.
>
> Veja-se, por outro lado, que somente estará justificada a instauração de investigação militar se houver indícios de crime militar. Havendo indicativos de crime doloso contra a vida de civil (ou de crime comum), não se justificará a instauração de inquérito policial militar, ainda que possa ser reconhecida eventual causa de exclusão da ilicitude no decorrer das investigações.
>
> Nesse sentido, não pode ser aceita a alegação de que a Justiça Militar visava apurar o crime previsto no art. 209 do Código Penal Militar, pois ausente *animus necandi* do policial militar.
>
> Quem deve aferir os elementos informativos e dizer em definitivo se houve ou não dolo ou intenção homicida é a Justiça Comum (grifo nosso). Por consequência, o trabalho de investigação e de polícia judiciária voltado a essa finalidade deve ficar à cargo da Polícia Civil.

Acesso ao Sumário

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 85491. Impetrantes: Adriano Salles Vanni e outros e Pacientes: Yang Yu Tien e Lee Hou Jung. Relator: Ministro Eros Grau. 1ª Turma. votação unânime. Brasília, DF, 14 de junho de 2005. **Revista Trimestral de Jurisprudência.** v. 194, tomo 3, Abr. 1974, p. 967.

De observar-se, ainda, que os crimes de fraude processual e de desobediência cometidos, em tese, pelo tenente Fábio, seriam conexos ao crime contra a vida cometido pelo soldado Furtado contra o civil Dimas.

A atribuição de competência de uma Justiça Especializada, como a Justiça Militar, só se justificaria frente aos bens jurídicos tutelados, ou seja, a hierarquia e a disciplina, além de outros valores afetos ao interesse militar.

Não se desconhece a alteração legislativa introduzida pela Lei n. 13.491/17 que ampliou o conceito de crime militar e dispôs que são crimes militares, em tempo de paz, tanto os crimes do Código Penal Militar como aqueles previstos na legislação penal, desde que presentes quaisquer situações do inciso II do art. 9º daquele diploma legal.

Em uma análise superficial, bastaria, portanto, a condição de Policial Militar em serviço para o crime enquadrar-se na competência da Justiça Militar, independentemente de ter ou não previsão no Código Penal Militar.

Essa interpretação é, entretanto, incompatível com a Constituição Federal de 1988, uma vez que resultaria em verdadeira jurisdição de exceção, sem amparo na finalidade teleológica que orientou a própria criação da Justiça Militar, ou seja, a proteção de bens jurídicos próprios da administração militar.

Essa ampliação do conceito de crime militar foi, inclusive, objeto de impugnação na ADI 5804 (Rel. Min. Gilmar Mendes) que, embora ainda não tenha sido apreciada a liminar ou julgado o mérito da referida ação direta, há parecer do Ministério Público Federal opinando pela inconstitucionalidade da extensão de competência trazida pela Lei 13.941/17.

Assim, adotado por ora, o conceito mais restrito de crime militar, verifica-se que o delito de fraude processual pelo qual o recorrente está sendo indiciado não possui equivalente no Código Penal Militar, tampouco possui correlação com qualquer bem jurídico militar; fica, por isso, excluída a sua natureza militar, tratando-se de investigação a cargo da Polícia Civil.

O crime de desobediência, por sua vez, também atribuído ao recorrente, e que vem previsto no art. 330 do CP, tampouco constitui crime militar, pois não há equivalente a referido tipo penal na legislação castrense, e nem há correlação com qualquer bem jurídico militar.

De observar-se que, para a configuração do art. 301 do CPM seria indispensável que a ordem não atendida fosse proveniente de "autoridade militar", enquanto o art. 330 do CP menciona "a ordem legal de funcionário público".

Sobre o assunto, o i. parecerista oficiante bem pontuou, às fls. 190/192, que:

> Conquanto o recorrente não esteja sendo investigado por envolvimento, em tese, de crime contra a vida, senão pelos delitos de fraude processual e desobediência, diante do teor das razões de recurso, inicialmente,

Acesso ao Sumário

cumpre observar que, nos termos do §4º, do artigo 125, da Constituição Federal, a competência jurisdicional da Justiça Militar Estadual não abrange os crimes dolosos contra a vida, praticados por militares contra civis, ainda que estejam em serviço, texto constitucional reproduzido pelo art. 79-B, da Constituição Estadual, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 21/2006...

[...]

E, como visto, nenhum dos crimes imputados configura crime militar (a) primeiro, pela inexistência de delito de fraude processual no Código Penal Militar; (b) segundo, por não envolver apuração de atos praticados contra o patrimônio sob administração militar ou; (c) terceiro, pela ausência de indícios da prática de ato que possa caracterizar desobediência a ordem legal de autoridade militar (art. 301 do CPM), pelo que, é de todo inviável acolher a tese do recorrente.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive pela sua Terceira Seção, já reconheceu a atribuição da Polícia Civil para instaurar inquérito policial destinado à apuração de crime doloso contra a vida de civil, praticado por policial militar, ainda que no exercício de sua função, reconhecendo, em consequência, a competência da Justiça Comum Estadual para processar crime dessa natureza, observando-se o disposto no art. 9º, do Código de Processo Penal Militar.

[...]

Nessa ordem de ideias não há se falar em remessa dos autos à Polícia Judiciária Militar para condução das investigações em curso perante a Polícia Judiciária Civil ou declarar a incompetência do DD. Juízo de Direito da Vara do Júri da Comarca de São Bernardo do Campo para processar e julgar os supostos crimes imputados ao recorrente.

A competência para o processo e julgamento da imputação dos crimes de fraude processual e de desobediência imputados ao ora recorrente é, portanto, da Justiça Comum.

O trancamento de inquérito policial ou ação penal é, por fim, medida excepcional, somente autorizada em casos nos quais efetivamente fique clara a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade e indícios da autoria ou a ocorrência de alguma causa extintiva da punibilidade, o que não se verificou no caso em análise.

Conquanto se reconheça o esforço da combativa Defesa, não é possível constatar-se, ao menos por ora, se os fatos imputados ao ora recorrente pela d. Autoridade policial são manifestamente atípicos ou não; se teriam sido praticados pelos agentes ou por terceiro; ou se, apesar da autoria ser inquestionável, teria o réu agido amparado por alguma das excludentes legais, razão pela qual, descabe, por ora, trancamento do inquérito policial.

Ante o exposto, reportando-se aos fundamentos acima indicados, nega-se

Acesso ao Sumário

provimento ao recurso interposto em favor de FABIO DE PAULA SOARES, restando mantida a r. sentença recorrida por seus jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0045114-60.2012.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos ALEXANDRE FELICIO e LUIZ FERNANDO GOMES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, para afastar o decreto de extinção da punibilidade, para ambos os réus, nos moldes pleiteados pelo recorrente, prosseguindo-se a execução das penas cominadas. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.429)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente sem voto), AUGUSTO DE SIQUEIRA e MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 4 de outubro de 2021.

MARCELO SEMER, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Prescrição da pretensão executória. Decretada extinção da punibilidade dos réus. Acordão confirmatório da condenação que constitui causa interruptiva da prescrição. Questão afeta ao Tema 788 do STF, ainda não julgado. Entretanto, recente entendimento lançado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 176.473/RR), acolhendo a tese do *parquet*. Precedentes desta C. Câmara e deste E. Tribunal. Ausência de decurso do prazo prescricional entre as causas interruptivas. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a r. sentença de fls. 358/360, que declarou extinta a punibilidade dos réus, pela prescrição da pretensão executória, nos termos do art. 107, IV (1ª parte),

do CP.

Recorre, pleiteando, em resumo, seja afastada a referida extinção, haja vista que, com o advento da Lei 11.596/07, o acórdão confirmatório da sentença condenatória passou a erigir-se como causa interruptiva da prescrição, consoante jurisprudência recente do STF (HC 176.473/RR). Assim, considerando que a sentença condenatória transitou em julgado para o MP em 27/05/2016 e o v. Acórdão que confirmou a condenação foi publicado em 25/10/2019, não teria havido decurso de quatro anos entre uma data e outra, inocorrendo, portanto, a prescrição.

O recurso é tempestivo, tendo sido contrariado (fls. 376/379vº). Mantida a decisão em juízo de retratação (fl. 380).

A PGJ se manifestou pelo provimento do recurso (fls. 385/404).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de recurso em sentido estrito por meio do qual pretende o Ministério Público seja afastada a extinção da punibilidade decretada no bojo dos autos.

Em sentença, consignou-se que *Luiz Fernando, na época do delito menor de 21 anos, foi condenado às penas de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa por incurso no art. 157, caput, do Código Penal, e Alexandre foi condenado às penas de 01 ano de reclusão e 10 dias-multa, por incurso no art. 344 do Código Penal. Em ambos os casos, o prazo de prescrição seria de 04 anos. O trânsito em julgado para a acusação ocorreu em 27 de maio de 2016.*

Por tais motivos, julgou extinta a punibilidade de ambos os réus, dada a prescrição da pretensão executória, decisão contra a qual o *parquet* ora se insurge.

Pois bem.

Na hipótese, a sentença condenatória foi lançada em 12/05/2016 (fls. 177/181), a qual julgou parcialmente procedente a denúncia, para condenar Luiz Fernando a 5 anos de prisão em regime inicial fechado, e 20 dias-multa, pela prática dos arts. 157, *caput*, e 344 c.c. 69, todos do CP, e Alexandre Felício a 1 ano de reclusão em regime inicial aberto pela prática do crime previsto no art. 344 do CP.

Houve trânsito em julgado para o MP em 27/05/2016 (cf. certidão de fls. 185).

Interposto recurso de apelação pela defesa, negou-se provimento ao recurso de Alexandre Felício e concedeu-se parcial provimento ao recurso de Luiz Fernando, para extinguir a punibilidade do delito previsto no art. 344 do CP e para alterar seu regime prisional para o semiaberto, mantida, no mais, a r. sentença, em Acórdão prolatado em 17.10.2019.

Acesso ao Sumário

Foi interposto recurso especial pela defesa (fls. 287/290).

Em 29/07/2020 foi determinada a execução provisória da pena de Luiz Fernando, com ordem de expedição de mandado de prisão (fls. 357), certificado o trânsito em julgado para o acusado Alexandre (fls. 310).

Foi provido o recurso especial interposto, para fixar regime aberto inicial de pena em favor de Luiz Fernando (fls. 315/320).

A controvérsia reside no teor do art. 112, I, do CP, segundo o qual *a prescrição começa acorrer do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional.*

A questão ainda não foi definitivamente pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, visto que pendente de julgamento precedente com repercussão geral, inscrito sob o Tema 788 (ARE 848.107):

> *CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.* (Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 11/12/2014. Publicação: 20/02/2015).

Entretanto, embora não julgado o caso sob a sistemática dos recursos repetitivos, impõe-se examinar a questão em face do atual entendimento esposado, em Plenário, pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, por maioria de votos, no julgamento do Habeas Corpus n. 176.473/RR, entendeu que: "*Nos termos do inciso IV do artigo 117 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*" (Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27.04.2020).

Tal entendimento vem sendo acolhido pela jurisprudência desta C. Câmara e deste E. Tribunal de Justiça, como se vê:

> *Execução Penal – Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – Prescrição da pretensão executória estatal não reconhecida – Novo entendimento do C. STF, no sentido de que nos termos do inciso IV, do artigo 117, do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe*

Acesso ao Sumário

a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta – Impossibilidade de reconhecimento da extinção da punibilidade do sentenciado – Agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Execução Penal 0002518-54.2021.8.26.0348; Relator: Marcelo Gordo; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mauá - Vara do Júri, Execuções Criminais e Infância e Juventude; Data do Julgamento: 20/07/2021; Data de Registro: 20/07/2021).

Agravo em execução penal – Prescrição da pretensão executória – Acórdão confirmatório de condenação que enseja interrupção do prazo prescricional – Nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Indiferença quanto a tratar-se de pretensão punitiva ou executória – Recurso a que se nega provimento. (TJSP; Agravo de Execução Penal 0009895-60.2021.8.26.0224; Relator: Amable Lopez Soto; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 30/08/2021; Data de Registro: 30/08/2021).

Habeas Corpus. Pretendido reconhecimento da prescrição da pretensão executória. Interrupção da contagem por acórdão confirmatório de sentença. Não configurado lapso prescricional. Ordem denegada. (TJSP; *Habeas Corpus* Criminal 2159559-27.2021.8.26.0000; Relator: Otávio de Almeida Toledo; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santo Anastácio - Vara Única; Data do Julgamento: 17/08/2021; Data de Registro: 17/08/2021).

Agravo em Execução. Prescrição da pretensão executória. Acordão confirmatório da condenação. Causa interruptiva da prescrição. Aplicação do entendimento firmado, por maioria de votos, pelo STF (HC 176.473/RR). Iniciado o resgate da pena. Agravo improvido. (TJSP; Agravo de Execução Penal 0012072- 95.2020.8.26.0041; Relatora: Angélica de Almeida; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ; Data do Julgamento: 17/05/2021; Data de Registro: 17/05/2021).

Por tais motivos, considerando-se o Acórdão confirmatório da condenação como marco interruptivo da prescrição executória, não há que se falar em prescrição na hipótese em comento, visto que não decorridos mais de quatro anos entre cada um dos marcos.

De rigor, portanto, a reforma da decisão, para afastar o decreto de extinção da punibilidade, para ambos os réus, nos moldes pleiteados pelo recorrente, prosseguindo-se a execução das penas cominadas.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0010376-21.2012.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é recorrente ABEL RODRIGUES DA SILVA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.668)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente) e BUENO DE CAMARGO.

São Paulo, 19 de outubro de 2021.

CLÁUDIO MARQUES, Relator

Ementa: Recurso em Sentido Estrito – Homicídios qualificados, consumado e tentado – Decisão de pronúncia – Admissibilidade da acusação – Presença de indícios suficientes de autoria e materialidade do crime comprovada – Atenção à máxima *in dubio pro societate* – Pretensão à desclassificação do delito – Inadmissibilidade – Submissão do acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri – Inteligência do artigo 413, *caput*, do CPP – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Abel Rodrigues da Silva contra a r. sentença de fls. 226/227, a qual acolheu a denúncia e o pronunciou para que seja submetido a julgamento pelo egrégio Tribunal do Júri por infração ao artigo 121, §2º, inciso II, e artigo 121, §2º, inciso II, c.c. artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.

Em suas razões recursais, requereu o recorrente fosse o delito de homicídio doloso (artigo 121, caput, do CP) desclassificado para o crime de homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor (artigo 302 do CTB) ou reconhecida a continuidade delitiva prevista na parte inicial do artigo 70 do Código Penal.

Processado e contrarrazoado o recurso (fls. 245/247), a r. decisão impugnada foi mantida (fls. 279), tendo a d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo não provimento do recurso (fls. 270/275).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso interposto não comporta provimento.

Extrai-se dos autos que no dia 12 de março de 2012, por volta das 20h06min, na Estrada Velha de Barueri, nº 450 - Bairro de Helena Maria, cidade e comarca de Barueri, o recorrente, com *animus necandi*, matou Marcos de Lucas, produzindo-lhe as lesões indicadas no laudo necroscópico acostado à fl. 69.

Consta, ainda, que o recorrente, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, tentou matar Carolina Bernardo de Carvalho, sendo que esta somente não veio a óbito por razões alheias à sua vontade consistentes em seu pronto atendimento médico.

Assim, após o regular trâmite processual, foi o recorrente pronunciado pela suposta prática do crime previsto no artigo 121, §2º, inciso II, e artigo 121, §2º, inciso II, c.c. artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, em decisão contra a qual se insurge por meio deste recurso.

Todavia, seu inconformismo não prospera.

Depreende-se da inicial acusatória que o recorrente estava dirigindo o ônibus EOF-2122-Barueri/SP pertencente a empresa BB Transporte Turismo, quando, no trânsito, discutiu com a vítima Marcos, o qual conduzia o motociclo Honda/CG 150 Titan KS de placa RCQ-4582-Indaiatuba/SP e transportava, na garupa, sua companheira, a ofendida Carolina.

Em razão do desentendimento, o recorrente, com o intuito de matar os dois ocupantes da motocicleta, arremeteu o ônibus em direção ao motociclo, derrubando-os.

Incontinente passou com o coletivo por cima da motocicleta e de seu condutor, o qual morreu no local. A passageira, derrubada, sofreu lesões e foi socorrida, somente não vindo a óbito diante do pronto atendimento médico a que foi submetida.

Deste modo, tem-se que a prova da materialidade do crime e os indícios de autoria estão demonstrados pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/08), boletim de ocorrência (fls. 10/13), auto de exibição e apreensão (fls. 17/18), laudo pericial (fls. 52/61), laudo necroscópico (fl. 69) e pelos depoimentos prestados pelas testemunhas.

Acesso ao Sumário

Os policiais militares, Alexandre Aparecido da Rocha e Marcos Antonio da Silva Filho, contaram que foram acionados via COPOM para comparecerem ao local, em razão de acidente de trânsito com vítima fatal. Lá chegando constataram que o ônibus de placa EOF-2122 da Empresa BB Transportes Turismo, utilizado no transporte coletivo, havia colidido com a motocicleta da vítima, sendo que o condutor do motociclo, o ofendido Marcos, e sua passageira, Carolina, haviam sido jogados ao solo, tendo o ônibus passado por cima da vítima Marcos, que em razão do fato, faleceu no local. Contaram que Carolina foi

socorrida pelo SAMU. Relataram que apuraram junto as testemunhas Jéssica Cristina Gama e Marlene Gama, que o motorista do ônibus, após discussão no trânsito, veio a manobrar o veículo de modo a atingir intencionalmente o motociclista, derrubando-o ao solo e passando por cima da moto e de seu condutor. O motorista do ônibus evadiu-se do local, pois vários transeuntes ao tomarem conhecimento dos fatos, estavam ficando agressivos. Logo após, o acusado ligou para a Polícia Militar pedindo para que fosse conduzido até a Delegacia, onde confessou que, durante desentendimento de trânsito, em um momento de raiva, arremeteu com o ônibus para cima do motociclista, acabando por passar por cima do motociclo e da vítima.

A testemunha Marlene Gama contou que estava no interior do ônibus no momento em que o acusado jogou o veículo contra as vítimas, após uma pequena discussão. Disse que a vítima Marcos ficou presa embaixo do coletivo e que, antes disso, o acusado já havia o ameaçado.

A testemunha Jéssica Cristina Gama também se encontrava no interior do ônibus e relatou que ouviu o acusado falando que a qualquer momento o condutor da motocicleta iria morrer, sendo que, em seguida, ele direcionou o ônibus na direção das vítimas.

A ofendida Carolina, em juízo, contou que estava na garupa da motocicleta e que houve um entrevero entre Marcos, na motocicleta, e o réu, no ônibus. Disse não se recordar do motivo, dizendo que talvez tenha decorrido de uma suposta fechada de um veículo no outro. Ato seguinte se recorda que o réu veio para cima da motocicleta com o ônibus, jogando-o contra a motocicleta, intencionalmente, os fazendo cair. Declarou que não viu o ônibus passar por cima de Marcos, mas, depois da colisão, viu Marcos caído sob o ônibus.

O réu, ouvido em solo policial, contou que discutiu com um motociclista que levava na garupa uma passageira, em razão de este o ter fechado durante seu trajeto. Relatou que o motociclista emparelhou o motociclo que conduzia com a janela do ônibus e ficou lhe xingando. Em dado momento, perdeu a paciência e, sem pensar, arremeteu o ônibus contra o motociclo, sendo que o ônibus acabou passando por cima do motociclo e do motociclista que faleceu no local, tendo a passageira sofrido ferimento, sendo socorrida. Disse que no local começou a aglomerar alguns motociclistas que ao tomarem conhecimento dos fatos ficaram agressivos, razão pela qual deixou o local e acionou a polícia.

Interrogado em juízo, contou que estava na condução do ônibus, trafegando pela faixa da direita, quando, em uma conversão, o motociclista que estava próximo ao ônibus o fechou, fazendo com que freasse bruscamente. Disse que o motociclista ficava olhando para trás, em direção ao ônibus e, quando se aproximaram, o motociclista lhe perguntou "o que foi?", momento em que respondeu "depois que morre a culpa é minha". Declarou que o motociclista o ofendeu por

Acesso ao Sumário

cerca de 20 metros, aproximando-se cada vez mais do ônibus, momento em que colidiram lateralmente. Contou que a motocicleta bateu na roda e enroscou, o fazendo perder o controle do volante, vindo a parar quando colidiu com uma guia. Afirmou que vários populares chegaram ao local e, temendo ser agredido, pediu carona para um desconhecido que passava e se dirigiu para o terminal de ônibus, onde pediu que ligassem para o socorro.

Assim, diante deste cenário, tem-se que os elementos colhidos atendem ao juízo de certeza exigido quanto à existência da prática criminosa e, embora não estejam revestidos de uma certeza insofismável, também são hábeis a formar o juízo de probabilidade quanto à conduta do réu, legitimando sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Neste ponto, importa destacar que, nessa fase do procedimento – formação da culpa – vigora a máxima *in dubio pro societate*, de sorte que eventuais dúvidas em relação ao envolvimento do réu devem ser relegadas a julgamento pelo seu juiz natural, sob pena de usurpação da competência expressa no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "d", da Constituição Federal.

Neste sentido já entendeu esta C. Câmara de Direito Criminal:

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO – DECISÃO DE PRONÚNCIA – Presentes nos autos elementos suficientes à comprovação da materialidade e indícios mínimos da autoria do denunciado pela prática de homicídio qualificado, cabível a pronúncia para que o soberano Tribunal Popular do Júri julgue a matéria de fundo, da sua competência constitucional. RECURSO NÃO PROVIDO". (Recurso Em Sentido Estrito nº 1585100-89.2019.8.26.0224, 15ª Câmara de Direito Criminal, Relator William Campos, j. 20/05/2021).

No caso, a materialidade dos crimes está devidamente comprovada, bem como presentes indícios suficientes de autoria, considerados os limites desta fase processual, conforme elementos colhidos tanto na fase policial, quanto no curso da instrução processual.

Registre-se que o laudo pericial acostado às fls. 52/61 concluiu, sobre a dinâmica do acidente, que "*trafegavam a motocicleta e o ônibus lado a lado (motocicleta lado esquerdo e ônibus lado direito), quando o ônibus derivou para a esquerda, passando por cima da motocicleta e de um dos componentes desta, enquanto que o outro componente foi arremessado de forma a não ser morto no local*".

Quanto à qualificadora, tem-se devidamente demonstrado o motivo fútil, já que os crimes ocorreram em razão de mera discussão de trânsito.

Ademais, destaca-se que as qualificadoras somente poderiam ser afastadas no momento da decisão de pronúncia quando manifestamente improcedentes ou descabidas, pois a decisão sobre sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença.

Acesso ao Sumário

Neste sentido é a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

"II - Esta Corte entende que havendo nos autos elementos probatórios a sustentar a incidência das qualificadoras alinhavadas na denúncia, cabe ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, e não ao Juízo togado, dirimir eventual incerteza a respeito da dinâmica dos fatos, assim, as circunstâncias que caracterizam qualificadoras do delito somente podem ser excluídas quando se revelarem manifestamente improcedentes, o que não é o caso dos autos." (AgRg no AREsp 1355643/TO, Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Data do julgamento 13/12/2018, DJe 01/02/2019).

Quanto ao pleito defensivo de desclassificação do delito, tem-se que este não comporta acolhimento, já que as provas constantes dos autos indicam a intenção do recorrente em praticar o delito previsto no artigo 121 do Código Penal.

De toda sorte, anote-se que pretendida desclassificação só seria cabível, nesta fase processual, caso as provas constantes dos autos fossem suficientes para demonstrar a ausência do *animus necandi*, o que não ocorreu no caso em tela.

Por fim, como bem constou no parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, nesta fase processual não é o momento adequado para avaliar em qual modelo de concurso de crimes o recorrente deverá ser julgado, ressaltando-se que qualquer equívoco no juízo na aplicação da pena, caso haja eventual condenação do recorrente pelo Conselho de Sentença, está sujeito a recurso próprio.

Assim, presentes os requisitos do artigo 413, do Código de Processo Penal, imperiosa a manutenção da decisão atacada, devendo o acusado ser submetido a julgamento popular pela suposta prática do crime capitulado no artigo 121, §2º, inciso II, e artigo 121, §2º, inciso II, c.c. artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.

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

Acesso ao Sumário

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

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

Acesso ao Sumário

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 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 0052665-66.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário ROBERTA OLIVEIRA VIEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram improcedente a presente revisão criminal proposta por ROBERTA OLIVEIRA VIEIRA, nos termos da fundamentação delineada. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.142)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), JUSCELINO BATISTA, MARCO ANTÔNIO COGAN, FERNANDO SIMÃO, ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

REINALDO CINTRA, Relator

Acesso ao Sumário

1 STJ, RESP 665.531 - SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 03.02.2005.

Ementa: Revisão Criminal. Latrocínio tentado. Art. 157, §3º, c.c. art. 14, II, do CP. Tese de ausência de *animus necandi* afastada. Impossibilidade de aplicação da redutora referente à participação de menor importância. Previsibilidade do resultado morte que é inerente à prática de crime patrimonial com emprego de arma de fogo. Absolvição de corréu, por circunstâncias pessoais, que não implica a absolvição da peticionária. Pedidos improcedentes.

VOTO

Trata-se de revisão criminal proposta por **ROBERTA OLIVEIRA VIEIRA** em face do v. Acórdão de fls. 575/583, proferido pela C. 1ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal, o qual manteve a r. sentença que a condenou a uma pena de 19 (dezenove) anos 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 05 (cinco) dias-multa, pela prática do crime de latrocínio tentado (art. 157, §3º, c.c. art. 14, inciso II, do Código Penal – CP).

Afirma a peticionária que deve ser absolvida, por falta de provas de seu envolvimento no crime, ressaltando que os fundamentos que levaram o corréu **DANILO GOMES DOS SANTOS** à absolvição, em sede de revisão criminal, a ela devem ser aplicados.

Subsidiariamente, requer a desclassificação delitiva para o crime de roubo simples tentado ou a aplicação da redutora da participação de menor importância.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos pedidos (fls. 20/25) e os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

Narra-se que em 14 de fevereiro de 2013, na Comarca de São Paulo, **RAMON CAMILO DOS SANTOS**, **DANILO GOMES DOS SANTOS**, **FELIPE FIGUEIREDO** e **ROBERTA OLIVEIRA VIEIRA** praticaram o crime de latrocínio tentado contra **ALEX COSTA PINTO** (vítima de cinco disparos de arma de fogo) e **ROBSON NASCIMENTO SANTOS**, funcionários da Empresa **ESTRELA MODAS**.

Tem-se que **ROBERTA** exercia a função de caixa na empresa **ESTRELA MODAS** e, no dia dos fatos, informou a seu marido, **RAMON**, que grande quantia seria transportada da Loja a um banco.

RAMON então, na companhia de **DANILO** e **FELIPE** aguardaram nas imediações do banco que era destino de **ALEX** (gerente da Loja) e **ROBSON** (segurança da Loja), aguardando sinal de **ROBERTA** no sentido de que o di-

Acesso ao Sumário

nheiro já estaria em trânsito.

Quando passavam pela rua, **ALEX** foi abordado e imobilizado por **RAMON**, ordenando em seguida que **DANILO** disparasse, ordem que foi obedecida após luta corporal, sendo certo que **ALEX** foi atingido por cinco disparos no rosto, tórax e clavícula. **ALEX** se fingiu de morto, mas ainda assim **DANILO** teria atirado em sua face, uma última vez.

Enquanto atacavam **ALEX**, **ROBSON** logrou êxito em entrar no Banco e pedir ajuda. Foi seguido pelos criminosos, os quais exigiram a entrega do dinheiro, mas **ROBSON** já havia colocado a quantia na caixa de acrílico junto à porta giratória, o que impossibilitou a subtração e motivou fuga. **ALEX** foi socorrido, levado ao hospital e sobreviveu.

Ante tal quadro fático, **ALEX**, **DANILO**, **RAMON** e **ROBERTA** foram denunciados, processados e condenados por latrocínio tentado. **DANILO** foi absolvido em sede de revisão criminal e agora **ROBERTA** se insurge por meio de ação da mesma natureza.

Antes de qualquer enfoque meritório, cumpre ressaltar que o escopo da revisão criminal é o reexame de decisão condenatória cujo trânsito em julgado tenha se verificado. Assim, por meio desta ação autônoma de impugnação, excepciona-se a coisa julgada, o que pode implicar na alteração da classificação da infração, absolvição do réu, modificação da pena ou anulação do processo.

Nos termos do art. 621, do CPP, a revisão criminal é cabível nos seguintes casos:

> ***I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;***
>
> ***II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;***
>
> ***III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.***

O seu pressuposto lógico de cabimento é a ocorrência do trânsito em julgado, salientando-se, por oportuno, que não se trata de uma via ampla, pois necessária se faz a presença dos requisitos específicos de admissibilidade, nos estritos casos autorizados pela lei. Não se trata, pois, de nova ação.

Tecidas tais considerações, cumpre salientar que, a rigor, atendo-se ao texto do Diploma Processual, seria o caso de não se conhecer do recurso.

Todavia, em respeito à jurisprudência deste E. Tribunal, pautada no amplo exercício do direito de defesa (***v. RC nº 0034109-55.2014.8.26.0000, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 8.1.2016***), conhece-se do pleito revisional que, contudo, não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Nota-se que a peticionária foi presa em flagrante, instante em que confessou informalmente sua participação na empreitada criminosa seu papel (fundamental para o êxito do crime) seria informar a seu marido, o corréu **RAMON**, o instante em que dinheiro sairia da Empresa vítima com destino a uma agência bancária.

Ante tal informação, os demais roubadores iniciaram a ação de subtração, a qual resultou em cinco disparos de arma de fogo contra funcionário da Empresa, com nítido *animus necandi* (disparos na cabeça, tórax e clavícula).

Observo que a participação da peticionária de modo algum pode ser considerada como de menor importância – se não fosse o seu sinal oportuno, obtido mediante quebra de confiança, os demais criminosos não iniciariam a execução do crime.

Ademais, evidente que aqueles que se propõe à prática de roubo com o emprego de arma de fogo no mínimo assumem o risco da morte, vale dizer, nunca se sabe qual será a reação da vítima e se será necessário ou não o uso da arma para garantir o êxito da subtração.

Atento, ainda, que a absolvição do corréu **DANILO GOMES DOS SANTOS** não induz à necessária absolvição da peticionária. Os fundamentos utilizados são pessoais (relacionados ao empréstimo de sua moto, e provas frágeis quanto à sua participação, cf. fls. 575/583), não havendo que se falar em efeito extensivo.

Quando da reanálise da prova oral, **RAMON** confirmou a participação de sua esposa, na fase extrajudicial. Disse que a participação de **ROBERTA** consistiu em mandar uma mensagem no instante em que o representante da vítima deixasse a Empresa. Em juízo, tentou afastar a responsabilidade de sua esposa sob o argumento de que ela o alertou sobre o fechamento de caixa, mas não tinha ciência de que haveria o crime.

DANILO disse, na fase inquisitiva, que estava na companhia de **RAMON** aguardando o sinal da peticionária. Em juízo, voltou atrás em seu relato e apresentou negativa de autoria.

ROBERTA confessou o crime na Delegacia, dizendo que foi de certo modo pressionada por seu marido **RAMON**. Disse que informou a ele que na véspera do carnaval haveria o transporte de grande quantia em dinheiro, e o alertou por mensagem de texto no instante em que funcionários deixaram a loja em posse da elevada quantia. Em juízo, inovou e negou a autoria.

Os ofendidos **ROBSON** e **ALEX** reconheceram **RAMON**, o que, pela dinâmica do crime, não deixa dúvidas da participação de **ROBERTA**, vale dizer, não seria possível a ação criminosa do modo que ocorreu caso não houvesse o alerta oportuno, informações internas de alguém de dentro da Empresa.

Em arremate, os policiais ouvidos em juízo relataram o nervosismo de

ROBERTA quando diligenciaram junto à Loja. Acrescentaram que as imagens das câmeras de segurança não deixam dúvidas de que a peticionária pegou seu aparelho celular no instante em que funcionários deixaram a loja com dinheiro.

Não há dúvidas, portanto, que era mesmo o caso de condenação de **ROBERTA**.

Quanto à dosimetria de pena, nada a ser alterado.

A pena-base da peticionária foi devidamente majorada em 1/6 (um sexto), considerando as consequências do crime, gravíssimas para a vítima.

Na segunda fase, nada foi ponderado.

Na terceira e última etapa adequada a redução mínima em razão da tentativa, considerando a proximidade da consumação (os disparos atingiram órgãos vitais da vítima), restando adequada a pena de 19 (dezenove) anos 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento de 05 (cinco) dias-multa.

O regime inicial fechado era o único adequado, considerando a quantidade de pena e circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a presente revisão criminal proposta por **ROBERTA OLIVEIRA VIEIRA**, nos termos da fundamentação delineada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0027523-89.2020.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é peticionário JONATHAN FERREIRA DE MEDEIROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deferiram em parte o pedido, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.282)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente), MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE, ALBERTO ANDERSON FILHO, LUIZ FERNANDO VAGGIONE e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 15 de outubro de 2021.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Tráfico de entorpecentes, Resistência e Lesões corporais – Atribuição da Guarda Civil Metropolitana – Flagrante – Atuação como qualquer do povo autorizada pelo art. 301 do CPP – Licitude da atuação – Prova do tráfico amparada em depoimentos seguros e coerentes em ambas as fases – Credibilidade dos testemunhos – Condenação acertada quanto aos delitos de tráfico e de lesão corporal – Penas destes mantidas. Absolvição do crime de resistência, por ausência de tipicidade penal. Revisão parcialmente acolhida.

VOTO

O peticionário foi condenado perante o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca da Sorocaba como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, às penas de 3 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 388 dias-multa, no piso; e como incurso no artigo 329, *caput*, e artigo 129, *caput*, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, às penas de 3 meses e 26 dias de detenção, no regime semiaberto (fls. 298-302). Assim porque, no dia 28 de junho de 2018, por volta de 2h25, na Rua Asão Pereira de Camargo, Cidade e Comarca de Sorocaba, expunha à venda, trazia consigo para entrega a consumo de terceiros, 40 porções de maconha (257,48g), 178 microtubos plásticos de cocaína (70,73g), 78 porções de crack (27,73g), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, ofendeu a integridade física de Isaias de Oliveira Junior, causando-lhe lesões corporais de natureza leve. Consta, por fim, que opôs-se à execução de ato legal, mediante violência exercida contra funcionário competente para executá-lo.

Apelou da sentença, buscando a absolvição, alegando insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugnou pela desclassificação para o delito de posse para consumo pessoal e a redução da pena aplicada (fls. 321-330).

A Colenda 14ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, por votação unânime, negou provimento ao recurso (fls. 370-384).

O acórdão transitou em julgado em 28 de junho de 2019, para a defesa; em 2 de julho de 2019, para o Ministério Público (fl. 390).

Agora, através do presente pedido, requer a nulidade da prova colhida, alegando atuação ilegal dos guardas municipais, porquanto não possuem competência para prisão. Busca, portanto, a absolvição, alegando impossível considerar apta para a condenação a prova produzida pelos guardas civis. Subsidiariamente, pleiteia a fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena pelo crime de tráfico de drogas, argumentando com o disposto no artigo 33, § 2º,

Acesso ao Sumário

"b", do CPP e Súmula 269 do STJ (fls. 5-12).

A Procuradoria-Geral de Justiça oficia pelo não conhecimento e desprovimento do pedido revisional (fls. 20-33).

É o relatório.

Não prospera a ilicitude sustentada.

Vem-se entendendo pela atribuição da Guarda Civil Metropolitana para realizar prisões em flagrante. Isso porque, a despeito dos guardas municipais não estarem desempenhando, nessas ocasiões, a função constitucional precípua, nem por isso tal participação pode ser tomada como ilícita, mormente porque o artigo 301 do Código de Processo Penal autoriza qualquer do povo a realizar prisão em flagrante, ao tempo em que as autoridades policiais têm o dever de realizá-la.

Na hipótese dos autos, as circunstâncias fáticas, observadas pelos guardas municipais, davam margem a suspeitas quanto à prática do tráfico de entorpecentes, mormente em se considerando a natureza permanente deste crime, respaldando de legalidade os atos praticados pelos guardas: abordagem, buscas e prisão.

Ademais, segundo reafirmaram os guardas municipais, o réu empreendeu fuga ao avistar a viatura, bem como entrou em luta corporal ao ser abordado, resistindo à prisão, causando lesões corporais em Isaias de Oliveira Junior. Some-se a isso a apreensão de 178 pinos de cocaína (70,73 g), 78 porções de crack (27,73g) e 40 porções de maconha (257,48g) em posse do ora peticionário.

Ora, reexaminado o conjunto de provas, vê-se que a condenação – tomada em primeira instância à evidência da prova colhida, confirmada em grau de apelação – encontra amparo em elementos consistentes, evidenciando a responsabilidade criminal do peticionário.

Descabida, assim, a pretendida absolvição, bem como a desclassificação para o crime de porte para uso próprio. Embora a quantidade de drogas apreendidas não fosse excessiva, como as vezes se verifica, outras circunstâncias apuradas no processo, descritas com segurança pelos guardas municipais, demonstram o destino comercial imputado na denúncia.

Por fim, o fato de ser, o réu, usuário, não exclui a hipótese de que também comercializasse a droga, prática corriqueira até para conseguir sustentar o vício.

Não há qualquer elemento nos autos que autorize a absolvição, tampouco traga descrédito à versão apresentada pelas testemunhas, não se podendo negar valor a tais depoimentos, que não foram infirmados pela defesa.

Portanto, vê-se que a condenação encontra amparo no conjunto probatório coligido, não se mostrando viável o pedido revisional, senão pelo reparo que deve ser feito ao delito de resistência.

Acesso ao Sumário

Admitido que os guardas municipais atuaram licitamente, por agir como qualquer do povo ao efetuar a prisão em flagrante, não se pode cogitar do delito de resistência. Na forma do tipo penal do artigo 329, seria necessário que estivessem atuando como funcionários públicos competentes para o ato, o que não era a situação verificada.

Portanto, ausente a tipicidade penal, é de se absolver desta imputação.

O cálculo das penas está correto. A base para cada um dos delitos teve acréscimo em 1/6, considerando a reincidência do réu (fls. 144-145) e reduzida em 1/3, porquanto reconhecida a semi-imputabilidade, constatando a perícia que o peticionário tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, com capacidade parcial de autodeterminação (fl. 44, apenso), resultando definitiva para o crime de tráfico de drogas, em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e 388 dias-multa, e não 3 anos e 10 meses de reclusão como constou da r. sentença, mantida esta ante a ausência de recurso do Ministério Público e 2 meses 10 dias de detenção pelo delito de lesão corporal de natureza leve.

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelo tráfico de droga restou bem fundamentado, considerada a dupla reincidência, uma delas específica, somadas às circunstâncias da prisão.

Em face desses fundamentos, defere-se parcialmente o pedido revisional, unicamente para absolver o ora peticionário relativamente ao delito de resistência, o que se faz na forma do artigo 626 do CPP, mantida no mais a condenação.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2197687-53.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MAIRIPORÃ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MAIRIPORÃ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.422)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, DÉCIO NOTARANGELI, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 3.887/2020 do Município de Mairiporã, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a criação de vagas de estacionamento exclusivo para veículos de transporte escolar em frente às creches e escolas de ensino fundamental e médio – Inconstitucionalidade por violação ao princípio da separação, independência e harmonia entre os Poderes – Precedentes do Órgão – Afronta aos artigos 5º, 47, II e XIV, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes deste Colegiado – AÇÃO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito de Mairiporã, contra a Lei Municipal nº 3.887/2020, que dispõe sobre a criação de vagas de estacionamento exclusivo para veículos de transporte escolar em frente às creches e escolas de ensino fundamental e médio, e dá outras providências.

Alega que o ato normativo, de iniciativa parlamentar, constitui indevida ingerência da Câmara Municipal na direção e organização dos serviços públicos municipais a cargo do Poder Executivo Municipal, em desacordo com os artigos 5º, 42, 47, incisos II, XI e XIX e 144 da Constituição Estadual.

A medida liminar foi deferida (fls. 19/22).

O Presidente da Câmara Municipal de Mairiporã prestou informações, negando a existência de qualquer vício de constitucionalidade (fls. 28/33).

A Procuradoria do Estado, embora intimada, não ofereceu manifestação (fl. 41).

Manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo acolhimento da ação direta de inconstitucionalidade (fls. 48/55).

É o relatório.

Eis o texto da norma impugnada:

Art. 1º Fica o Poder Executivo obrigado a demarcar vagas de estacionamento exclusivo para veículos de transporte escolar em frente às creches e escolas de ensino fundamental e médio, públicas e particulares no município.

Art. 2º As vagas exclusivas para veículos do transporte escolar serão demarcadas e distribuídas da seguinte forma:

I – uma vaga para escolas com menos de quinhentos alunos;

II – duas vagas para escolas com mais de quinhentos alunos;

III – quatro vagas para escolas com mais de mil alunos.

Art. 3º O direito à utilização das vagas exclusivas previstas no caput do art. 2º fica restrito aos veículos de transporte escolar devidamente cadastrados junto à Secretaria da Segurança Pública, Transportes e Mobilidade Urbana.

Art. 4º Fica limitado o direito à utilização das vagas exclusivas ao tempo necessário para o embarque e desembarque dos alunos transportados.

Art. 5º A demarcação das vagas e fiscalização de sua utilização ficará a cargo da Secretaria da Segurança Pública, Transportes e Mobilidade Urbana.

Parágrafo único. As escolas deverão enviar requerimento à Secretaria da Segurança Pública, Transportes e Mobilidade Urbana.

Acesso ao Sumário

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Leis de conteúdo semelhante, editadas em diversos outros Municípios, por iniciativa parlamentar, já tiveram reconhecidos vícios de inconstitucionalidade por este Órgão Especial. Transcrevo a ementa de alguns desses julgados:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 8.897, de 06 de julho de 2015, que dispõe sobre a criação de vagas de estacionamento exclusivo para veículos de transporte escolar em frente às creches e escolas, públicas e particulares, para fins de embarque e desembarque de alunos. 1) Norma protetiva da infância e juventude. Tema inserido na competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal (inciso IX do art. 24 da Constituição Federal), cabível suplementação pelo Município, considerando o interesse predominantemente local (art. 30, I e II, da Constituição Paulista). Inocorrência de afronta ao princípio do pacto federativo; 2) Inconstitucionalidade, contudo, verificada, pela determinação de obrigação ao Poder Executivo quanto a matéria estritamente administrativa, afeta exclusivamente ao Poder Executivo. Vício patente. Configurada afronta à Reserva Administrativa. Ação direta julgada procedente, com efeito ex tunc. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2079125-22.2019.8.26.0000; Relatora: Cristina Zucchi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/08/2019; Data de Registro: 31/08/2019)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.590, de 23 de agosto de 2019, do Município de Andradina. Violação dos artigos 5º, caput, 47, incisos II, XIV e XIX, alínea "a", 120 e 159, parágrafo único, todos 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 dispositivos 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 regulamentação do Sistema de Estacionamento Rotativo pago em vias e logradouros públicos denominado "Área Azul". Ação procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2190551-39.2019.8.26.0000; Relator: Alex Zilenovski; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/12/2019; Data de Registro: 13/12/2019)

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL 12.969/2018, DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO QUE DISPÕE SOBRE A RESERVA DE VAGAS DE ESTACIONAMENTO ESPECIAL PARA GESTANTES E PESSOAS ACOMPANHADAS DE CRIANÇAS DE

Acesso ao Sumário

COLO NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO – INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO NÃO VERIFICADA – NORMA QUE SE ATÉM AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR PARA REGRAR A MATÉRIA, COM PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE LOCAL – POSTURAS MUNICIPAIS QUE PODEM SER IMPOSTAS AOS ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS E PARTICULARES DE ACESSO PÚBLICO – INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA APENAS NOS PARÁGRAFOS 2º A 5º, DO ARTIGO 1º, DA LEI IMPUGNADA, QUE IMPÕEM À SECRETARIA DE TRÂNSITO A CONFECÇÃO E FORNECIMENTO DE ADESIVOS DE IDENTIFICAÇÃO AOS VEÍCULOS, ANTE A NÍTIDA INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO PARA ADMINISTRAR E GERIR OS ÓRGÃOS PÚBLICOS MUNICIPAIS – PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DECRETADA PARA EXPURGAR DO ORDENAMENTO JURÍDICO OS PARÁGRAFOS 2º, 3º, 4º E 5º, DO ARTIGO 1º, DA LEI 12.969/2018, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2171681-77.2018.8.26.0000; Relator: Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 05/12/2018; Data de Registro: 06/12/2018)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei Municipal nº 11.863, de 05.02.16 do Município de São José do Rio Preto, autorizando o embarque e desembarque de passageiros com deficiência, em local de maior conveniência, desde que não saia do itinerário original. Vício de iniciativa. Arts. 1º, 2º, 4º e 6º. Inocorrência de vício de iniciativa. Iniciativa legislativa comum. Manifesto interesse local. Norma constitucional quanto aos arts. 1º, 2º, 4º e 6º. Arts. 3º e 5º. Ingerência na organização administrativa. Desrespeito à separação dos poderes. Precedentes deste C. Órgão Especial e do Eg. Supremo Tribunal Federal. Afronta aos arts. 5º; 47, incisos II e XIV; 144 da Constituição Bandeirante. Reconhecida a inconstitucionalidade dos arts. 3º e 5º da Lei impugnada. Fonte de custeio. Possível a indicação de fonte de custeio genérica (art. 4º). Precedentes dos Tribunais Superiores. Procedente, em parte, a ação. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2037901-12.2016.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 17/08/2016; Data de Registro: 06/09/2016)

Criando obrigações a serem cumpridas na forma que regulamentada na lei, a Câmara Municipal invadiu a órbita de competência do chefe do Executivo, estando, portanto, eivada de inconstitucionalidade por ofensa a preceitos contidos na Constituição do Estado de São Paulo.

De fato, a lei impugnada interfere na atividade administrativa Municipal,

Acesso ao Sumário

tratando de situações de competência do Poder Executivo e que são matérias referentes à administração pública, com gestão exclusiva do Prefeito fora do âmbito de atuação do Poder Legislativo.

Nesse ponto, oportuna a lembrança do magistério de Hely: "A atribuição típica e predominante da Câmara é a normativa, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes, no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre a sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada nem aplica as rendas locais; apenas institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no prefeito. Eis aí a distinção marcante entre a missão normativa da Câmara e a função executiva do prefeito; o Legislativo delibera e atua com caráter regulatório, genérico e abstrato; o Executivo consubstancia os mandamentos da norma legislativa em atos específicos e concretos de administração." (Direito Municipal Brasileiro, 6ª ed. atual., Malheiros Editores, 1990, p. 438-439).

Ao que se vê a lei impugnada na presente ação, de iniciativa parlamentar, não contém proposição geral e abstrata. Lida com atenção, verifica-se que a mesma, representa indevida ingerência nas prerrogativas do Chefe do Executivo Municipal, já que o tema reflete inclusive sobre a gestão de despesas do Município.

Quanto ao vício de iniciativa, o Supremo Tribunal Federal, por reiteradas ocasiões, tem sustentado que a cláusula de reserva constitucional de iniciativa em matéria de instauração do processo legislativo é de observância compulsória também pelos Estados-membros e pelos Municípios às hipóteses taxativamente definidas no artigo 61, § 1º, da Constituição Federal (RTJ 174/75, Rel. Min. Maurício Corrêa, RTJ 178/621, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 185/408-408, Rel. Min. Ellen Gracie, ADI 1.729, Rel. Min. Nelson Jobim).

Dessarte, forçoso concluir que a iniciativa legislativa em questão violou o disposto nos artigos 5º, 47, II e XIV, e 144 da Constituição Estadual Paulista.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.887/2020, do Município de Mairiporã. É o meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucio-

nalidade nº 2171215-15.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.065)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, DÉCIO NOTARANGELI, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação ao art. 2º da Emenda à Lei Orgânica do Município nº 40/2019, à Emenda à Lei Orgânica do Município nº 32/2014 e ao inciso XII do Artigo 67 da redação original da Lei Orgânica do Município de Catanduva – Prestação de informações pelo Prefeito à Câmara Municipal no prazo assinalado, sob pena de configuração de crime de responsabilidade (infração político-administrativa) – Impossibilidade – Invasão de competência privativa da União e inobservância aos princípios da simetria e da divisão funcional do poder – Precedentes deste C. Órgão Especial – Ação procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se ação ajuizada pela Prefeita do Município de Catanduva, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade do inciso XII do artigo 67 da redação original da Lei Orgânica do referido Município; da Emenda à Lei Orgânica do Município nº 32, de 05 de março de 2014; e do artigo 2º da Emenda à Lei Orgânica do Município nº 40, de 26 de novembro de 2019, que incluiu as alíneas 'a', 'b', 'c' e 'd' no inciso XII do artigo 67 da Lei Orgânica do Município.

Sustenta a ocorrência de vício de inconstitucionalidade posto que os atos normativos impugnados invadem competência legislativa privativa da União, ao tipificar crimes político-administrativos e definir normas processuais.

Aduz ofensa aos princípios da simetria e do paralelismo, com violação ao disposto no artigo 144 da Constituição bandeirante e artigos 22, I, e 29 da Constituição Federal.

Assim, requer o recebimento e processamento da presente e, ao final, a procedência da demanda, com a consequente declaração de inconstitucionalidade dos textos normativos suscitados.

Não houve pleito de liminar, fls. 103/104.

Após regularmente citada, a Câmara Municipal, representada por seu Presidente, apresentou informações e defendeu a validade das normas, ao afirmar que as disposições normativas de Catanduva se limitaram a reproduzir o inciso III do art. 4º do Decreto-Lei nº 201/67, o qual considera infração político administrativa do Prefeito Municipal, sujeita ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato, o desatendimento, sem motivo justo, das convocações ou dos pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular, fls. 107/110.

Regularmente citada, verifica-se que a Procuradoria-Geral do Estado deixou de se manifestar no feito (fls. 159).

A D. Procuradoria Geral de Justiça lavrou parecer pela procedência da demanda (fls. 162/173).

É o relatório.

Cuida-se de ação visando o reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso XII do artigo 67 da redação original da Lei Orgânica do Município; da Emenda à Lei Orgânica do Município nº 32, de 05 de março de 2014; e do artigo 2º da Emenda à Lei Orgânica do Município nº 40, de 26 de novembro de 2019, que alterou o inciso XII do artigo 67 da Lei Orgânica do Município, para nele incluir as alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’.

Os aludidos dispositivos estão assim redigidos:

Redação original da Lei Orgânica do Município:

“Art. 67. Compete privativamente ao Prefeito:

(...)

XII – prestar à Câmara, dentro de 15 (quinze) dias, as informações solicitadas, podendo o prazo ser prorrogado, por igual período, a pedido, pela complexidade da matéria ou pela dificuldade de obtenção dos dados solicitados”

Redação após a alteração trazida pela Emenda nº 32/2014:

“Art. 67. Compete privativamente ao Prefeito:

Acesso ao Sumário

(...)

XII – prestar a Câmara, dentro de dez (10) dias a contar do protocolo na prefeitura, o qual poderá ser prorrogado por igual prazo, desde que solicitado expressamente e devidamente justificado, as informações, bem como encaminhar documentos solicitados, sob pena de responsabilidade se negar, não se prestar ou se não encaminhar no referido prazo, punível na forma da legislação federal."

Por fim, a redação com a modificação promovida pelo artigo 2º da Emenda à LOM nº 40/2019:

"Art. 67. Compete privativamente ao Prefeito:

(...)

XII – É fixado em 15 (quinze) dias úteis, desde que aprovado pelo Plenário da Câmara Municipal, o prazo para que os responsáveis pelos Órgãos da Administração Direta e Indireta do Município prestem as informações e encaminhem os documentos requisitados.

a) O prazo para cumprimento, estipulado no inciso XII deste artigo, passa a ser contado a partir do protocolado junto à Prefeitura Municipal, o qual poderá ser prorrogado uma única vez, por igual período, desde que requerido e justificado por escrito e devidamente protocolado na Câmara Municipal, ficando ainda, o pedido de prorrogação, sujeito à aprovação do Plenário da Câmara Municipal.

b) o pedido de prestação de informações e encaminhamento de documentos podem ser reiterados, se não satisfizerem a seu autor, mediante novo requerimento que deverá seguir a tramitação legal.

c) o não atendimento no prazo estipulado, prorrogado ou reiterado neste inciso e suas alíneas 'a' e 'b', e desde que requerido pelo seu autor e aprovado no Plenário da Câmara Municipal, autoriza o Presidente da Câmara Municipal a proceder na intervenção do Poder Judiciário para fazer cumprir a legislação.

d) O Decreto-Lei nº 201/67, de 27 de fevereiro de 1967, estabelece normas pelo descumprimento do estabelecido neste inciso e suas alíneas 'a' e 'b', em face de infração político-administrativa."

Pois bem.

À evidência, os dispositivos legais impugnados instituíram prazo a ser cumprido pelo Prefeito Municipal para responder à solicitação de informações pela Câmara Municipal, cujo descumprimento configura infração político-administrativa.

Como é cediço, as infrações político-administrativas, ou crimes de responsabilidade, devem ser definidas em lei federal.

Acesso ao Sumário

O próprio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento nesse sentido, ao editar a Súmula n. 722 (*"São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento"*).

Assim, os dispositivos legais em debate devem ser declarados inconstitucionais, por se referirem a matéria de competência legislativa privativa da União.

Estipula o artigo 1º da Constituição Estadual que *"o Estado de São Paulo, integrante da República Federativa do Brasil, exerce as competências que não lhe são vedadas pela Constituição Federal."*

Esse comando constitucional consagra o princípio federativo, segundo o qual cada um dos entes da Federação possui competências próprias, que devem ser exercidas de forma harmoniosa e complementar.

A Constituição Federal define as competências de cada um dos entes federativos. Referidas normas constitucionais aplicam-se aos Municípios, por força do disposto no artigo 144 da Constituição Estadual: *"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"*.

Os Municípios têm, segundo a Carta de 1988, competência legislativa limitada. O artigo 30 estabelece que compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...]

Daí se verifica que o Município, em atendimento ao princípio federativo, que está consagrado, inclusive, no artigo 1º da Constituição do Estado de São Paulo, não pode legislar sobre crimes de responsabilidade, sob pena de usurpação de competência privativa da União.

Outrossim, ao contrário do afirmado por ocasião das informações, os dispositivos não se limitaram a transcrever o inciso III do art. 4º do Decreto-Lei nº 201/67, e mesmo que o fizessem, o Município estaria legislando sobre matéria cuja competência legislativa pertence privativamente à União.

A questão foi pacificada pela Suprema Corte, com a edição da Súmula Vinculante nº 46, ao enunciar que *"A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União."*

No mesmo sentido já decidiu este C. Órgão Especial:

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Orgânica Municipal da Estância Turística de Avaré, 23 de março de 1990. Imposição, dentro de determinado prazo, da obrigação de o Chefe do Executivo prestar infor-

Acesso ao Sumário

mações à Casa de leis local. Impossibilidade. Direito de fiscalização que há de se fazer pelos métodos próprios. Não cabimento da sujeição hierárquica de uma pessoa de direito público sobre a outra. Doutrina. Inconteste ofensa ao princípio da separação dos poderes. Constituição Paulista, artigos 5º, 31 e 150. Prévios. AÇÃO PROCEDENTE" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2224300-47.2019.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 04/03/2020; Data de Registro: 05/03/2020).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 34, INCISO XVII, DA LEI ORGÂNICA DE SOROCABA – PARTES QUE AFRONTAM AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. A PREVISÃO DA POSSIBILIDADE DE CONVOCAÇÃO, PELA CÂMARA MUNICIPAL, PARA PRESTAR INFORMAÇÕES PESSOALMENTE, DE 'REPRESENTANTES LEGAIS DE CONCESSIONÁRIAS, PERMISSIONÁRIAS OU DE PESSOAS JURÍDICAS QUE MANTENHAM VÍNCULO CONTRATUAL COM O PODER PÚBLICO' NÃO OBSERVA O PARÂMETRO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. CONVOCAÇÃO PARA AUTORIDADES MUNICIPAIS PRESTAREM INFORMAÇÕES NO PRAZO DE 15 DIAS: PRAZO INFERIOR AO ESTABELECIDO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. COMINAÇÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE E DE DESOBEDIÊNCIA À AUSÊNCIA INJUSTIFICADA À CONVOCAÇÃO: IMPOSSIBILIDADE – ***NÃO PODE O MUNICÍPIO LEGISLAR SOBRE MATÉRIA PENAL. INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXPRESSÕES ACIMA CITADAS*** – AÇÃO PROCEDENTE" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2078901-89.2016.8.26.0000; Relator: Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 24/08/2016; Data de Registro: 26/08/2016).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dispositivos do Regimento Interno da Câmara Municipal de Mogi Mirim, que disciplinam infrações político-administrativas e o processo de cassação do Prefeito. Violação à competência exclusiva da União para legislar sobre os crimes comuns e de responsabilidade praticados por Prefeito Municipal, assim como sobre as respectivas normas de processo e julgamento (CF, art. 22, I e Súmula 722 do STF). Afronta ao princípio federativo, com infração ao artigo 144 da Constituição Bandeirante, c.c. o artigo 29 da Carta Republicana. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação Procedente" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2163016-14.2014.8.26.0000; Relator: Roberto Mortari; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 13/05/2015; Data de Registro: 18/05/2015).

"Ação direta de inconstitucionalidade, promovida pelo Partido dos Trabalhadores Diretório Estadual, contra o inciso VIII, Título XI, do Regimento

Acesso ao Sumário

Interno da Câmara Municipal de Birigui, que trata da definição dos crimes de responsabilidade e da cassação do vereador.

1. Não há se falar em ilegitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade quando o partido político autor da demanda esteja comprovadamente representado na Câmara Municipal, ainda que por um único parlamentar.

2. Compete privativamente à União legislar sobre matéria penal, aí incluída a definição de crimes de responsabilidade e processo de cassação de vereador. Art. 22, I, da Constituição Federal, e artigos 5º e 144, da Constituição Estadual. Súmula 722, do STF.

3. Julgaram procedente a ação, declarada a inconstitucionalidade do inciso VIII, do Título XI, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Birigui" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 0199378-83.2013.8.26.0000; Relator: Vanderci Álvares; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 22/10/2014; Data de Registro: 23/10/2014).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 63, XIV, DA LEI ORGÂNICA DE PARIQUERA AÇU. DISPOSITIVO QUE IMPÕE AO PREFEITO MUNICIPAL O DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES EM PRAZO CERTO À CÂMARA MUNICIPAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. OFENSA AO ART. 5º, CAPUT, E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. DEMANDA PROCEDENTE" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 0016822-84.2011.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 24/08/2011; Data de Registro: 06/09/2011).

Bem assim, tendo em vista os princípios da simetria, art. 25, *caput*, da CF/88, e do paralelismo das formas, art. 29, *caput*, da CF/88, tem-se que houve, efetivamente, violação à regra de repartição constitucional de competência legislativa e ao princípio da separação dos poderes, e por consequência, do princípio federativo, art. 144, da CE/89, sendo, pois, de rigor o reconhecimento da procedência da presente ação.

Como, ademais, bem salientado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer:

"11. Ainda que se tenha dito que os dispositivos impugnados sejam nomas de repetição do art. 4º, III, do Decreto-lei n. 201/67, a definição de crimes de responsabilidade e as regras de seu processamento pertencem ***exclusivamente*** *à* ***competência*** *normativa* ***da União****, conforme o inciso I do art. 22 da Constituição Federal estabelece, o que caracteriza incompatibilidade com* ***o princípio federativo e a consequente disciplina constitucional da divisão es-***

Acesso ao Sumário

pecial do poder *acolhidos pela norma remissiva do art. 144 da Constituição Estadual, não bastasse a tese sedimentada em repercussão geral (**Tema 484**).*

*12. **Não é lícito ao Município reproduzir norma** situada na competência normativa privativa alheia.*

(...)

*23. Enfoco, agora, o inciso XII do art. 67 da Lei Orgânica Municipal na redação dada pela Emenda n. 40/19. Assunto de natureza grave e sensível como o é o **controle do Parlamento sobre o Poder Executivo, decorrência da divisão funcional do poder (separação de poderes) ornada pelo sistema de checks and balances, e que não pode escapar à simetria com o modelo federal**, uma vez que enraizada a matéria em temática estrutural e fundamental da organização política nacional, devendo prevalecer a 'observância obrigatória, pelos estados-membros, de aspectos fundamentais decorrentes do princípio da separação de poderes previsto na Constituição federal de 1988' (STF, ACO 730-RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 22-09-2004, m.v., DJ 11-11-2005, p. 05) e, obviamente, aos Municípios e, ainda, destes em relação à Constituição do Estado. (...)*

*24. A **fixação do prazo de 15 (quinze) dias (úteis)** para a prestação de informações tem a nódoa de incompatibilidade com a Constituição, considerando os § 2º do art. 50 da Constituição Federal e o inciso XVI do art. 20 da Constituição Estadual como paradigmas e que **estipulam prazo (maior) de 30 (trinta) dias.***

*25. De igual vício padecia a Emenda n. 32, de 2014, inclusive com a previsão de responsabilidade, e, ainda, a redação originária do inciso XII do art. 67 da Lei Orgânica Municipal estabelecendo **prazos menores.***

(...)

*30. Destaco, nessa conformidade, que, apesar de **isoladamente consideradas** as alíneas a e c do inciso XII do art. 67 da Lei Orgânica Municipal de Catanduva não serem inconstitucionais, a declaração de inconstitucionalidade deve atraí-las em virtude da **relação de dependência.**"*

Destarte, de rigor o acolhimento do pleito formulado na inicial, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso XII do artigo 67 da redação original da Lei Orgânica do Município; da Emenda à Lei Orgânica do Município nº 32, de 05 de março de 2014; e do artigo 2º da Emenda à Lei Orgânica do Município nº 40, de 26 de novembro de 2019, do Município de Catanduva.

Pelo exposto, **julga-se procedente a ação.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2052725-97.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PIRACICABA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.451)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei 9.531/2020 e Decreto 18.634/2021 do Município de Piracicaba – Permitiam o funcionamento de serviços não essenciais em desacordo com as regras estaduais de combate à pandemia do COVID-19 – Afronta aos artigos 111, 144, 219, parágrafo único, I e 222, inciso III, todos da Constituição do Estado – Revogação do decreto – Perda parcial do objeto – Subsistência do interesse de agir para aplicar a técnica da interpretação conforme – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE EM PARTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que tem por objeto a Lei 9.531/2020 e o Decreto 18.634/2021, ambos do Município de Piracicaba, por desrespeitarem as normas restritivas implementadas pelo Go-

verno do Estado no plano de combate à pandemia do COVID-19 (Novo Corona Vírus).

Sustenta que referidos atos normativos violam o pacto federativo e a partilha constitucional de competência legislativa em matéria de saúde. Argumenta que aos Municípios não é autorizado afastar-se das diretrizes estabelecidas pela União e pelo Estado para proteção à saúde decorrente da pandemia, cabendo-lhe apenas suplementá-las, para o fim de intensificar o nível de proteção por elas estabelecido, mediante a edição de atos normativos que venham a torná-las eventualmente mais restritivas. Alega, outrossim, que o abrandamento de medidas de distanciamento social encontrasse em descompasso com as orientações da comunidade científica. Assim sendo, tal providência não se mostraria razoável nem ponderada, pois coloca em risco os direitos fundamentais de proteção à vida e à saúde, além de não atender aos princípios da prevenção e precaução.

Deferida a liminar (fls. 105/107), o Presidente da Câmara e o Prefeito prestaram informações, informado pelo último, que apenas a Lei 9.531/2020, ainda subsiste (fls. 118/121 e 152/155).

A Procuradoria do Estado apresentou manifestação (fls. 184/190).

O Ministério Público, embora reconheça que a revogação do Decreto 18.634/21 acarretou a perda de interesse de agir, sustenta que este subsiste em relação a Lei 9.531/2020, que continua em vigor. Pugna, em razão disso, pelo reconhecimento da parcial procedência da ação (fls. 201/206).

É o relatório.

A ação, ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, apontava afronta aos artigos 111, 144, 219, parágrafo único, I e 222, inciso III, todos da Constituição Estadual, por estar o Município de Piracicaba, com edição da Lei 9.531/2020 e do Decreto 18.634/2021, afrontando o pacto federativo e a partilha constitucional de competência legislativa em matéria de saúde.

Ocorre que, no curso da ação, perdeu vigência uma das normas impugnadas, qual seja, o Decreto 18.634/2021. Circunstância, que acarreta a perda parcial do interesse de agir, como admite o próprio Ministério Público.

Acesso ao Sumário

Assim, quanto a esse ato normativo, impõe-se a extinção do processo, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, precedente do Órgão:

"Por fato superveniente – advento de lei alterando a norma nos pontos em que se buscava declaração de inconstitucionalidade – reconhece-se a perda do interesse processual na modalidade necessidade. Nesse sentido: 'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Lei Orgânica do Município de Bocaina que foi omissa ao não legislar sobre o afastamento remunerado para cumprir mandato sindical – Edição

de Lei municipal que sanou a omissão, incluindo na Lei Orgânica do Município o artigo 60-A – Carência de interesse de agir – Extinção da ação sem resolução do mérito – Art. 267, IV, do CPC' (ADIn nº 0.201.013-02.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 02.07.14 – Rel. Des. ANTONIO CARLOS MALHEIROS)." (ADIn nº 2.217.883-78.2019.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 19.02.2020).

Remanesce pleno, no entanto, o interesse de agir em relação a Lei 9.531/2020, que continua em vigor. Indiferente o fato de que essa norma, atualmente, não colida com o Decreto Estadual.

Há interesse de agir na aplicação da técnica da interpretação conforme, a fim de que as normas municipais não colidam com a normativa estadual mais protetiva, diante da possibilidade de alteração das disposições relacionadas às restrições aos serviços não essenciais.

Atravessamos, infelizmente, uma pandemia e, à evidência, medidas que flexibilizem a quarentena não podem ser tomadas sem que haja articulação entre as autoridades sanitárias. Não é mesmo admissível que cada Município delibere isoladamente como vai proceder em relação ao distanciamento social.

Vale dizer, como se isto só a ele afetasse, como se as pessoas e o vírus não transitassem entre as cidades do Estado e do País. Ou, quando menos consideradas as restrições de locomoção, como se o atendimento médico-hospitalar de uma cidade não afetasse as demais.

As regras da quarentena envolvem matéria de competência acerca do que é acima de tudo a defesa da saúde, de competência concorrente da União e dos Estados (CF 24, XII).

Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal quando afirmou que o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (ADPF 672). O que, convenha-se, é muito diferente de o ente municipal, de forma isolada, sem coordenação e articulação do Estado, flexibilizar as regras estaduais como se se tratasse de assunto local, apenas, posto que a pretexto de sua iniciativa suplementar (CF 30, II).

A Constituição do Estado, estabelece no artigo 222 que "as ações e os serviços de saúde executados e desenvolvidos pelos órgãos e instituições públicas estaduais e municipais, da administração direta, indireta e fundacional, constituem o sistema único de saúde, nos termos da Constituição Federal, que se organizará ao nível do Estado, de acordo com as seguintes diretrizes e bases. Redação que reforça a necessidade de coordenação e observância de uma articulação a partir do regramento estadual, naturalmente conformado pela visão geral

Acesso ao Sumário

da situação do Estado e de suas Regiões.

Note-se, ainda, que mais recentemente a Suprema Corte, de forma expressa, por decisão do I. Min. Luiz Fux, assentou a inviabilidade de o Município a pretexto de sua autonomia e mesmo do enunciado da Súmula Vinculante 38 flexibilizar regra estadual de quarentena (Reclamação 40.745, 20.05.2020).

Confira-se:

"No ponto, não vislumbro ofensa ao teor da Súmula Vinculante 38, haja vista que o contexto fático subjacente à decisão difere da hipótese considerada para a edição do verbete sumular paradigma. De fato, a SV 38 se refere expressamente ao horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, pressupondo, a meu sentir, ainda que implicitamente, situação de normalidade social.

É justamente esta situação pressuposta de normalidade social que caracteriza a disciplina do funcionamento de estabelecimentos comerciais como matéria de interesse exclusivamente local. Não é esta a realidade dos correntes dias, nada obstante.

Como é sabido, o Brasil e o Mundo enfrentam hoje grave crise, decorrente da pandemia da Covid-19, cujos efeitos, por óbvio, extrapolam as fronteiras dos continentes e países.

Numa tal situação, faz-se necessária, mais que nunca, a existência de harmonia e de coordenação entre as ações públicas dos diversos entes federativos, de sorte que as medidas governamentais adotadas para o enfrentamento da aludida pandemia extrapolam em muito o mero interesse local, referido no inciso I do art. 30 da Constituição Federal."

Entendimento que foi reiterado no julgamento da Reclamação 42.433, relatada pelo Min. Roberto Barroso, em 4 de agosto de 2020.

Veja-se o que se aduzia e o que foi decidido:

"Alega, assim, que o modelo adotado viola a competência dos Municípios de estabelecerem medidas restritivas de proteção sanitária de sua população. Ressalta que a Súmula Vinculante 38 é explícita ao determinar que compete ao Município regular o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais locais. Em seguida, alega violação ao entendimento firmado por esta Corte no julgamento da medida cautelar na ADI 6.343, Rel. Min. Marco Aurélio, no sentido da competência concorrente entre Estado e Municípios para legislar acerca de questões envolvendo saúde. (...) O ato reclamado, por sua vez, decorre do fato público e notório que o mundo enfrenta uma pandemia de proporções inéditas, que tem levado a milhares de infectados e de mortos, ao fechamento de fronteiras, à decretação de medidas de quarentena, de isolamento social e ao colapso dos mais estruturados sistemas de saúde das nações mais desenvolvidas e

Acesso ao Sumário

preparadas para enfrentar um quadro dessa ordem. A situação é gravíssima e não há qualquer dúvida de que a infecção por COVID-19 representa uma ameaça à saúde e à vida da população. Este cenário, evidentemente, não foi objeto dos julgados que resultaram na edição da Súmula Vinculante 38."

De resto, saliento que a questão referente a possibilidade ou não da legislação municipal flexibilizar a regra estadual já foi objeto de análise por este Órgão Especial. E a resposta foi pela impossibilidade.

Confiram-se os julgados abaixo relacionados:

Ação direta. Decreto n. 8.923, de 22.04.2020, do Município de Guaratinguetá, que estabelece medidas locais a respeito da quarentena. Cabimento da via eleita. Normatização municipal, em matéria de medidas restritivas adotadas para enfrentamento da pandemia do COVID-19, que suplementam as regras estaduais e que, por isso, não podem flexibilizá-las. Precedentes da Suprema Corte. Ação julgada procedente, para declarar inconstitucional, com efeito ex tunc, o inciso III do art. 6º e o art. 7º do Decreto 8.923, e para dar interpretação conforme ao artigo 8º do mesmo diploma. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2088084-45.2020.8.26.0000; Relator: Claudio Godoy; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/10/2020; Data de Registro: 03/11/2020)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Decreto nº 1.316, de 14 de maio de 2020, do Município de Bastos, o qual estabelece quarentena menos restritiva aos estabelecimentos comerciais do que aquela determinada pelo Plano São Paulo (Decreto Estadual nº 64.994/20) – Redistribuição por prevenção ao MS nº 2078290-97.2020 – PLANO SÃO PAULO – Implementação por Decreto Estadual para dar enfrentamento efetivo contra a evolução da pandemia do COVID-19, com a determinação de várias ações, obrigações e restrições que atingem a esfera jurídica de pessoas físicas e jurídicas – Circunstância em que a maioria do colegiado do Colendo Órgão Especial do TJSP se posicionou no sentido da prevalência do decreto estadual sobre normas municipais de caráter menos restritivo à atividade econômica – Aplicação do princípio da colegialidade, ressalvada a posição pessoal do relator – Inconstitucionalidade da norma objurgada à luz dos artigos 5º, 111, 144, 219, parágrafo único, item 1, e 222, inciso III, da Constituição Estadual – Ação julgada procedente, com observação. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2096423-90.2020.8.26.0000; Relator: Jacob Valente; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 02/12/2020; Data de Registro: 19/12/2020)

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação, aplicando a técnica de decisão de interpretação conforme a Constituição à Lei nº 9.531/2020, do Município de Piracicaba, a fim de que autorização de retomada das atividades econômicas observe sempre o tempo e o modo estabelecidos pela legislação estadual. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2211038-93.2020.8.26.0000, 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 LOURENÇO DA SERRA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO LOURENÇO DA SERRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITOS 'EX TUNC' E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.143)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, EUVALDO CHAIB, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 29 de setembro de 2021.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

São Lourenço da Serra. Lei nº 1.098, de 03.06.16, dispondo sobre a concessão de abono de aniversário ao funcionalismo público municipal e dando outras providências.

Inconstitucionalidade material. Benefício genérico. Fixação de abono de aniversário sem qualquer crité-

rio objetivo para a concessão. Descabimento. Vantagem não atende ao interesse público ou às exigências do serviço. Ofensa a princípios constitucionais, mormente os da moralidade, razoabilidade, interesse público e eficiência. Configurada violação aos arts. 111 e 128 da Constituição Estadual. Precedentes.

Efeitos. Invalidação das normas *ex tunc*, ressalvada a não repetição dos valores percebidos de boa-fé até a data do presente julgamento.

Ação procedente, com observação.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto a **Lei nº 1.098**, de **03.06.16** (fls. 86/87), do Município de São Lourenço da Serra, dispondo sobre a concessão de abono de aniversário ao funcionalismo público municipal e dando outras providências.

Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade da norma. Inequívoca afronta aos arts. 111, 128 e 144 da CE. A 'bonificação de aniversário' não atende interesse público, tampouco as exigências do serviço. Inexiste qualquer causa razoável a justificar a vantagem outorgada pela Lei nº 1.098, de 03.06.16, senão o implante de tratamento desigual em detrimento dos trabalhadores em geral. Evidente a ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Citou a jurisprudência. Daí a liminar e a declaração de inconstitucionalidade (fls. 01/13).

Indeferido o efeito pretendido (fls. 120/121), vieram informações da Câmara Municipal (fls. 130/136) com documentos (fls. 137/145) e do Prefeito Municipal (fls. 148/150), também assim instruído (fls. 151/160). Deixou de se manifestar a Procuradora Geral do Estado (fl. 146). Opinou a Douta Procuradoria pela procedência da ação (fls. 163/167).

É o relatório.

2. Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto a **Lei nº 1.098**, de **03.06.16** (fls. 86/87), do Município de São Lourenço da Serra, dispondo sobre a concessão de **abono de aniversário** ao funcionalismo público municipal e dando outras providências.

Com o seguinte teor a norma impugnada:

*"**Art. 1º** – Os Servidores Públicos do Poder Executivo Municipal, concursados, nomeados, estagiários e aqueles submetidos ao regime pre-*

Acesso ao Sumário

visto na CLT, terão direito a uma bonificação de aniversário de 5% (cinco por cento) de rua remuneração, desde que cumpridas às exigências a seguir:

I – Não ter faltas sem justificativas, superiores a *6 (seis) no período de um ano;*

II – Não ter apontamento desabonador em seu prontuário no período d um ano;

III – Não infringir qualquer dos incisos constantes no artigo 220 do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais – Lei 25/93.

Art. 2º – Para efeito dessa Lei, considera-se remuneração, como sendo o vencimento do emprego, cargo ou função pública, acrescido das vantagens pessoais pertinentes estabelecidas em Lei.

Parágrafo único. *O servidor perderá o direito ao benefício, se ao tempo da data de seu aniversário estiver em pleno gozo de férias ou qualquer tipo de licença.*

Art. 3º – *A Bonificação a que se refere esta lei será paga em parcela única e somente no mês de aniversário do Servidor, e não será integrada em seus vencimentos posteriores.*

Art. 4º – *As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta de dotação orçamentária própria, suplementada se necessário.*

Art. 5º – *Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário."* (fls. 86/87).

Sustentou o autor a falta de razoabilidade e proporcionalidade na concessão de benefício que não atende aos interesses públicos e acarreta, portanto, inequívoco prejuízo ao erário. Alegou assim, afronta aos **arts. 111** e **128** da **Constituição Estadual**, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Com razão.

O Poder Público deve obedecer aos princípios existentes no **art. 111** (*"A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência."*) e ao preceito insculpido no **art. 144**, ambos da **Constituição Estadual** ("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.").

Sobre a inconstitucionalidade decorrente de violação ao **princípio da razoabilidade**, pondera **DALTON SANTOS MORAIS**:

"Além da inconstitucionalidade decorrente de violação a dispo-

sitivos constitucionais expressos, outro vício material de inconstitucionalidade que preocupa sobremaneira a doutrina constitucionalista atual recai sobre o excesso de poder legislativo, violador do princípio constitucional implícito da proporcionalidade/razoabilidade."

(...)

"A proporcionalidade e a razoabilidade são princípios que não estão expressos na Constituição, mas são valiosos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público por permitirem o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido."

(..)

"O autor [Luis Roberto Barroso] enumera as máximas segundo as quais se permite que o princípio da razoabilidade fundamente a invalidade de atos contrários à Constituição: 1) quando não se tenha adequação entre a norma e o caso concreto; 2) a medida não seja necessária, havendo outra que irá trazer menos prejuízo e terá mesmo resultado; 3) quando não haja proporcionalidade em sentido estrito, tendo com a utilização da medida proporções maiores de perda do que de ganhos quando se chegar ao fim." ("Controle de Constitucionalidade" – 2010 – Ed. JusPodivm – p. 71/72).

Reputa-se, com as diretrizes supra (*"**1)** quando não se tenha adequação entre a norma e o caso concreto; **2)** a medida não seja necessária, havendo outra que irá trazer menos prejuízo e terá mesmo resultado; **3)** quando não haja proporcionalidade em sentido estrito, tendo com a utilização da medida proporções maiores de perda do que de ganhos quando se chegar ao fim"*) que a criação de vantagem pecuniária **sem especificar** qual a **condição especial** ou **exigência do serviço** para sua concessão, impõe à Administração despesa **despida** de interesse público.

Ademais, de rigor a observância da regra presente no **art. 128** da Carta Bandeirante (*"As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço"*).

Inequívoca, deste modo, a violação, pelos dispositivos impugnado, dos princípios constitucionais.

No presente caso, eles instituem benefício genérico, dissociado do ônus decorrentes do desempenho de serviços comuns em situações especiais ou de natureza extraordinária.

Como se vê, a "gratificação" em questão **não** atende ao interesse público ou a qualquer exigência específica das funções e cargos beneficiados por ela.

Acesso ao Sumário

Configurada ofensa a princípios constitucionais, mormente os da moralidade, razoabilidade, interesse público e eficiência. Evidente, pois, a afronta aos **arts. 111 e 128 da Constituição Estadual**.

Em casos análogos, cujos fundamentos se incorporam como razões de decidir, este **Eg. Órgão Especial** diversas vezes assentou:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.099, de 2010, e artigos 176, VIII e 185 da Lei nº 1.875, de 1993, ambas do Município de Uchoa. Gratificação de nível universitário, em favor de servidores titulares de funções e cargos cujo provimento já demanda nível superior de escolaridade. Pagamento de décimo-quarto salário, por conta do aniversário do servidor. ***Vantagens que não atendem ao interesse público ou às exigências do serviço****. Ofensa a princípios constitucionais, mormente os da moralidade, razoabilidade, interesse público e eficiência. Configurada violação aos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual. Precedentes. Invalidação da norma ex tunc, ressalvada a não repetição dos valores percebidos de boa-fé até a data do presente julgamento. Ação procedente." (grifei – ADIn* nº 2024684-57.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 25.11.20 – Rel. Des. ***MOREIRA VIEGAS****).*

"Isso porque a lei institui gratificação natalícia de 30% (trinta por cento) sobre o menor padrão de vencimento da Prefeitura a todos os servidores municipais, sem qualquer justificativa aceitável para a sua instituição."

"Destarte, a ausência de suporte fático a justificar o direito à gratificação em comento, mormente sem a necessidade de qualquer contraprestação para o seu recebimento, desatende ao interesse público e às exigências do serviço."

"Por outras palavras, ***a referida concessão carece de elementos objetivos e imparciais, violando a igualdade, impessoalidade e moralidade da Administração Pública, cuja decisão desarrazoada não encontra respaldo em interesse público, senão em afronta aos princípios gerais da Administração****."* (grifei – ADIn nº 2060958-20.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 02.12.20 – Rel. Des. **ADEMIR BENEDITO**).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Leis nº 2.176/11 e 2.307/2014 do Município de Piacatu. Instituição de folga remunerada aos servidores públicos municipais na data de seu aniversário. Inconstitucionalidade verificada. Ofensa aos artigos 111 e 128 da Constituição do Estado, por violação aos princípios da eficiência, moralidade, razoabilidade, impessoalidade e finalidade, ***evidenciada a ausência de interesse público na instituição do direito****. Pedido julgado procedente, com eficácia ex tunc, ressalvada a irrepetibilidade da remuneração*

Acesso ao Sumário

auferida em razão de folgas já fruídas com fundamento na norma ora declarada inconstitucional." (grifei – ADIn nº 2038810-15.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 17.02.21 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**).

Nesse sentido também já decidi: ADIn nº 2.196.628-30.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 31.03.21; ADIn nº 2.237.884-50.2020.8.26.0000 e ADIn nº 2267901-69.2020.8.26.0000 – ambas v.u. j. de 04.08.21.

Ademais, como enfatizado pela **D. Procuradoria**:

"Como é cediço, a instituição de vantagens pecuniárias ou de qualquer natureza para servidores públicos se mostra legítima se realizada em conformidade com o interesse público e com as exigências do serviço, nos termos do art. 128 da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta."

"E, a vantagem ora impugnada conferida aos servidores públicos do Município de São Lourenço da Serra não atende a qualquer interesse público nem, 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."

"Não se vislumbra interesse público nem socorro às exigências do serviço a título de remuneração ou indenização a outorga de vantagem pecuniária que não tem qualquer causa jurídica hígida, significando autêntica liberalidade com o dinheiro público, o que é absolutamente imoral."

"O art. 128 da Constituição Estadual, norma que descende diretamente dos princípios de seu art. 111, condiciona a criação normativa subordinando a outorga de vantagens aos servidores aos motivos nele indicados (interesse público e exigências do serviço)."

"Não há na vantagem outorgada pela lei comunal impugnada qualquer causa razoável a justificar sua instituição, senão o implante de tratamento desigualitário em detrimento dos trabalhadores em geral, ferindo, pois, a isonomia e incompatível com a vocação institucional da Administração Pública e o conjunto de regras éticas extraídas da disciplina interior da Administração, divorciado do interesse público e da finalidade que não se coadunam com mordomias e benesses instituídas em prol de outros interesses, lesivas ao erário."

(...)

"Ora, o abono de aniversário não é adequado para valorização do servidor público. Mecanismos de meritocracia são relacionados ao cumprimento de deveres e, mormente, de metas, inexistentes no pressuposto normativo enfocado, consistente no aniversário do servidor público."

Acesso ao Sumário

"Tampouco é necessário. Ao contrário, implica ônus excessivo aos cofres públicos, pelo dispêndio indevido de verba."

"Nem é proporcional. Não existe relação lógica de causalidade entre o fato gerador da mordomia e sua finalidade." (fls. 163/167).

Destarte, inequívoca a inconstitucionalidade das normas atacadas.

Nesse sentido é a firme jurisprudência deste **Eg. Órgão Especial**, quanto à inconstitucionalidade de **gratificação genérica**:

"Assim, no caso concreto, cuja relação de labor é com a edilidade, verifica-se que ***a norma não fixou critérios objetivos ou fundamentos para a concessão da gratificação****; mas o fez de modo genérico, sem descrever ou justificar a doação do benefício, com o intuito de beneficiar servidor ou grupo de servidores (comissionados), a fim de lhes majorar a remuneração, em clara ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público, previstos no artigo 111, da Constituição Bandeirante. De outro lado, importante ressaltar que se não há uma razão peculiar, além do simples exercício da própria função inerente ao cargo, não se justifica a instituição, mediante lei, de vantagem pessoal na forma de adicional ou gratificação"* (ADIn nº 2.019.766-49.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 27.07.16 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigos 143, caput, e 144, ambos da Lei Complementar nº 79, de 17 de Dezembro de 2002, do Município de Santa Fé do Sul (Estatuto dos Servidores Municipais), conforme redação dada pela Lei nº 3.824, de 27 de Fevereiro de 2019, ***que estabelecem vantagens pecuniárias aos servidores municipais. Gratificação de até vinte por cento sobre o vencimento a servidores designados pelo Executivo municipal para exercício de atividades especiais dentro de sua área de atuação. Liberalidade não amparada em condição específica do serviço ou em particularidade pessoal do agente público. Critérios inidôneos que violam os princípios que regem a Administração Pública. Princípio da reserva legal também injuriado****. Incorporação de diferenças remuneratórias a servidores público pelo desempenho de função comissionada a partir do primeiro ano de efetivo exercício. Inobservância do modelo insculpido na Constituição estadual (artigo 133 da CE). Declaração de inconstitucionalidade integral do artigo 144 do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Santa Fé do Sul, na redação dada pela Lei nº 3.284/2019, dessa urbe, e, por arrastamento, do artigo 144 da Lei Complementar nº 79/2002, com a redação original determinada pela Lei Complementar nº 146/2007, ambas da cidade de Santa Fé do Sul, e declaração de inconstitucionalidade*

Acesso ao Sumário

parcial do artigo 143, da mencionada Lei Complementar, para consignar que somente os servidores com cinco anos de exercício efetivo fazem jus à incorporação. Decisão com efeito retroativo, ressalvadas as verbas de natureza alimentar, irrepetíveis. Ação procedente." (grifei – ADIn nº 2.238.474-61.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 04.03.20 – Rel. Des. **GERALDO WOHLERS**).

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INCISO II DO ARTIGO 56 E DO ARTIGO 62, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 85, DE 24 DE MARÇO DE 2009, DO MUNICÍPIO DE ESTRELA D'OESTE/SP – CONCESSÃO DE '**GRATIFICAÇÃO** ESPECIAL', A SER PAGA NO RESPECTIVO MÊS DE ANIVERSÁRIO, AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – VIOLAÇÃO AOS PARÂMETROS INSCULPIDOS NO ART. 128 DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA PARA FIXAÇÃO DE VANTAGENS DE QUALQUER NATUREZA – **AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO – DESVINCULAÇÃO, ADEMAIS, DAS EXIGÊNCIAS DE SERVIÇO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E RAZOABILIDADE EXPRESSOS NO ARTIGO 111 DA CARTA BANDEIRANTE** – OBSERVAÇÃO QUANTO À IRREPETIBILIDADE DAS PARCELAS PAGAS – PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E SEGURANÇA JURÍDICA – PEDIDO INICIAL PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO."* (grifei – ADIn nº 2251672-68.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 04.03.20 – Rel. Des. **FRANCISCO CASCONI**).

Há, pois, vício de inconstitucionalidade material – a afrontar aos **arts. 111 e 128 da Constituição Estadual.**

Portanto, de rigor o acolhimento da ação.

Por fim, é imprescindível esclarecer que a inconstitucionalidade ora decretada produz efeitos ***ex tunc***, fulminando a **Lei nº 1.098**, de **03.06.16**, do Município de **São Lourenço da Serra**, **desde** o seu nascedouro.

Considerando, no entanto, que a vantagem é concedida há longos anos, **ressalva-se** a não repetição das parcelas recebidas de boa-fé até a data deste julgamento, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Daí a **procedência** da ação, declarando-se a inconstitucionalidade da **Lei nº 1.098**, de **03.06.16**, do Município de **São Lourenço da Serra**, por ofensa aos **arts. 111 e 128 da Constituição Estadual**, com efeitos ***ex tunc***, assegurada a não repetição dos valores percebidos de boa-fé até a data do presente julgamento.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente a ação, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2120192-93.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TAQUARAL, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAQUARAL.

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 41137)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, 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, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 795, de 10 de maio de 2021, do Município de Taquaral, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre adoção de medidas temporárias e emergenciais na prevenção e combate ao contágio de Covid-19 e dá outras providências", obrigando os pacientes examinados e que apresentarem sintomas ou suspeita de contaminação de Covid-19, a serem identificados por pulseiras coloridas fornecidas pela Secretaria Municipal de Saúde – Invasão de competência privativa do Poder Executivo – Artigos 5º, 24, parágrafo 2º, '2', 47, incisos II, XIV e XIX e 144 da Constituição do Estado de São Paulo – Violação à separação de poderes – A obrigatoriedade de identificação de pacientes através de pulseiras coloridas, atribuindo obrigações à Secretaria de Saúde, vinculada ao Poder Executivo, e sem indicação de previsão de seu custo na lei orçamentária anual, caracteriza

Acesso ao Sumário

ingerência na gestão administrativa, invadindo competência reservada ao Chefe do Executivo Municipal – Imposição de identificação dos pacientes na forma estabelecida que não atende ao interesse público ou às exigências do serviço e que também fere os princípios da razoabilidade, finalidade e proporcionalidade – Artigo 111 da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade formal e material que se declara da Lei nº 795, de 10 de maio de 2021, do Município de Taquaral – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **Sr. Prefeito do Município de Taquaral**, em que pretende a declaração de inconstitucionalidade da lei nº 795, de 10 de maio de 2021, do Município de Taquaral, sustentando vício de iniciativa, por invadir área exclusiva do Poder Executivo, ao criar atribuições administrativas para este, afrontando o princípio da separação de poderes (fls. 01/12, com documento de fls. 13/24).

O pedido de liminar resultou deferido (fls. 26/27).

A **Câmara Municipal de Taquaral**, **por seu Presidente**, defendeu a constitucionalidade da norma questionada, bem como prestou informações sobre o seu processo legislativo (fls. 32/35).

Citada, a **Procuradoria Geral do Estado**, por seu representante, deixou de se manifestar no feito (certidão de fls. 41).

Regularmente processada a presente ação, manifestou-se a douta **Procuradoria Geral de Justiça**, em parecer constante de fls. 44/54, pela procedência do pedido e consequente declaração de inconstitucionalidade da lei questionada.

É o relatório.

Essa a legislação questionada (fls. 17/18):

Acesso ao Sumário

LEI Nº 795, DE 10 DE MAIO DE 2021.

DISPÕE SOBRE ADOÇÃO DE MEDIDAS TEMPORÁRIAS E EMERGENCIAIS NA PREVENÇÃO E COMBATE AO CONTÁGIO DE COVID 19 E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Artigo 1º – Os pacientes examinados e que apresentarem sintomas/suspeita de contaminação de COVID-19, obrigatoriamente serão identificados por uma pulseira fornecida pela Secretaria Municipal de Saúde.

Parágrafo único – As pessoas que residem no município ou utilizem o serviço de saúde de Taquaral, com o suspeito de contágio de COVID-19, serão identificadas através de pulseira colocada pelos profissionais de saúde.

Artigo 2º – No período de quarentena, a pessoa isolada não poderá deixar a sua residência ou hospedagem, tendo de permanecer em isolamento social, evitando o contato com as demais pessoas.

Parágrafo único – As pessoas em quarentena somente deverão abandonar o isolamento em caso de necessidade médica ou quando devidamente autorizadas a circular pela autoridade sanitária.

Artigo 3º – Para a implementação das regras do isolamento, a pessoa isolada será submetida a identificação, mediante o uso de pulseira.

§ 1º – Em caso de suspeita, deverá ser pulseira na cor AMARELA, em caso positivo, a pulseira será na cor VERMELHA.

§ 2º – As 'pulseiras' serão colocadas por profissionais de saúde e só por estes poderão ser retiradas, quando o contágio de COVID-19, for descartada.

§ 3º – Em caso de rompimento involuntário deverá ser comunicado imediatamente a unidade de saúde, para que, e possa promover a recolocação de uma nova pulseira.

§ 4º – A violação voluntária das pulseiras acarretará sanções administrativas, civil e criminal.

§ 5º – Os profissionais deverão verificar o uso diário, devendo promover visitas ou ligações de forma esporádica, a fim de fiscalizar o uso da pulseira.

§ 6º – Constatada a ausência do uso da pulseira, o profissional de saúde imediatamente lavrará o auto de infração comunicando-se ainda o Ministério Público.

§ 7º – Na hipótese de recusa em assinar o auto de infração, este será assinado por 1 (uma) testemunha.

Artigo 4º – Descumprimento das normas previstas nesta Lei, inclusive o rompimento da pulseira, ensejará na aplicação das seguintes penalidades: – multa de 5 (cinco) UFESP; e no caso de reincidência – multa de 10 (dez) UFESP.

Parágrafo único – Fica autorizado o Poder Executivo normatizar através de decreto, a forma da aplicação das multas, bem como sua cobrança.

Artigo 5º – As normas desta Lei aplicam-se também no âmbito de atendimento de saúde por clínicas e consultórios particulares.

Artigo 6º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Acesso ao Sumário

Da análise do texto, tem-se que é caso de ser acolhida a pretensão, com o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei, por caracterizado o vício de iniciativa e violação à separação de poderes.

Assim é que a Constituição do Estado, tratando de iniciativa privativa do

Poder Executivo, prevê em seus artigos:

> **Art.** 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
> **Art. 24** – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
> (...)
> § 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:
> (...)
> **2** – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;
> (...)
> **Art. 47** – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:
> (...)
> **II** – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;
> (...)
> **XIV** – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;
> (...)
> **XIX** – dispor, mediante decreto, sobre:
> a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;
> **Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Mais:

Segundo abalizada doutrina sintetizada pelo Prof. Giovani da Silva Corralo[1], também se mantém em reserva ao Chefe do Poder Executivo, as matérias que envolvam:

a)- servidores públicos;

b)- estrutura administrativa;

c)- leis orçamentárias; geração de despesas;

d)- leis tributárias benéficas.

Ao que se apura, a legislação questionada interfere no sistema público ao atribuir obrigações à Secretaria Municipal de Saúde, vinculada ao Poder Executivo, além de não indicar a fonte de custeio para a execução e, portanto, invade a esfera da estrutura administrativa local.

1 "O Poder Legislativo Municipal; SP: Malheiros, 2008, p. 82/87.

Importante realçar, que a disciplina das atribuições dos diferentes órgãos da Administração, resulta reservada ao Chefe do Poder Executivo e no exato limite de seu poder normativo sendo, dessa forma, imune a interferência do Poder Legislativo conforme disciplina dos artigos 5º e 47º, II, XIV e XIX, 'a', da Constituição do Estado de São Paulo e que se aplica, integralmente, na esfera dos municípios, a teor do seu artigo 144.

De se atentar, ademais, que a Constituição do Estado prevê no seu artigo 24, parágrafo 2º, '2', iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo para a "criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX", sendo que o tema se aplica a esfera municipal em face do já referido artigo 144.

Portanto, a matéria afeta à iniciativa legislativa resulta reservada ao Chefe do Executivo Municipal quando dispuser sobre a organização e o funcionamento da administração pública que, na hipótese da ausência de criação de despesas ou cargos e, também, sua extinção, será aplicada mediante expedição de decreto pelo Executivo.

No caso dos autos, a aquisição de insumos para o que se propõe a lei gera despesas consideráveis, sendo de competência reservada do Executivo a iniciativa legislativa de estabelecer o orçamento anual (artigo 174, inciso III da C.E.), vedada qualquer execução que não esteja incluída na lei orçamentária anual (artigo 176, inciso I da Constituição Estadual).

Cumpre observar também que o caso dos autos não cuida de qualquer situação que autorize a aplicação do artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal, pois não há qualquer interesse local específico, e também não se cuida de suplementar as legislações federal e estadual sobre referida matéria.

Além do mais, a norma questionada afronta a dignidade da pessoa humana, ao expor publicamente os indivíduos de sua condição de saúde conforme a categorização pela pulseira utilizada, afrontando também os princípios da isonomia, do interesse público, da razoabilidade, da finalidade e da proporcionalidade, em violação ao artigo 111 da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Segundo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da finalidade impõe que *"o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que 'o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato.'"*[2]

2 "Curso de Direito Administrativo", Ed. Malheiros, 2019, 34ª edição, pág. 110.

No tocante ao princípio da proporcionalidade, também restou violado, pois os *atos "cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam."*[3]

Assim, tem-se que é caso de ser acolhida a pretensão, com o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 795, de 10 de maio de 2021, por violar a separação dos Poderes consagrada pela Constituição Federal, e extrapolar os limites de competência e atribuição, não guardando coerência com o disposto nos artigos 1º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo, e tampouco com o artigo 24, inciso XII da Constituição da República[4].

> Artigo 1º – O Estado de São Paulo, integrante da República Federativa do Brasil, exerce as competências que não lhe são vedadas pela Constituição Federal.
> 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 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Cuidou também o i. Procurador de Justiça, em sua destacada manifestação, de apontar que *"a lei em cena contém **evidente afronta à dignidade da pessoa humana e ao princípio da razoabilidade**. O uso compulsório de pulseiras identificadoras do status sanitário da pessoa, para fins do Covid 19, é medida que não tem lógica, bom senso, racionalidade, nem é adequada, necessária e proporcional stricto sensu, fazendo emergir, por sua violência, posturas discriminatórias como as largamente adotadas nos regimes autoritários para distinguir pessoas sem motivo justo. Contém uma obrigação similar à aposição da estrela de Davi nos judeus confinados nos guetos e nos campos de concentração nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, à autoproclamação da imundice ou impureza imposta aos leprosos, como conta a Bíblia Sagrada (Lv 13: 45-46), ou ao uso de sino para advertência de sua chegada, prática verificada durante a Idade Média. O direito contemporâneo, radicado no **princípio-chave** da dignidade da pessoa humana, **repele** veemente **a estigmatização da pessoa com lastro em seu status sanitário, rompedor da privacy.**"* (fls. 54 – grifo no original).

Em casos análogos, decidiu o Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei Municipal nº

3 Op. Cit. Pág. 113.

4 "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)
XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;"

Acesso ao Sumário

16.351, de 30 de agosto de 2012, de São Carlos, a qual 'assegura aos deficientes visuais o direito de receber as correspondências oficiais do Poder Executivo Municipal confeccionadas em braille'. Vício de iniciativa. Inocorrência. Iniciativa legislativa comum. Recente orientação do Eg. Supremo Tribunal Federal. Organização administrativa. Cabe ao Executivo a gestão administrativa. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração' e separação dos poderes. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 47, inciso XIV e 144 da Constituição Estadual). Fonte de custeio. Ausência de indicação não torna a norma inconstitucional, podendo resultar apenas em sua inexequibilidade para o mesmo exercício. Precedentes do C. Órgão Especial, bem como do Pretório Excelso. Causa petendi aberta. Possível análise de outros aspectos constitucionais da questão. Competência legislativa. Lei municipal tratando de proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência. Usurpação de competência da União para editar normas gerais sobre a matéria (art. 24, XIV da CF). O acesso a correspondências oficiais interessa a todos os deficientes visuais, e não somente àqueles residentes no Município de São Carlos. Inexiste interesse ou peculiaridade local a justificar a disciplina da matéria pela Municipalidade. Violação ao pacto federativo (art. 144 da CE). Precedente deste C. Órgão Especial. Inconstitucionalidade reconhecida também por este fundamento. Ação procedente, na parte conhecida." (ADI nº 2003301-91.2018.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 29.08.2018, v.u.);

"Ação Direta de inconstitucionalidade. Lei 4.944, de 10 de março de 2010, do Município de Catanduva. Norma que regulamenta a confecção de receituários médicos e carimbos, para os profissionais da área da saúde e dá outras providências. Projeto de lei de autoria de Vereador. Ocorrência de vício de iniciativa. Competência privativa do chefe do Executivo para a iniciativa de lei sobre organização e funcionamento da Administração, inclusive as que importem indevido aumento de despesa pública sem a indicação dos recursos disponíveis. Inconstitucionalidade material. Usurpação de competência privativa da União e dos Estados. Ausência de interesse local. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Procedência da ação. É inconstitucional lei, de iniciativa parlamentar, que regulamenta no Município de Catanduva a confecção de receituários médicos e carimbos, para os profissionais da área da saúde e dá outras providências, pois trata de matéria tipicamente administrativa, cuja competência exclusiva é do chefe do Poder Executivo, responsável para a iniciativa de lei sobre organização e funcionamento da Administração, configurando violação ao princípio da separação de poderes por invasão da esfera da gestão administrativa. A norma impugnada também

Acesso ao Sumário

é inconstitucional, cm razão de violação à repartição constitucional das competências legislativas, por tratar de matéria sem predominância de interesse local." (ADI nº 0269415-72.2012.8.26.0000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 05.06.2013, m.v.).

Evidente, assim, a inconstitucionalidade da Lei nº 795, de 10 de maio de 2021, do Município de Taquaral, por vício formal e material.

Pelo exposto, **JULGO PROCEDENTE** a presente ação direta de inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2237753-75.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE URUPÊS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE URUPÊS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC' E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.840)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGOS 3º E 4º DA LEI Nº 1.549, DE 21 DE FEVEREIRO DE 2002, DO MUNICÍPIO DE URUPÊS (COM O ACRÉSCIMO REALIZADO PELA LEI Nº 1.800, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2007) – ABONO DE ANIVERSÁRIO INSTITUÍDO

Acesso ao Sumário

EM PROL DE SERVIDORES MUNICIPAIS – AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO – AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA FINALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO – DESRESPEITO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO".

"Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se autoadministrar, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito à remuneração de seus servidores, em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante".

"As vantagens pecuniárias devem estar sempre associadas ao interesse público e às exigências do serviço, nos termos do artigo 128 da Constituição Estadual, não podendo ser utilizadas como forma de aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade consagrados pelo artigo 111 da mesma Carta".

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face dos artigos 3º e 4º da Lei nº 1.549, de 21 de fevereiro de 2002, do Município de Urupês *(com o acréscimo realizado pela Lei nº 1.800, de 30 de novembro de 2007)*, que preveem a percepção de abono de aniversário ao servidor municipal, apontando violação aos artigos 111, 128 e 144 da Carta Bandeirante.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que a vantagem instituída pelos dispositivos impugnados não atende a nenhum interesse público e tampouco às exigências do serviço, servindo apenas como mecanismo destinado a beneficiar interesses financeiros e pessoais exclusivamente privados dos servidores públicos, traduzindo autêntica liberalidade com o dinheiro público, implicando ofensa ao princípio da moralidade. Ponderando, no mais, que se encontram pre-

Acesso ao Sumário

sentes os pressupostos do ***fumus boni iuris*** e do ***periculum in mora***, insiste na suspensão da eficácia dos artigos 3º e 4º da Lei nº 1.549, de 21 de fevereiro de 2002, do Município de Urupês *(com o acréscimo realizado pela Lei nº 1.800, de 30 de novembro de 2007)*, até decisão definitiva, declarando-se, a final, sua inconstitucionalidade.

Concedida a liminar e improvido o Agravo Interno interposto pelo Prefeito Municipal *(fls. 180/194)*, o Presidente da Câmara Municipal e a Procuradora Geral do Estado deixaram transcorrer, ***in albis***, o prazo para manifestação *(cf. fl. 209)*.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, insistiu na procedência da ação direta, reiterando os termos da inicial *(fls. 212/217)*.

É o relatório.

A ação é de ser julgada procedente.

O texto impugnado tem o seguinte teor, ***verbis***:

Lei nº 1.549, de 21 de fevereiro de 2002, do Município de Urupês:

"Artigo 3º *– Fica igualmente assegurado aos servidores municipais da Administração Centralizada e Fundacional o pagamento de um abono anual, correspondente ao valor do salário mínimo vigente na data do aniversário natalício do servidor.*

Parágrafo Único *– Sobre o abono de que trata este artigo não incidirá a contribuição devida à Previdência Social. (acrescentado pela Lei Municipal nº 1.800, de 30 de novembro de 2007)*

Artigo 4º *– O pagamento do abono de que trata o artigo anterior deverá ser efetuado no mês do aniversário natalício do servidor, a partir do corrente exercício.*

Parágrafo Único *– O disposto neste artigo é extensivo aos servidores inativos do Quadro de Pessoal da Prefeitura, sob o regime estatutário, nas mesmas bases e condições, sendo vedada a percepção cumulativa do mesmo" (cf. fls. 106 e 128).*

Com efeito, os dispositivos normativos questionados dispõem sobre vantagem pecuniária instituída em prol dos servidores municipais de Urupês, correspondente ao pagamento de um salário mínimo no mês do respectivo aniversário.

Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se autoadministrar, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito à remuneração do funcionalismo público, em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante.

Na verdade, a contraprestação percebida pelo servidor público compreende uma parcela básica, que corresponde ao vencimento, acrescida de vantagens

Acesso ao Sumário

pecuniárias, ambas fixadas em lei.

Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que *"os estipêndios dos servidores públicos compõem-se de uma parte fixa, representada pelo padrão fixado em lei, e uma parte que varia de um servidor para outro, em função de condições especiais de prestação do serviço, em razão do tempo de serviço e outras circunstâncias previstas nos estatutos funcionais e que são denominadas, genericamente, de vantagens pecuniárias; elas compreendem, basicamente, adicionais, gratificações e verbas indenizatórias" (Direito Administrativo, Editora Forense, 29ª edição, pág. 676).*

Na lição de Hely Lopes Meirelles, *"vantagens pecuniárias são acréscimos ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço ('ex facto temporis'), ou pelo desempenho de funções especiais ('ex facto officii'), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço ('propter laborem'), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor ('propter personam'). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais). Todas elas são espécies do gênero retribuição pecuniária, mas se apresentam com características próprias e efeitos peculiares em relação ao beneficiário e à Administração, constituindo os 'demais componentes do sistema remuneratório' referidos pelo art. 39, § 1º, da CF"*, enfatizando, contudo, que **"*<u>não são liberalidades pura da Administração</u>*", mas "*<u>vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor</u>*"** *(Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição, Malheiros, págs. 488 e 495 – grifo nosso)*.

Gratificações e adicionais, portanto, são espécies do gênero vantagem pecuniária, sendo as primeiras concedidas em decorrência de serviços comuns prestados em situações anormais, ou diante de condições individuais do servidor; na segunda hipótese o funcionário é recompensado pelo decurso do tempo no cargo, ou por força do exercício de função especial, que exige conhecimento especializado ou um regime próprio de trabalho.

Acesso ao Sumário

Seja como for, independentemente da nomenclatura conferida pela norma, *"o fator mais importante é o que leva em conta que as vantagens pecuniárias **<u>pressupõem sempre a ocorrência de um suporte fático específico para gerar o direito a sua percepção</u>**. Será, pois, irrelevante que a vantagem relativa ao tempo de serviço seja denominada de adicional de tempo de serviço ou de gratificação de tempo de serviço; de adicional de insalubridade ou de gratificação de insalubridade; de adicional ou de gratificação de nível universitário. **<u>O que vai importar é a verificação, na norma pertinente, do fato que gera o direito à percepção da vantagem</u>**" (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 30ª edição, Editora Atlas, pág. 787 – grifos nossos).*

A isso acresça-se que as vantagens pecuniárias devem estar sempre associadas ao interesse público e às exigências do serviço, nos termos do artigo 128 da Constituição Estadual, não podendo ser utilizadas como forma de aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade consagrados pelo artigo 111 da mesma Carta.

Pela leitura da norma objurgada, verifica-se que o legislador municipal criou **modalidade de compensação genérica**, por mera liberalidade, o que não se compatibiliza com os princípios da moralidade, da finalidade e da razoabilidade.

Cabe ressaltar que, desde a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, a eficiência é princípio expresso a ser observado pela Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, admitindo-se, inclusive, a instituição de adicionais ou prêmios como forma de estimular maior empenho na melhoria dos serviços, contribuindo-se para o desenvolvimento de programas e políticas públicas *(artigos 37, **caput**, e 39, § 7º, ambos da Constituição Federal)*.

Sucede que a vantagem instituída no âmbito do Município de Urupês não está amparada em condições anormais de serviço, pelo contrário, busca premiar o servidor pela simples passagem de seu aniversário, elegendo critério desarrazoado e descompromissado com o interesse público.

Na verdade, inexiste situação excepcional que vá além do simples exercício da própria função pública, não se vislumbrando, ***ipso facto***, causa jurídica razoável a justificar sua concessão.

Destaco, a propósito, precedentes da lavra deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – São Manuel. Lei nº 1.946, de 02.07.93 concedendo gratificação especial aos servidores municipais, no mês do respectivo aniversário e Lei nº 972, de 08.02.12, renumerada para Lei nº 3.546, de 08.02.12, estendendo o benefício aos servidores do Poder Legislativo. Inconstitucionalidade material. Benefício genérico. Fixação de abono natalício sem qualquer critério objetivo para a concessão. Descabimento. Vantagem não atende ao interesse público ou às exigências do serviço. Ofensa a princípios constitucionais, mormente os da moralidade, razoabilidade, interesse público e eficiência. Configurada violação aos arts. 111 e 128 da Constituição Estadual. Precedentes. Efeitos. Invalidação das normas ex tunc, ressalvada a não repetição dos valores percebidos de boa-fé até a data do presente julgamento. Ação procedente, com observação"*** *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2237884-50.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Evaristo dos Santos – Data do Julgamento: 04/08/2021).*
>
> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei de núme-***

Acesso ao Sumário

ro 797, de 21 de fevereiro de 1994, do município de Torrinha, que 'concede abono especial de aniversário e dá outras providências', com redação parcialmente alterada pela Lei 837, de 22 de fevereiro de 1995, do mesmo Município. Lei que prevê o pagamento de uma vantagem pecuniária, no valor de um salário mínimo, no mês de aniversário do servidor. Condiciona o referido pagamento, ainda, à inexistência de mais de cinco faltas não justificadas ao serviço. Medida desnecessária para o atendimento do objetivo que se persegue (assiduidade). Ao disponibilizar pagamento em decorrência do adimplemento de obrigação esperada e inerente ao exercício do cargo, a lei distancia-se da busca do interesse público e, com isso, lesiona os princípios norteadores pertinentes. Precedentes. Lesão aos artigos 111, 128 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Ação julgada procedente, com ressalva" *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2207050-98.2019.8.26.0000, Relator Desembargador Alex Zilenovski – Data do Julgamento: 11/03/2020).*

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve os arts. 1º a 4º da Lei nº 3.071, de 27 de março de 2018, e da Lei nº 2.393, de 04 de abril de 2008, do município de Ibaté – Leis que versam sobre gratificação de aniversário e por assiduidade, pontualidade e produtividade (o chamado 14º salário) aos servidores públicos locais – Vantagens pecuniárias vinculadas à própria prestação de serviço como deveres gerais e inerentes de todos os servidores e que não atendem ao interesse público e nem têm relação com exigências do serviço, trazendo ônus financeiro ao Poder Público – Discricionariedade na gestão pública que não é ilimitada, pois deve seguir os preceitos constitucionais – Ofensa aos princípios da moralidade, finalidade, interesse público e razoabilidade – Afronta aos arts. 111 e 128 da Constituição do Estado de São Paulo – Argumentação de que gratificação reduz faltas, atrasos e que melhora produtividade que não afasta a inconstitucionalidade verificada, porquanto são deveres de todo e qualquer servidor público já remunerado normalmente – Assiduidade, pontualidade e simples data do aniversário como requisitos para o recebimento dos benefícios examinados que não cumprem os preceitos de interesse público e de exigência do serviço público – Eficiência dos serviços que igualmente é inseparável da sua prestação, não servindo de justificativa isolada para criação de outras verbas quando fora dos parâmetros constitucionais – Previsão em lei orçamentária e enquadramento nos limites com gasto de pessoal que não arredam a inconstitucionalidade – Modulação de efeitos – Não cabimento por ausência de seus requisitos – Não repetição do que já foi pago até esta decisão, uma vez que recebido de boa-fé – Ação procedente" *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2207122-85.2019.8.26.0000, Relator Desembargador Álvaro Passos – Data do Julgamento: 12/02/2020).*

Acesso ao Sumário

É importante, ainda, consignar que a vigência prolongada do dispositivo impugnado não conduz à sua convalidação, já que o vício de inconstitucionalidade é suficientemente grave para que sobre ele não recaia decadência, nem prescrição.

Em outras palavras, *"... a situação de flagrante inconstitucionalidade não pode ser amparada em razão do decurso do tempo ou da existência de leis locais que, supostamente, agasalham a pretensão de perpetuação do ilícito. 5. A inconstitucionalidade* ***prima facie*** *evidente impede que se consolide o ato administrativo acoimado desse gravoso vício em função da decadência. (...) Consectariamente, a edição de leis de ocasião para a preservação de situações notoriamente inconstitucionais, ainda que subsistam por longo período de tempo, não ostentam o caráter de base da confiança a legitimar a incidência do princípio da proteção da confiança e, muito menos, terão o condão de restringir o poder da Administração de rever seus atos" (MS nº 26.860/DF, Relator Ministro Luiz Fux).*

Rememore-se, na mesma linha, entendimento sufragado por este C. Órgão Especial, ***verbis***:

> ***"A declaração da inconstitucionalidade da norma sindicada não afronta ao disposto no artigo 115, inciso XVII, que trata da irredutibilidade dos vencimentos, pois esta garantia pressupõe a constitucionalidade da norma que a estabelece, não sendo possível adquirir um direito proveniente de norma viciada na origem. No mesmo sentido, simples fato de viger há mais de 25 anos não impede a sindicância constitucional da norma, pois não se sujeitam as ações do controle concentrado de constitucionalidade a prazos prescricionais"*** *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2021354-57.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Francisco Casconi).*

Como corolário, inexistindo nos dispositivos impugnados causa jurídica razoável a justificar a concessão da vantagem pecuniária neles prevista, sobretudo diante da absoluta ausência de interesse público na sua instituição, é de rigor o decreto de procedência da ação por ofensa aos princípios da finalidade, da moralidade e da razoabilidade, tipificando violação ao disposto nos artigos 111 e 128 da Carta Paulista.

De resto, não vislumbro razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas hostilizadas, observando, contudo, que não cabe cogitar da devolução de valores recebidos com esteio na legislação ora reputada inconstitucional, notadamente porque se trata de verbas de caráter alimentício, percebidas de boa-fé.

Nesse particular, não é ocioso registrar que este C. Órgão Especial tem afastado a modulação de efeitos em casos análogos[1], sendo oportuno trazer à

Acesso ao Sumário

1 ADI nº 2071539-94.2020.8.26.0000, Relator Des. Moreira Viegas *(Data do Julgamento: 11/11/2020)*; ADI nº 2058976-68.2020.8.26.0000, Relator Des. Ferreira Rodrigues *(Data do Julgamen-*

colação o seguinte excerto de voto convergente da lavra do eminente Desembargador Ricardo Anafe, proferido nos Embargos de Declaração nº 2227152-49.2016.8.26.0000/50000, ***verbis***:

> ***"... a pretensão de modulação dos efeitos se mostra de todo descabida na hipótese, pois enquanto não cumprida a decisão declaratória de inconstitucionalidade, continuarão a ser efetuados pagamentos indevidos de gratificações, o que implica em dano ao erário em razão da irrepetibilidade desses valores, dado seu caráter alimentar e o recebimento de boa-fé, além do que esse pagamento desacredita o sistema constitucional de remuneração e gera desigualdade, na medida em que uns recebem determinadas vantagens (ainda que inconstitucionais) e outros não"*** *(Embargos de Declaração nº 2227152-49.2016.8.26.0000/50000).*
>
> No mesmo sentido:
>
> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PRONUNCIAMENTO POSITIVO – MODULAÇÃO. A modulação de pronunciamento do Supremo, considerada a passagem do tempo, implica, a um só tempo, desconhecer írrito o ato contrário à Constituição Federal e estimular atuação normativa à margem desta última, apostando-se na morosidade da Justiça e em ter-se o dito pelo não dito, como se, até então, a Lei Fundamental não houvesse vigorado.***
>
> ***(...) Toda norma editada à margem da Carta da República é írrita e, portanto, não tem como mitigar a eficácia da Constituição Federal. Além desse aspecto, há outro: o viés estimulante. A partir do momento em que o Supremo não declara – como deve, sob a minha óptica, fazê-lo – inconstitucional uma lei desde o nascedouro, estimula as casas legislativas do Brasil a editarem leis à margem da Carta Federal, para que, com a passagem do tempo, existam as 'situações constituídas' – e não são devidamente constituídas – que, posteriormente, venham a ser endossadas, muito embora no campo indireto, presente a modulação"*** *(ADI nº 3.848/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio).*

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 3º e 4º da Lei nº 1.549, de 21 de fevereiro de 2002, do Município de Urupês, com a redação dada pela Lei nº 1.800, de 30 de novembro de 2007, do mesmo Município, com efeito ***ex tunc***, sem devolução dos valores, nos termos do acórdão. Comunique-se oportunamente à Prefeitura e à Câmara Municipal, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/1999.

Acesso ao Sumário

to: 09/09/2020); ADI nº 2202267-63.2019.8.26.0000, Relator Des. Geraldo Wohlers; ADI nº 2111900-95.2016.8.26.0000, Relator Des. Evaristo dos Santos; ADI nº 2021354-57.2017.8.26.0000, Relator Des. Francisco Casconi.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2005650-62.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DE ALEGRIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANTÔNIO DE ALEGRIA.

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 34.155)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. ART. 1º DA LEI N. 1.317, DE 17 DE JUNHO DE 2002 E, POR ARRASTAMENTO, DO ART. 3º DA LEI N. 1.284, DE 13 DE SETEMBRO DE 2001, DO MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DA ALEGRIA. Abono especial de aniversário, pago aos servidores públicos municipais. Superveniência da Lei n. 1.896, de 23 de março de 2021, que revogou os atos normativos ora impugnados. Ausência superveniente de interesse processual.

Processo extinto, sem análise do mérito.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procura-

dor Geral de Justiça, em face dos artigos 1º da Lei nº 1.317, de 17 de junho de 2002 e, por arrastamento, do art. 3º da Lei nº 1.284, de 13 de setembro de 2001 (fls. 2).

Transcreve a lei impugnada. Alega contrariedade aos artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal e aos artigos 5º, 24, § 2º, 1 e 4, 111 e 128 da Constituição Estadual. Diz que a instituição de vantagens pecuniárias ou de qualquer natureza para servidores públicos se mostra legítima, se realizada em conformidade com o interesse público e com as exigências do serviço, nos termos do art. 128 da Constituição do Estado. Argumenta que vantagem impugnada, conferida aos servidores públicos da Câmara e da Prefeitura Municipal de Santo Antônio da Alegria, não atende a qualquer interesse público nem, tampouco, às exigências do serviço. Afirma que não se vislumbra interesse público, nem socorro às exigências do serviço a título de remuneração ou indenização a outorga de vantagem pecuniária. Argui ofensa aos princípios da isonomia e da razoabilidade. Transcreve jurisprudência. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar. Daí, pedir a procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 1.317, de 17 de junho de 2002 e, por arrastamento, do art. 3º da Lei nº 1.284, de 13 de setembro de 2001, do Município de Santo Antônio da Alegria (fls. 1/14).

A liminar foi deferida (fls. 141/142).

Os réus prestaram informações (fls. 147/149, 158/159 e 165/167), informando a publicação da lei revogadora dos atos normativos ora impugnados.

A ilustre Procuradoria Geral do Estado opinou pela procedência da ação (fls. 98/114).

A douta Procuradoria Geral de Justiça pleiteou a conversão do julgamento em diligência, a fim de que se determinasse aos réus a comprovação da edição da lei revogadora (fls. 171/172), o que foi deferido e cumprido pela Câmara Municipal de Santo Antônio da Alegria (fls. 177/178).

O parquet, então, manifestou-se pelo reconhecimento da perda do objeto da ação (fls. 218/222).

É o relatório.

Objetivava o autor seja a ação julgada procedente "para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 1.317, de 17 de junho de 2002 e, por arrastamento, do art. 3º da Lei nº 1.284, de 13 de setembro de 2001, do Município de Santo Antônio da Alegria." (fls. 12).

Assim dispunha o art. 1º da Lei n. 1.317, de 17 de junho de 2002, do Município de Santo Antônio da Alegria, que "dá nova redação ao artigo 3º da Lei Municipal nº 1.284, de 13 de setembro de 2001":

Art. 1º Passa o artigo 3º da Lei Municipal nº 1.284 de Setembro de 2001, a vigorar com a seguinte redação:

Acesso ao Sumário

'Art. 3º Quando do aniversário do funcionário, fará jus este, a um auxílio alimentação de um salário mínimo vigente, em substituição ao 'salário aniversário' instituído pela Lei Municipal nº 1.074/96, lei esta que fica revogada em todos os seus termos.'

O art. 3º da Lei nº 1.284, de 13 de setembro de 2001, do Município de Santo Antônio da Alegria, por sua vez, que "cria o auxílio alimentação, revoga lei, cria cargos em comissão e transforma cargo no quadro geral da Prefeitura Municipal de Santo Antônio da Alegria e dá outras providências", assim previa:

Art. 3º Quando do aniversário do funcionário, fará jus este, a um auxílio alimentação de R$ 180,00 (cento e oitenta reais), em substituição ao 'salário aniversário' instituído pela Lei Municipal nº 1.074/96, lei esta que fica revogada em todos os seus termos.

Todavia, em 23 de março de 2021 foi publicada a Lei n. 1.896, com a seguinte redação:

Art. 1º – Fica revogado o artigo 3º da Lei Municipal nº 1.284 de 13 de setembro de 2001, alterada pela Lei nº 1.317, de 17 de junho de 2002 que dispõe:

'Quando do aniversário do funcionário, fará jus este, a um auxílio alimentação de um salário mínimo vigente, em substituição ao "salário aniversário" instituído pela Lei Municipal nº 1.074/96, lei esta que fica revogada e todos os seus termos.'

Art. 2º – Fica revogado integralmente a Lei Municipal nº 1.590, de 30 de dezembro de 2009 que dispõe sobre a concessão de folga no dia do aniversário do servidor público municipal de Santo Antônio da Alegria.

Art. 3° – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Assim, de início, cumpre analisar a preliminar de perda superveniente do objeto da presente ação levantada pelos réus e pela Procuradoria Geral de Justiça, tendo em vista a edição da lei revogadora dos atos normativos ora impugnados.

É cediço na jurisprudência que, em ações diretas de inconstitucionalidade, a revogação da norma, durante a tramitação do processo, enseja a perda superveniente do objeto da ação.

É o caso, portanto, de se extinguir o processo sem análise do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "está caracterizada a carência superveniente por falta do interesse de agir pela revogação dos preceitos normativos impugnados, tendo em vista não mais ser necessária a tutela jurisdicional pretendida." (fls. 222).

Nessa senda já entendeu este Colendo Órgão Especial:

Ação direta de inconstitucionalidade – Resolução nº 526, de 11 de agosto de 2005, do Município de Guaratinguetá – Concessão de dispensa do

Acesso ao Sumário

expediente de trabalho ao servidor municipal, do Poder Legislativo, no dia de seu aniversário – Revogação expressa do ato normativo impugnado pela Resolução nº 683, de 22 de setembro de 2020 – Ausência de condição da ação – Superveniente falta de interesse de agir – Processo extinto, sem resolução de mérito. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2210944-48.2020.8.26.0000; Relator: Des. Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/08/2021; Data de Registro: 12/08/2021)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento de validade da Lei n. 4.233, de 16 de fevereiro de 2021, do Município de Piraju, que flexibiliza as medidas de quarentena de trata o Decreto Estadual n. 64.881/2020. Superveniência, entretanto, da Lei n. 4.243/2021, revogando expressamente a lei impugnada. Perda de objeto. Conforme lição de Luís Roberto Barroso, "a revogação ou o exaurimento dos efeitos da lei impugnada fazem com que a ação perca seu objeto ou, mais tecnicamente, levam à perda superveniente do interesse processual, haja vista que a medida deixou de ser útil e necessária". Precedentes do STF. Ação julgada extinta, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2038274-67.2021.8.26.0000; Relator: Des. Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 14/07/2021; Data de Registro: 29/07/2021)

Ante o exposto, julga-se extinta a ação sem julgamento do mérito, por perda superveniente de objeto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111133-81.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS – JOSÉ CRECENTINO BUSSAGLIA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS.

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 23.695)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES,

Acesso ao Sumário

A.C.MATHIAS COLTRO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE e JAMES SIANO.

São Paulo, 20 de outubro de 2021.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 2375/2021, do Município de Santa Cruz das Palmeiras, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a isenção de ISSQN aos profissionais e empresas que ficaram impedidos de prestar serviços durante a situação de emergência decretada para enfrentamento do COVID-19". Ausência de vício de iniciativa. Tema n. 682 do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade do art. 113 do ADTC na espécie, dada a natureza excepcional da isenção, destinada ao enfrentamento de estado de calamidade. Emendas Constitucionais ns. 106 e 109. Adequação da espécie normativa, não se tratando de lei orçamentária, e impossibilidade de confronto com a Lei Orgânica do Município. Precedentes. Ação julgada improcedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da edição da Lei n. 2375/2021, do Município de Santa Cruz das Palmeiras, de iniciativa parlamentar, que *"dispõe sobre a isenção de ISSQN aos profissionais e empresas que ficaram impedidos de prestar serviços durante a situação de emergência decretada para enfrentamento do COVID-19"*. Sustenta o autor que, mesmo reconhecida competência concorrente, a lei editada não foi precedida de estimativa de impacto financeiro, como o impõe o artigo 113 do ADTC, de reprodução obrigatória nos Estados, de resto ainda em afronta aos preceitos dos artigos 174, *caput* e parágrafo 6º, bem como artigo 176, I e II, ambos da Constituição do Estado, e combinados com seu artigo 144. Acrescenta que não se respeitou também o princípio da hierarquia das leis e o artigo 146 da Constituição Federal, porque o CTN Municipal se editou por lei complementar e por imposição mesmo da Lei Orgânica, pelo que só por outra de igual natureza poderia ter sido alterado. Por fim, aduz desrespeito à Lei de Responsabilidade Fiscal, expondo-se o Chefe do Executivo às sanções de improbidade, além de, com a

Acesso ao Sumário

renúncia fiscal verdadeiramente havida, ainda se sujeitar toda a população local aos efeitos daí decorrentes, causa, de resto, ao pleito de concessão de liminar.

Indeferida a liminar (fls. 74/80), foram prestadas informações pelo Presidente da Câmara Municipal, defendendo a constitucionalidade da norma (fls. 89/106).

A Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar (fls. 87).

A Procuradoria Geral de Justiça foi pela improcedência (fls. 158/166).

É o relatório.

O pedido inicial não colhe, valendo, a propósito, remissão inclusive ao quanto já assentado por ocasião do indeferimento da liminar.

Em primeiro lugar, sobre a questão da competência para edição de leis de ordem tributária, mesmo quando haja renúncia fiscal, já assentou a Suprema Corte, com repercussão geral:

"*Tributário. Processo legislativo. Iniciativa de lei. 2. Reserva de iniciativa em matéria tributária. Inexistência. 3. Lei municipal que revoga tributo. Iniciativa parlamentar. Constitucionalidade. 4. Iniciativa geral. Inexiste, no atual texto constitucional, previsão de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo em matéria tributária. 5. Repercussão geral reconhecida. 6. Recurso provido. Reafirmação de jurisprudência*". (**ARE 743480/MG Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes J. 10.10.2013 – Tema n. 682:** "*Inexiste, na Constituição Federal de 1988, reserva de iniciativa para leis de natureza tributária, inclusive para as que concedem renúncia fiscal.*").

E note-se no caso não se tratar de lei orçamentária, de iniciativa do Chefe do Executivo, mas sim de lei tributária de isenção, ademais por isso objeto mesmo de lei ordinária.

De outro lado, no que se aduz mácula derivada da ausência de estudo do impacto financeiro decorrente da aplicação da norma, verdade que recentemente este Colegiado alterou sua posição, que era de que o art. 113 do ADCT não traduzia norma de reprodução obrigatória, para se ajustar à jurisprudência mais recente da Suprema Corte. Confira-se:

Acesso ao Sumário

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 12.058, DE 28 DE AGOSTO DE 2019, DO MUNICÍPIO DE SOROCABA/SP, QUE 'DISPÕE SOBRE INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS PARA MELHORIAS NOS BAIRROS E LOGRADOUROS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – CONCESSÃO DE INCENTIVO FISCAL CONSISTENTE NO ABATIMENTO DO IPTU DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS QUE APOIEM (MEDIANTE DOAÇÃO OU PATROCÍNIO) PROJETOS DE MELHORIA NOS BAIRROS E LOGRADOUROS PÚBLICOS, A SEREM PROMOVIDOS POR ASSOCIAÇÕES DE MORADORES LOCAIS, LIMITANDO A DEDUÇÃO A 10% (DEZ POR CENTO) DO VALOR DEVIDO – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLA-*

TIVO LOCAL – VIABILIDADE – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE ENTRE OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO PARA EDIÇÃO DE NORMA TRIBUTÁRIA – PRECEDENTES DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (TEMA Nº 682) – ARTIGO 6º, TODAVIA, QUE POR ESTABELECER OBRIGAÇÕES AO EXECUTIVO LOCAL (CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARA APRECIAÇÃO DOS PROJETOS), VIOLA A RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO (ARTIGO 47, INCISOS II E XIV, DA CE), MALFERINDO CONSEQUENTEMENTE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – MÁCULA TAMBÉM VERIFICADA NO ARTIGO 8º, POR SER INVIÁVEL A INSTITUIÇÃO DE PRAZO PARA O EXECUTIVO REGULAMENTAR A NORMA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL (ARTIGO 163, § 6º, DA CE) NÃO CARACTERIZADA – LEI QUE ESTABELECE OS ELEMENTOS ESSENCIAIS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO FISCAL – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AFETAÇÃO (OU NÃO VINCULAÇÃO) TRIBUTÁRIA (ARTIGO 176, INCISO IV, DA CE) RECONHECIDA – INSTITUIÇÃO DE INCENTIVO QUE ENSEJOU VINCULAÇÃO DE PARCELA DA ARRECADAÇÃO DO IPTU PELO MUNICÍPIO, FORA DAS EXCEÇÕES CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS – EXAME DE CONFORMIDADE AO ARTIGO 113 DO ADCT – POSSIBILIDADE, À LUZ DO PRINCÍPIO DA 'CAUSA PETENDI' ABERTA – DISPOSITIVO QUE EXIGE ESTIMATIVA DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO EM PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS QUE CRIEM RENÚNCIA DE RECEITA – POSICIONAMENTO DO C. ÓRGÃO ESPECIAL QUE TEM AFASTADO SUA INCIDÊNCIA AOS MUNICÍPIOS – RECENTES JULGADOS DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TODAVIA, REAFIRMANDO SUA PARAMETRICIDADE A TODOS OS ENTES FEDERADOS QUANTO AO PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA, A JUSTIFICAR ACOLHIMENTO DA TESE – PRETENSÃO INICIAL PROCEDENTE." (**ADI n. 2086325-46.2020.8.26.0000, rel. Des. Francisco Casconi, j. 29.09.2021**).

Citam-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal no mesmo acórdão:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. LEI Nº 1.293, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2018, DO ESTADO DE RORAIMA. ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (IPVA) PARA PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS GRAVES. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 150, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 113 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS ADCT. O ARTIGO 113 DO ADCT DIRIGE-SE A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. RENÚNCIA DE RECEITA SEM ESTIMATIVA DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO DA LEI IMPUGNADA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 150, II, DA CARTA MAGNA: CARÁTER EXTRAFIS-*

Acesso ao Sumário

CAL DA ISENÇÃO COMO CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA CONHECIDA E JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. 1. A Lei nº 1.293/2018 do Estado de Roraima gera renúncia de receita de forma a acarretar impacto orçamentário. A ausência de prévia instrução da proposta legislativa com a estimativa do impacto financeiro e orçamentário, nos termos do art. 113 do ADCT, aplicável a todos os entes federativos, implica inconstitucionalidade formal. 2. A previsão de incentivos fiscais para atenuar situações caracterizadoras de vulnerabilidades, como ocorre com os portadores de doenças graves, não agride o princípio da isonomia tributária. Função extrafiscal, sem desbordar do princípio da proporcionalidade. Previsão abstrata e impessoal. Precedentes. Ausência de inconstitucionalidade material. 3. O ato normativo, não obstante viciado na sua origem, acarretou a isenção do IPVA a diversos beneficiários proprietários de veículos portadores de doenças graves, de modo a inviabilizar o ressarcimento dos valores. Modulação dos efeitos da decisão para proteger a confiança legítima que resultou na aplicação da lei e preservar a boa-fé objetiva. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.293, de 29 de novembro de 2018, do Estado de Roraima, com efeitos ex nunc a contar da data da publicação da ata do julgamento." **(STF ADI6074, Relatora: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 05-03-2021 PUBLIC 08-03-2021)**

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO FINANCEIRO. LEI Nº 1.237, DE 22 DE JANEIRO DE 2018, DO ESTADO DE RORAIMA. PLANO DE CARGOS, CARREIRAS E REMUNERAÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS DA ÁREA ADMINISTRATIVA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE RORAIMA UERR. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 169, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 113 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS ADCT. A AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NÃO IMPLICA INCONSTITUCIONALIDADE. IMPEDIMENTO DE APLICAÇÃO DA LEI CONCESSIVA DE VANTAGEM OU AUMENTO DE REMUNERAÇÃO A SERVIDORES PÚBLICOS NO RESPECTIVO EXERCÍCIO FINANCEIRO. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA QUANTO À SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 169, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O ARTIGO 113 DO ADCT DIRIGE-SE A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. AUSÊNCIA DE ESTIMATIVA DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO DA LEI IMPUGNADA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. 1. A jurisprudência desta Casa firmou-se no sentido de que a ausência de dotação orçamentária prévia apenas impede a aplicação da legislação que implique aumento de despesa no respectivo exer-*

cício financeiro, sem que disso decorra a declaração de sua inconstitucionalidade. Precedentes. Ação direta não conhecida quanto à suposta violação do artigo 169, § 1º, da Constituição Federal. 2. O artigo 113 do ADCT tem caráter nacional e irradia obrigações a todos os entes federativos. Precedentes. 3. A Lei nº 1.237/2018 do Estado de Roraima cria e altera despesas obrigatórias de forma a gerar impacto orçamentário. A ausência de prévia instrução da proposta legislativa com a estimativa do impacto financeiro e orçamentário, nos termos do art. 113 do ADCT, aplicável a todos os entes federativos, implica inconstitucionalidade formal. 4. O ato normativo, não obstante viciado na sua origem, acarretou o pagamento a servidores. O caráter alimentício das verbas auferidas demonstra a inviabilidade de ressarcimento dos valores. Modulação dos efeitos da decisão para proteger a confiança legítima que resultou na aplicação da lei e preservar a boa-fé objetiva. 5. Conhecimento parcial da ação direta e, na parte conhecida, julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 1.237, de 22 de janeiro de 2018, do Estado de Roraima, com efeitos ex nunc a contar da data da publicação da ata do julgamento." (**STF ADI 6102, Relatora: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 09-02-2021 PUBLIC 10-02-2021**)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DE IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CRENÇA. ICMS. TRIBUTAÇÃO INDIRETA. GUERRA FISCAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL E ANÁLISE DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO. ART. 113 DO ADCT (REDAÇÃO DA EC 95/2016). EXTENSÃO A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A imunidade de templos não afasta a incidência de tributos sobre operações em que as entidades imunes figurem como contribuintes de fato. Precedentes. 2. A norma estadual, ao pretender ampliar o alcance da imunidade prevista na Constituição, veiculou benefício fiscal em matéria de ICMS, providência que, embora não viole o art. 155, § 2º, XII, 'g', da CF à luz do precedente da CORTE que afastou a caracterização de guerra fiscal nessa hipótese (ADI 3421, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2010, DJ de 28/5/2010), exige a apresentação da estimativa de impacto orçamentário e financeiro no curso do processo legislativo para a sua aprovação. 3. A Emenda Constitucional 95/2016, por meio da nova redação do art. 113 do ADCT, estabeleceu requisito adicional para a validade formal de leis que criem despesa ou concedam benefícios fiscais, requisitos esse que, por expressar medida indispensável para o equilíbrio da atividade financeira do Estado, dirige-se a todos os níveis federativos. 4. Medida cautelar confirmada e Ação Direta julgada procedente." (**STF ADI 5816, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 25-11-2019 PUBLIC 26-11-2019**)

Acesso ao Sumário

Sucede que, no caso, a norma – antes que impor indistinta e permanente isenção ou renúncia de receita – amolda-se à situação de excepcionalidade que corre, de calamidade pública, voltando-se a combater seus efeitos.

E, neste sentido, já previsto no artigo 3º da EC 106/2020: "*[D]esde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.*"

Ademais disso, como se pondera no parecer ministerial, ainda sobreveio – e igualmente acode no caso – símile previsão, assim a do artigo 167-D da CF/88, com redação dada, agora, pela EC 109/2021:

"*As proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, desde que não impliquem despesa obrigatória de caráter continuado, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.*"

Depois, sabidamente o confronto próprio de controle concentrado se deve dar com norma constitucional, não com lei infraconstitucional, como no caso a Lei Orgânica do Município ou a Lei de Responsabilidade Fiscal, a revelar crise de legalidade, não de constitucionalidade. Aliás, já se refutou, neste Órgão Especial, igual confronto que se pretendeu fazer entre lei municipal de isenção tributária e a Lei de Responsabilidade Fiscal (**ADI n. 2028808-54.2018.8.26.0000, rel. Des. Moacir Peres, j. 20.06.2018**).

Mas, seja como for, e aduzindo-se desrespeito ao figurino constitucional do processo legislativo, em particular à previsão do artigo 146 da CF, veja-se que não se está criando ou extinguindo tributo (inciso III do dispositivo citado), ou mesmo acrescentando hipótese de tributação do ISSNQ, em ampliação indevida à lista anexa da LC 116/2003, quando – aí sim – este Colegiado já entendeu haver usurpação de competência pela lei local (**ADI n. 2267563-71.2015.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Anafe, j. 15.06.2016**). Trata-se, antes, e de novo aqui, de isenção episódica em razão da excepcionalidade que corre em razão da pandemia, e pelo período estabelecido em decreto local. E, também conforme já se acentuou neste Órgão Especial, "*a isenção tributária caracteriza dispensa legal do pagamento do tributo devido, e, não, hipótese de não-in-*

Acesso ao Sumário

cidência." (**ADI n. 2131040-81.2017.8.26.0000, rel. Des. Alex Zilenovski, j. 22.11.2017**)

Anote-se, por fim, precedente recente deste Colegiado, que apreciou análoga lei local, de iniciativa do parlamento, dispondo sobre isenção de imposto em razão de excepcionalidade havida no Município (e ainda que com ressalva sobre a posição geral do Colegiado acerca do art. 113 do ADTC):

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Alegação de violação de preceitos da Constituição Estadual, Constituição Federal e da Lei Orgânica Municipal – Descabimento – Parâmetro de controle de constitucionalidade de lei municipal perante Tribunal de Justiça é a norma constitucional estadual, apenas – Pretensão conhecida e julgada somente no respeitante às normas constitucionais estaduais, ditas contrariadas. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.989, de 18 de maio de 2020, do Município de Valinhos, que "concede isenção ou remissão do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU incidente sobre imóveis edificados atingidos por enchentes e alagamentos no Município de Valinhos" – INICIATIVA LEGISLATIVA – Lei que não tratou de nenhuma das matérias de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo – Ausência de vício de iniciativa – Orientação traçada pelo STF na Tese 682 de Repercussão Geral no ARE 743.480-MG ("inexiste, na Constituição Federal de 1988, reserva de iniciativa para leis de natureza tributária, inclusive para as que concedam renúncia fiscal") – RECEITA – Diminuição – Circunstância que não invalida a norma tributária, nem implica aumento de despesas – Não bastasse, a alegação de renúncia de receitas demanda análise de matéria de fato, o que é incabível em sede de ação direta de inconstitucionalidade – ART. 113 DO ADCT, INCLUÍDO PELA EC 95/2016 – Norma de caráter transitório que não se aplica aos Estados e Municípios, incluído pela Emenda Constitucional 95/2016, norma de caráter transitório e de não reprodução obrigatória – Dispositivos que não se referem aos Municípios, mas à União, por se tratar do "Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União" – Precedentes – Inconstitucionalidade afastada. Preliminar afastada e ação julgada improcedente.*" (**ADI n. 2141404-10.2020.8.26.0000, rel. Des. João Carlos Saletti, j. 27.01.2021**)

Ante o exposto, **julga-se improcedente** a presente ação direta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2145267-37.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,

Acesso ao Sumário

são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE DUMONT e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE DUMONT.

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 36.125)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e MOACIR PERES.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento de validade das Leis 1.822, de 27 de abril de 2021 e 1.823, de 27 de abril de 2021, ambas do Município de Dumont, que autorizam o abrandamento da quarentena de que trata o Decreto Estadual 64.881/2020 (e alterações posteriores), ao considerar essenciais (para liberar os respectivos funcionamentos), no contexto da pandemia da COVID-19: (a) as práticas religiosas realizadas nos respectivos templos e fora dele; (b) as atividades de academias e centros esportivos de todas as modalidades (Lei 1822/2021); e (c) as atividades de salões de beleza e estética, barbearias e similares (Lei 1823/2021). Ofensa ao princípio do pacto federativo. Reconhecimento. Normas impugnadas que, a pretexto de regulamentar a Lei Federal n. 13.979/2020, avançam sobre matéria que é de competência (legislativa) da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal), e que – no Estado de São Paulo – já está disciplinada pelo Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020 (e outras normas subsequentes). Inconstitucionalidade manifesta, **ainda que se argumente com a disposição do artigo 30, inciso I, da Cons-**

Acesso ao Sumário

tituição Federal, pois norma do Município, editada com base no interesse local, não pode contrariar legislação estadual sobre o mesmo tema. Supremo Tribunal Federal que, em casos dessa natureza, envolvendo atos normativos estaduais e municipais em conflito (nas medidas de combate à pandemia), tem destacado a prevalência do interesse supramunicipal, considerando (a) que os efeitos das contaminações pela COVID-19 extrapolam as fronteiras dos municípios, e que "o planejamento necessário à distribuição de leitos de UTI fica predominantemente a cargo dos Estados" (SL 1435/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24/03/2021). Precedentes. Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, tendo por objeto as Leis 1.822, de 27 de abril de 2021 e 1.823, de 27 de abril de 2021, ambas do Município de **Dumont**, que autorizam **o abrandamento da quarentena de que trata o Decreto Estadual 64.881/2020** (e alterações posteriores), **ao considerar essenciais** (para liberar os respectivos funcionamentos), **no contexto da pandemia da COVID-19**: (a) as práticas religiosas realizadas nos respectivos templos e fora dele; (b) as atividades de academias e centros esportivos de todas as modalidades (Lei 1822/2021); e (c) as atividades de salões de beleza e estética, barbearias e similares (Lei 1823/2021). O autor alega, em resumo (i) que tais atos normativos foram editados ao arrepio da fase em que o Município se encontra no "Plano São Paulo", instituído pelo **Decreto Estadual nº 64.994, de 28 de maio de 2020**, e normas posteriores (Decreto n. 65.460, de 08 de janeiro de 2021; Decreto n. 65.529, de 19 de fevereiro de 2021; Decreto n. 65.545, de 03 de março de 2021 e Decreto n. 65.563, de 11 de março de 2021); (ii) que os municípios não podem se afastar das diretrizes estabelecidas pela União e pelo Estado para proteção à saúde decorrente da pandemia, cabendo-lhe apenas suplementá-las, para o fim de intensificar o nível de proteção por elas estabelecido, mediante a edição de atos normativos que venham a torná-las eventualmente mais restritivas; (c) que o abrandamento de medidas de distanciamento social, como determinado nas normas municipais, em descompasso com as orientações da comunidade científica, coloca em risco os direitos fundamentais de proteção à vida e à saúde, além de não atender aos princípios da prevenção e precaução; (d) que, além disso, o abrandamento das medidas de isolamento social não se mostra razoável e ponderado, contrariando os artigos 111 e 144 da Constituição Estadual, visto que substitui uma estratégia aceita como adequada para preser-

Acesso ao Sumário

var um maior número de vidas por uma estratégia que arrefece inegavelmente o êxito no combate da pandemia, **daí porque pede a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnada**s, por ofensa às disposições dos artigos 5º, 20, III, 111, 144, 219, parágrafo único, 1, e 222, III, da Constituição Estadual e artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal.

Houve deferimento de liminar para conferir aos atos impugnados interpretação conforme a Constituição no sentido de que a autorização para abertura e funcionamento das atividades nela mencionadas observem o tempo e o modo estabelecidos na legislação estadual (fls. 222/223).

O Presidente da Câmara e o Prefeito Municipal foram notificados e prestaram informações a fls. 228/230 e 255/256.

A ilustre Procuradora-Geral do Estado foi citada, e apresentou manifestação a fls. 237/252, opinando pela procedência da ação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com as considerações de fls. 259/278, reiterou o pedido de procedência da ação.

É o relatório.

As normas acoimadas de inconstitucionais são aquelas constantes dos documentos de fls. 182 e 195, redigidas da seguinte forma:

LEI Nº 1.822, DE 27 DE ABRIL DE 2021.

Art. 1º. Ficam reconhecidas as seguintes atividades como sendo essenciais e que podem ser mantidas em tempos de crises oriundas de moléstias contagiosas, epidemias, pandemias ou catástrofes naturais:

I – as práticas religiosas realizadas nos seus respectivos templos e fora deles;

II – as academias e centros esportivos de todas as modalidades.

Art. 2º. A permissão para abertura fica sujeita ao cumprimento dos protocolos de biossegurança adotados pelos órgãos competentes.

Art. 3º. A presente lei passa a vigorar na data de sua publicação, revogando as disposições contrárias.

LEI Nº 1.823, DE 27 DE ABRIL DE 2021.

Art. Fica estabelecido que os salões de beleza e estética, barbearias e similares, são essenciais para saúde da população de Dumont, como forma de prevenir doenças.

§ 1º. Fica estabelecido que os salões de beleza e barbearias são atividades essenciais à saúde mesmo em período de calamidade pública.

§ 2º. Poderá ser realizada, por ato do Poder Executivo, a limitação do número de pessoas e do horário de funcionamento, além de adotadas medidas de contenção sanitárias objetivando impedir a propagação de doenças, de acordo com a gravidade da situação e desde que por decisão devidamente fundamentada em normas sanitárias e de segurança pública, a qual indicará a extensão, motivos e critérios técnicos

Acesso ao Sumário

e científicos fundamentadores das restrições que porventura venham a ser expostas.

Art. 2º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

Vê-se, daí, que as normas impugnadas, **a pretexto de regulamentação da Lei Federal n. 13.979/2020**, no contexto envolvendo a pandemia do COVID-19, **avançam sobre matéria que é de competência (legislativa) somente** da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal), e que – no Estado de São Paulo – já está disciplinada pelo Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020 (e outras normas subsequentes), daí o reconhecimento do alegado vício de constitucionalidade, **ainda que se argumente com a disposição do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal**, pois norma do **Município**, editada com base no interesse local, **não pode contrariar legislação estadual sobre o mesmo tema**.

É o que ocorre no presente caso, com a **liberação municipal** de atividades que, no âmbito estadual, estão suspensas por não serem consideradas essenciais.

Releva notar, ainda, que a **competência suplementar** de que trata o **art. 30, II, da Constituição Federal**, autoriza os municípios a especificar, detalhar, adequar ou complementar a lei federal ou estadual, **sem possibilidade, entretanto, de inovar e criar regras próprias**, como aquelas (objeto da impugnação), que **liberam comércio e serviços cujas atividades foram temporariamente suspensas pelo Estado** (no contexto da pandemia da COVID-19). Afinal, a competência municipal deve ser entendida como complementar (e relacionada) àquilo que já foi objeto de um regramento (abrangente) **que só comporta especificação**, e não alteração.

Conforme lição de Gilmar Ferreira Mendes, a atuação municipal, baseada no art. 30, II, da Constituição Federal, "**há de respeitar as normas federais e estaduais existentes**", porque a competência suplementar se exerce para regulamentação, "**a fim de atender, com melhor precisão, aos interesses surgidos das particularidades locais**" ("Curso de Direito Constitucional", Editora Saraiva, 12ª edição, pag. 880).

No mesmo sentido é o ensinamento de Alexandre de Moraes, para quem a competência suplementar dos municípios consiste "**na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local**" ("Direito Constitucional", 27ª edição, Editora Atlas, pag. 331).

É o posicionamento que deve prevalecer, mesmo diante dos argumentos contrários do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal, primeiro porque

Acesso ao Sumário

não é razoável que o **município** invoque o artigo 3º, § 7º, inciso II, da Lei Federal nº 13.979/2020 (**alegando que esse dispositivo lhe confere atribuição para agir em situação de emergência de saúde pública**) para, no exercício dessa atribuição, e contraditoriamente ao propósito da norma, **editar norma em total descompasso com a atuação que vem sendo coordenada pelo Estado** (no combate à pandemia); e depois porque a "**articulação não significa que um órgão ou um ente federativo possa avançar na autonomia do outro, mas significa que, dentro dos interesses regionais, locais e nacional, haja uma coordenação**" (ADI 6341/MC).

Como sustentou o Ministro Alexandre de Moraes no referido precedente, "não é possível que, ao mesmo tempo, a União queira ter monopólio da condução administrativa da pandemia nos mais de 5 mil Municípios. Isso é absolutamente irrazoável. Como não é possível também que os Municípios queiram, a partir de uma competência comum estabelecida pela Constituição, tornarem-se república autônomas dentro do próprio Brasil".

Assim, em casos dessa natureza, envolvendo **atos normativos estaduais e municipais em conflito** (nas medidas de combate à pandemia), o Supremo Tribunal Federal **tem destacado a prevalência do interesse supramunicipal**, considerando (a) que os efeitos das contaminações pela COVID-19 extrapolam as fronteiras dos municípios; e (b) que "**o planejamento necessário à distribuição de leitos de UTI fica predominantemente a cargo dos Estados**" (SL 1435/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24/03/2021).

Nesse sentido tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Ordinária Municipal nº 3.904/2021 do Município de Lorena reconhecendo a prática da atividade física e do exercício físico como essenciais à saúde da população lorenense, mesmo em tempos de crise ocasionadas por moléstias contagiosas ou catástrofes naturais. Matéria de saúde. Entes municipais podem suplementar a legislação estadual, conquanto o façam de maneira articulada e coordenada. Não se permite aos Municípios a pretexto do exercício de tal competência expedir normas conflitantes com diretrizes estaduais e federais. Incompatibilidade entre a norma municipal e as normas estaduais. A Lei municipal em questão eleva a prática do 'exercício físico' à categoria de atividade essencial, abrindo margem para o funcionamento indistinto e irrestrito de academias e estabelecimentos correlatos. Manifesta a contrariedade com as normas estaduais atualmente em vigência (Decreto nº 64.881/20 e Decreto nº 64.994/20). Impossibilidade de norma municipal de caráter suplementar infirmar o conteúdo de normas estaduais. Precedentes. Procedente a ação" (ADIN n. 2051112-42.2021.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 15/09/2021).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 3.140, de 09 de abril de 2021. Inclusão de forma irrestrita de todo o comércio em geral e

Acesso ao Sumário

prestadores de serviços no rol de atividades e estabelecimentos essenciais, para efeito de autorizar seu funcionamento durante a quarentena decorrente da pandemia de COVID-19. Abrandamento das restrições impostas pelo Plano São Paulo. Descabimento. Inexistência de lacuna nas normas federais e estaduais que previram medidas de regulamentação das atividades e serviços não essenciais durante a pandemia do coronavírus. Município que, no exercício da competência concorrente sobre a matéria, poderia apenas legislar de forma suplementar, sem abrandar nem contrariar os limites impostos pela legislação geral. Precedentes deste C. Órgão Especial e E. STF. Ação procedente, com interpretação conforme" (ADIN n. 2082275-40.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 18/08/2021).

"AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. Leis nº 4741 e 4742, ambas de 24 de fevereiro de 2021, do Município de Taquaritinga, que definem e regulamentam atividades consideradas essenciais à população local, tais como academias de esportes (Lei nº 4741/2021), além das atividades de cabeleireiro, barbeiro, esteticista, manicure, pedicure, depilador, maquiador e similares (Lei nº 4742/2021), abrandando a 'Fase Vermelha' do 'Plano São Paulo de combate à pandemia de COVID-19 Novo Coronavírus. Preliminar de perda do objeto da ação, face a edição de decreto municipal suspendendo a eficácia das leis atacadas e a transição de fase no 'Plano São Paulo'. Descabimento. Mera suspensão temporária de eficácia que, por óbvio, não excluiu os diplomas legais do ordenamento jurídico. Ademais, eventual avanço ou retrocesso trazido pelo 'Plano São Paulo' em nada interfere na constitucionalidade ou não das normas em análise, cujo parâmetro de aferição é a Constituição Estadual. Preliminar afastada. Mérito. Elevação ao status de 'serviços essenciais' de determinados estabelecimentos e atividades profissionais, com vistas à aplicação de regras sanitárias próprias a estes, dissonantes da regulamentação estadual. Município que possui competência para suplementar a legislação paulista de combate à pandemia, desde que não conflite com suas diretrizes, máxime quando se trata de abrandamentos, por extrapolar em muito o interesse local. Precedentes da Suprema Corte e deste Colendo Órgão Especial. Ação Procedente." (grifei ADIn nº 2.056.873-54.2021.8.26.0000 v.u. j. de 21.07.2021 Rel. Des. XAVIER DE AQUINO).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 5.899, DE 06 DE OUTUBRO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE CAPIVARI, QUE 'RECONHECE A PRÁTICA DA ATIVIDADE FÍSICA E DO EXERCÍCIO FÍSICO, MINISTRADOS POR PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA, COMO ESSENCIAIS PARA A POPULAÇÃO DE CAPIVARI EM ESTABELECIMENTOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DESTINADOS A ESSA FINALIDADE EM TEMPOS DE CRISES OCASIONADAS POR MOLÉSTIAS CONTAGIOSAS OU CATÁSTROFES NATURAIS, CONFORME ESPECIFICA' – DIPLOMA NORMATIVO EDITADO NO CONTEXTO DA

Acesso ao Sumário

CRISE SANITÁRIA PROVOCADA PELO NOVO CORONAVÍRUS EM DESACORDO COM DECRETO ESTADUAL (PLANO SP) – ACADEMIAS DE ESPORTE DE TODAS AS MODALIDADES E CENTROS DE GINÁSTICA QUE NÃO SÃO CONSIDERADAS ATIVIDADES ESSENCIAIS NO ÂMBITO REGIONAL – INEXISTÊNCIA DE LACUNA LEGISLATIVA QUE AUTORIZE A COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO – ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONJUNTA E PERMANENTE DE TODAS AS PESSOAS POLÍTICAS DA FEDERAÇÃO PARA QUESTÕES DE SAÚDE PÚBLICA, ALÉM DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL PARA DISPOR SOBRE PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE – ARTIGOS 23, INCISO II, E 24, INCISO XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL IMPOSTA PELA PANDEMIA DA COVID-19 QUE EXIGE A ADOÇÃO DE MEDIDAS COORDENADAS – AUSÊNCIA DE INTERESSE MERAMENTE LOCAL DO MUNICÍPIO PARA FLEXIBILIZAR REGRAMENTO REGIONAL – OFENSA AO PACTO FEDERATIVO – RECONHECIMENTO – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 1º E 144, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE'. 'Ainda que seja permitido ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal), não há espaço para inovações naquilo que o Estado já definiu no exercício de competência legislativa, não podendo o Município contrariar proposições normativas regionais'. 'O artigo 222, inciso III, da Carta Paulista preconiza a necessidade de integração das ações e serviços de saúde com base na regionalização, o que reforça a necessidade de implementação de medidas coordenadas e da observância aos regramentos estaduais, descabendo cogitar de interesse meramente local quando se está diante de uma pandemia mundial de graves proporções'. "Excetuadas as matérias de inequívoca dimensão nacional, prevalecem os critérios regionais estabelecidos para o combate à pandemia, não sendo lícito ao Município permitir o funcionamento de academias, comércio em geral e outras atividades e serviços considerados não essenciais no âmbito estadual, extrapolando sua competência meramente suplementar e desrespeitando medidas coordenadas regionais legitimamente instituídas pelo Poder Público Paulista, sob pena de grave risco de violação à ordem público-administrativa'. 'A crise sanitária provocada pelo novo coronavírus vai muito além dos limites territoriais dos Municípios, descaracterizando-se, em razão da excepcionalidade dela decorrente, o mero interesse local mesmo no tocante à disciplina do funcionamento do comércio em geral' (ADIN nº 2.017.055-95.2021.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 21/07/2021).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arguição em face da lei nº 4.988, de 04 de fevereiro de 2021, do município de Tupã, que dispõe sobre o abrandamento da quarentena decorrente da pandemia do

Acesso ao Sumário

covid-19. Existência de vício de constitucionalidade. Inteligência dos artigos 144, 219 parágrafo único e artigo 222, III, da Constituição Estadual. Norma estadual que não classifica como essenciais as atividades e serviços prestados por academias, comércios em geral, bares, restaurantes e similares, salões de beleza, cabelereiros, barbearias, nem atividades de profissionais liberais. A permissão à suplementação da questão pela municipalidade flexibilizando a quarentena poderia acarretar o esvaziamento da competência estadual em relação ao tema, inviabilizando o controle da pandemia, na medida em que cada município editaria deliberações de acordo com a sua mera liberalidade. Precedentes. Ação procedente." (ADIN nº 2044823-93.2021.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. 30/06/2021).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Santos. Lei Municipal n. 3.694, de 07 de agosto de 2020. Inclusão de academias de esporte de todas as modalidades no rol de atividades e estabelecimentos essenciais, para efeito de autorizar seu funcionamento durante a quarentena decorrente da pandemia de COVID-19. Abrandamento das restrições impostas pelo Plano São Paulo. Descabimento. Inexistência de lacuna nas normas federais e estaduais que previram medidas de regulamentação das atividades e serviços não essenciais durante a pandemia do coronavírus. Município que, no exercício da competência concorrente sobre a matéria, poderia apenas legislar de forma suplementar, sem abrandar nem contrariar os limites impostos pela legislação geral. Precedentes do Órgão Especial. Ação procedente, com interpretação conforme." (ADIN nº 2056960-10.2021.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 23/06/2021).

"ADI contra o abrandamento da quarentena decorrente da pandemia atual. Funcionamento das atividades comerciais e de serviços em desacordo com as regras da Fase Vermelha do Plano São Paulo. Inadmissibilidade. Inconstitucionalidade reconhecida dos incisos I a XII, XIV a XVII e XX do art. 2º do Decreto 7.362, de 26 de janeiro de 2021, de Ourinhos. Reabertura e funcionamento das atividades econômicas com observância, tempo e modo estabelecidos na legislação estadual. Ação procedente" (ADIN n. 2011601-37.2021.8.26.0000, Rel. Des. Soares Levada, j. 21/07/2021).

Não custa lembrar, por fim, que a referência que se faz ao Decreto Estadual (editado no contexto da pandemia da COVID-19) é apenas para indicar inobservância de **regras de competência legislativa**, ou seja, para destacar que a matéria (de competência da União e dos Estados) já está disciplinada no âmbito estadual (sem espaço para alterações), **não se tratando de ato invocado como parâmetro de controle normativo**.

Ante o exposto, **julga-se a ação procedente** para declarar a inconstitucionalidade das Leis 1.822, de 27 de abril de 2021 e 1.823, de 27 de abril de 2021, ambas do Município de Dumont.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0032904-44.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 24ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 24ª 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 79406)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, EUVALDO CHAIB, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 29 de setembro de 2021.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE, EM DEMANDA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, COM PEDIDO CUMULADO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS, INDEFERIU PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONSISTENTE EM DETERMINAR A IMEDIATA EMISSÃO DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR. OBRIGAÇÃO ORIUNDA DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. COMPETÊNCIA COMUM ÀS SUBSEÇÕES SEGUNDA E TERCEIRA DE DIREITO PRIVADO, COMPOSTAS PELAS 11ª A 38ª CÂMARAS. INTELIGÊNCIA DO § 1º DO

Acesso ao Sumário

ART. 5º DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL. CONFLITO PROCEDENTE, DECLARADA A COMPETÊNCIA DA 24ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela e. 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de acórdão da lavra do e. Desembargador Leonel Costa (cf. fls. 26/32), voltado contra decisão monocrática proferida pelo e. Desembargador Plinio Novaes de Andrade Junior (cf. fls. 19/22), que não conheceu do agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em demanda de obrigação de fazer, com pedido cumulado de indenização de danos morais, indeferiu pedido de antecipação de tutela consistente em determinar a imediata emissão de diploma de curso superior.

Afirma a suscitante que *"...a lide, definida pelos termos do pedido inicial, insere-se no campo obrigacional privado, dizendo respeito a obrigação de fazer decorrente de contrato de prestação de serviços escolares, com afirmação da obrigação de se emitir diploma de conclusão de curso superior..."* (cf. fls. 30/31). Invoca o art. 5º da Resolução 623/2013 do Órgão Especial e assevera que o mencionado agravo deve ser julgado pela 24ª Câmara de Direito Privado desta Corte.

Já a suscitada invoca o art. 3º, inciso I.6, da já aludida Resolução nº 623/2013 e afirma que a competência é de uma das Câmaras de Direito Público desta Corte, pois se trata de matéria relacionada *"... a ensino em geral"*.

É o relatório.

Sabendo-se que é a inicial que demarca as fronteiras da competência recursal, à luz da causa de pedir e do pedido, verifico que não há discussão, na espécie, a respeito de matéria concernente a ensino em geral. Ao contrário, trata-se de pedido cominatório relacionado ao contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre as partes. Mais especificamente, trata-se de pedido fundado em alegada falha na prestação dos serviços contratados atribuída à instituição de ensino ré.

Nesse contexto, é de rigor a conclusão de que a competência recursal está enquadrada na hipótese prevista no § 1º do art. 5º da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial desta Corte, norma assim redigida, verbis: *"§ 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás,*

Acesso ao Sumário

energia elétrica e telefonia."

Esse é o entendimento que tem prevalecido, por unanimidade, no Órgão Especial (cf. Conflito de Competência Cível nº 0046511-61.2020.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 03.03.2021; Conflito de Competência Cível nº 0034706-14.2020.8.26.0000, de São Bernardo do Campo, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 25.11.2020).

Pelo exposto, julgo procedente o conflito suscitado, para declarar a suscitada 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo a competente para o julgamento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0030698-57.2021.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 5ª 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 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. JAMES SIANO, MOREIRA VIEGAS E LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.650)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, CLAUDIO GODOY, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, EUVALDO CHAIB, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 29 de setembro de 2021.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA – PRETENSÃO QUE ENVOLVE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACON-

Acesso ao Sumário

TRATUAL ATRIBUÍDA A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COLETA DE ESGOTO, ALEGANDO-SE DESVALORIZAÇÃO DO IMÓVEL DA AUTORA E OCORRÊNCIA DE DANO MORAL – MATÉRIA QUE SE ENQUADRA À SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, NA FORMA DO ARTIGO 3º, INCISO I.7, 'B', DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PRECEDENTES DO C. ÓRGÃO ESPECIAL – COMPETÊNCIA DA 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITANTE.

VOTO

Conflito de competência estabelecido entre a C. 2ª Câmara de Direito Público e a C. 5ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, para enfrentamento da apelação interposta nos autos de ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais e morais ajuizada por Maria de Lourdes Mendonça Magalhães em face de BRK Ambiental Limeira S/A, contra r. sentença lançada a fls. 139/143, que julgou improcedente as pretensões, impondo à vencida a sucumbência, com ressalva da gratuidade processual.

Distribuído originalmente o apelo à C. 5ª Câmara de Direito Privado, o v. acórdão encartado a fls. 223/229, relatado pelo eminente Des. Rodolfo Pellizari, não conheceu do recurso ao argumento de que se trata de demanda envolvendo responsabilidade civil de concessionária de serviço público, a justificar competência da Seção de Direito Público, na forma do artigo 3º, inciso I, item I.7, alínea "b", da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal.

Redistribuídos os autos, a C. 2ª Câmara de Direito Público, nos termos do v. acórdão de fls. 238/245, de relatoria do eminente Des. Cláudio Augusto Pedrassi, declinou da competência suscitando o presente conflito, destacando o constante no artigo 5º, item III.15 e § 1º, da Resolução nº 623/2013 desta Colenda Corte, ao argumento de que o litígio envolve particulares, limitado o debate a questões de direito privado, notadamente pleito indenizatório envolvendo falha na prestação de serviços de concessionária de serviço público.

É o breve relatório.

Desnecessário na hipótese remessa dos autos à D. Procuradoria-Geral de Justiça, à luz do artigo. 951 do Código de Processo Civil, não se vislumbrando prejuízo às partes ou ao processo, prestigiada a celeridade.

Consoante disposto no art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil, constatado conflito negativo de competência, ambas as Câmaras consideram-se incompetentes para solver recurso interposto na corrente lide.

Acesso ao Sumário

Fixa-se a premissa de que a competência recursal é delineada pelos termos do pedido inicial, à luz do art. 103 do RITJ/SP.

In casu, no que interessa ao desate, questão de fundo envolve pretensão de obrigação de fazer cumulada com pleito indenizatório formulada pela Autora em detrimento da empresa Ré, concessionária do serviço público de água e esgoto local, apontando falha na prestação do serviço (***v.g.*** tratamento de esgoto a céu aberto, ocasionando mau cheiro na região, além do derramamento de resíduos no transporte de banheiros químicos por todo o bairro), reclamando a reparação de danos materiais diante da desvalorização de seu imóvel e dos danos morais decorrentes dos fatos.

Sopesadas ponderações insertas no v. acórdão de fls. 238/245 e nada obstante dicção do artigo 5º, item III.15 e § 1º, da Resolução nº 623/2013 desta Colenda Corte, tem-se que a matéria aborda responsabilidade civil extracontratual de concessionária de serviço público, tendo a Autora, inclusive, invocado como fundamento de suas pretensões o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

A respeito do tema, a Resolução TJSP nº 623/2013 estabelece em seu artigo 3º, ***verbis***:

> *'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:*
>
> *(...)*
>
> *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;"*

Oportuno registrar ser irrelevante, na hipótese, a natureza jurídica dos envolvidos, realçando ainda que o tema não aborda responsabilidade contratual diretamente firmada entre as partes, em decorrência do fornecimento de água e esgoto (§ 1º, do artigo 5º, da Resolução TJSP nº 623/2013), não se alinhando, igualmente, à excepcional hipótese prevista no item III.15 do mesmo dispositivo.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, pertinente citar precedentes do C. Órgão Especial deste E. Tribunal em nítida correspondência com a situação em tela, onde se tem reconhecido a competência recursal da Seção na qual inserida a C. Câmara sus-

citante. A propósito, confira-se:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação Cível – Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais e materiais – Concessionária de serviços públicos de coleta, afastamento e tratamento de esgoto e de tratamento e fornecimento de água – Forte odor decorrente da suposta inadequação do tratamento e da disposição final dos esgotos sanitários e do manejo de resíduos – Responsabilidade civil – Ilícito extracontratual – Má prestação de serviço público – Inteligência do art. 3º, I, I.7, 'b', da Resolução TJSP nº 623/2013 – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 9ª Câmara de Direito Público."

(TJSP; Conflito de competência cível 0042495-98.2019.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Limeira – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/01/2020; Data de Registro: 03/02/2020)

*"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Pedido inicial que tem como questão de fundo a indenização pelos danos materiais e morais em decorrência da prestação de serviços públicos que ocasionaram o vazamento na tubulação de água e esgoto, atingindo e ocasionando danos no imóvel das autoras/apeladas – Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Competência da Seção de Direito Público nos termos do inciso I.7, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, com a alteração introduzida pela Resolu*ção 648, de 11 de junho de 2014."

(TJSP; Conflito de competência cível 0009790-47.2019.8.26.0000; Relator: Alex Zilenovski; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Sorocaba – Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/04/2019; Data de Registro: 26/04/2019)

No mesmo sentido: TJSP; Conflito de competência cível 0070755-64.2014.8.26.0000; Relator: Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Tupã – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/02/2015; Data de Registro: 24/02/2015.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para firmar a competência da C. 2ª Câmara de Direito Público, suscitante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0035151-95.2021.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é suscitante 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 6ª 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 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. EVARISTO DOS SANTOS, RENATO SARTORELLI E VIANNA COTRIM.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40003)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI e JACOB VALENTE.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

Apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação de indenização proposta por Rodovia das Colinas S/A em face de Ezer Egydio da Silva e Vanessa Moraes Egydio da Silva para condená-los ao pagamento do valor de R$ 2.870,55.

Cuida a hipótese de ação de indenização proposta pela concessionária de serviço público (Rodovia das Colinas S/A) em face de particulares em decorrência de colisão contra a defensa metálica na Rodovia Castelo Branco, na altura do KM 110, que gerou prejuízos materiais. Não se olvida do disposto na Súmula 165 deste E. Tribunal. Todavia, a hipótese dos autos é diversa, pois o pedido formulado na inicial não tem como fundamento falta ou deficiência do serviço público de conservação da rodovia, o que afasta a competência da Seção de Direito Público deste E. Tribunal. Inteligência do art. 5º, III.15, da Resolução 623/2013. Precedentes.

Conflito procedente, determinada a remessa dos autos à 26ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pela 26ª Câmara de Direito Privado em ação de indenização proposta por Rodovia das Colinas S/A em face de Ezer Egydio da Silva e Vanessa Moraes Egydio da Silva para condená-los ao pagamento do valor de R$ 2.870,55 sob o fundamento de ser da Seção de Direto Público a competência para o julgamento das 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.

Inicialmente distribuída para a 6ª Câmara de Direito Público, a apelação foi redistribuída para a 26ª Câmara de Direito Privado com fundamento no art. 5º, III, alínea 15 da Resolução 623/2013 que dispõe que serão da competência preferencial das 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado as 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 (f. 318/323).

Por sua vez, a 26ª Câmara de Direito Privado suscitou conflito negativo de competência, sob o fundamento de ser da Seção de Direto Público a competência para o julgamento das 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.

É o relatório.

O conflito de competência procede, sendo responsável pelo julgamento do recurso interposto a 26ª Câmara de Direito Privado.

Conforme preconiza o art. 103 do Regimento Interno, a competência é firmada "pelos termos do pedido inicial". Ou seja, competência em grau de recurso é fixada pelos elementos objetivos da demanda.

Por outro lado, dispõe o art. 5º, III.15, da Resolução 623/2013 que compete à Terceira Subseção de Direto Privado *"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.*

No caso, a ação foi proposta pela concessionária de serviço público (Rodovia das Colinas S/A) em face de particulares em decorrência de colisão contra a defensa metálica na Rodovia Castelo Branco, na altura do KM 110, que gerou prejuízos materiais.

Não se olvida do disposto na Súmula 165 deste E. Tribunal.

Acesso ao Sumário

Todavia, a hipótese dos autos é diversa, pois o pedido formulado na inicial não tem como fundamento falta ou deficiência do serviço público de conservação da rodovia.

Em hipótese análoga já decidiu este C. Órgão Especial:

Conflito de competência. Acidente em rodovia. Postulação indenizatória da concessionária em face do particular. Causa de pedir fundada na asserção de responsabilidade extracontratual do réu, que teria acondicionado, em seu caminhão, de maneira inadequada, carga que caiu e causou danos à concessionária. Competência que sabidamente se define pelos termos do pedido, independentemente do quanto depois se aduza em contestação ou reconvenção e ainda da qualidade da parte. Artigo 103 do Regimento Interno. Conhecimento do feito afeto à Subseção de Direito Privado III. Incidência da regra do artigo 5º, III.15, da Resolução 623/13. Conhece-se do conflito, julgado procedente, para declarar competente a Câmara suscitante. (CC n.º 0019122-04.2020 – Rel. Claudio Godoy – j. 29/07/2020).

No julgado acima constaram os seguintes precedentes:

COMPETÊNCIA RECURSAL. Ação de indenização de concessionária de serviço público pleiteando reparação de danos em "guard-rail" de rodovia, causados por colisão de veículo automotor. Pleito fundado em regras de direito privado sobre responsabilidade civil aquiliana. Ausente qualquer discussão sobre deficiência ou falta do serviço público. Competência firmada em razão da matéria e não da pessoa. Aplicação da regra geral de competência prevista no item III.15 da Resolução nº 623/2013 – ação de reparação de dano causado em acidente de veículo, a cargo da Terceira Subseção de Direito Privado. Precedente do Eg. Órgão Especial. Recurso não conhecido, com determinação. (Ap. 1005697-58.2019 – Rel. Evaristo dos Santos – 6ª Câmara de Direito Público – j. 28/05/2020).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS AJUIZADA PELO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA EM FACE DE PARTICULAR QUE COLIDIU CONTRA POSTE DE SEMÁFORO – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL COM FULCRO NO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL – ACIDENTE DE VEÍCULO – QUESTÃO QUE NÃO DIZ RESPEITO À HIPÓTESE CLÁSSICA DA FAUTE DU SERVICE DOS FRANCESES – COMPETÊNCIA QUE SE FIRMA PELOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL (ART. 103 DO RITJSP), ATRIBUÍDA À TERCEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO EM RAZÃO DA MATÉRIA VERSADA NA DEMANDA – INTELIGÊNCIA ARTIGO 5º, INCISOS III.13 E III.15, DA RESOLUÇÃO Nº

Acesso ao Sumário

623/2013 DO ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITANTE. No âmbito do Eg. Tribunal de Justiça, a competência recursal se firma pelo critério ratione materiae, sendo irrelevante a qualidade da parte (ratione personae).'' (CC nº 0.051.795-84.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 05.02.20 Rel. Des. RENATO SARTORELLI).

O recurso, portanto, deverá ser apreciado pela 26ª Câmara de Direito Privado.

Ante o exposto, **julga-se procedente o conflito negativo de competência** para determinar o encaminhamento dos autos ao órgão suscitante, 26ª Câmara de Direito Privado, para apreciação do recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0030522-78.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.643)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, SIDNEY ROMANO DOS REIS, LEONEL COSTA, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE BUSCA A CONDENAÇÃO DA RÉ, CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, À REMOÇÃO/REMANEJAMENTO DE POSTES INSTALADOS EM FAIXA DE DOMÍNIO DE RODOVIA FEDERAL SOB CONCESSÃO – COMPETÊNCIA QUE SE DEFINE PELO PEDIDO FORMULADO NA INICIAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 103 DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PEDIDO QUE BUSCA A APLICAÇÃO DE REGRAMENTO LEGAL ACERCA DO TEMA, SEM QUALQUER RELAÇÃO COM EVENTUAL RELAÇÃO CONTRATUAL EXISTENTE ENTRE AS PARTES – CONCESSIONÁRIA QUE SE ENCONTRA SUJEITA (FORA DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO) A REGRAMENTO DE DIREITO PÚBLICO – CONFLITO PROCEDENTE PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DESTA CORTE – EXEGESE DO ARTIGO 3º, ITEM I.11, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE ÓRGÃO ESPECIAL – RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, ORA SUSCITADA, DETERMINANDO-LHE O RETORNO DOS AUTOS.

VOTO

Cuida-se de Conflito de Competência suscitado pela 29ª Câmara de Direito Privado em face da 11ª Câmara de Direito Público, ambas desta Corte de Justiça.

A suscitada entendeu que versando a causa ação ajuizada por concessionária de energia elétrica, buscando ressarcimento de valores despendidos para a remoção e realocação de infraestrutura da requerida (postes de transmissão de energia elétrica), instalada na faixa de domínio de rodovia federal administrada pela autora, da Seção de Direito Privado seria a competência para o julgamento eis que trata-se de obrigação irradiada de contrato de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica (págs. 748/753).

A suscitante, recebendo os autos, entendeu que tratando-se de ação de obrigação de fazer objetivando a remoção e remanejamento de postes e infraes-

Acesso ao Sumário

trutura, da Seção de Direito Público seria a competência para o julgamento da matéria, nos termos do artigo 3º, I.7, da Resolução 623/2013 (págs. 795/799).

É o relatório.

Cuida-se de conflito de competência suscitado em sede de apelação interposta no bojo de ação de obrigação de fazer em que a autora (concessionária que administra a Rodovia Régis Bittencourt) pede a condenação da ré, concessionária do serviço de fornecimento de energia elétrica, à remoção/remanejamento dos postes instalados na faixa de domínio da rodovia, sem qualquer custo.

Fundamenta seu pedido em Resolução Federal (ANTT 2552/2008).

Pois bem.

Primeiramente, cumpre-me consignar que a competência recursal firma-se pelos termos do pedido inicial deduzido em juízo. É o que consta do artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

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.

Dispõe a Resolução nº 623/2013 deste Tribunal:

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, de apossamento administrativo, de desistência de ato expropriatório, de uso e ocupação de bem público, ressalvado o disposto no inciso III.15 do art. 5º desta Resolução;

(...)

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.

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:

(...)

Acesso ao Sumário

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

§ 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas *a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia.*

Com efeito, como se vê, a matéria ora posta em julgamento não está prevista expressamente nem dentre as competências da Seção de Direito Privado, nem da Direito Público, exceto pela disposição contida no Item I.11, do artigo 3º, da Resolução nº 623/2013 do Colendo Órgão Especial desta Corte de Justiça.

Com efeito, o pedido de cumprimento da obrigação de fazer não possui lastro na relação contratual existente entre a companhia de fornecimento de energia elétrica e sua consumidora, relação esta regrada pelo código consumerista, mas sim, em legislação esparsa que regra as posturas administrativas atinentes ao tema.

Existe todo um regramento de Direito Público que normatiza a atuação (fora do contrato de consumo) das concessionárias de serviço público e é isso que está em discussão nesta avença.

Por tal motivo, com todo o respeito a entendimentos contrários, reputo competente para o julgamento da demanda a Seção de Direito Público deste Egrégio Tribunal.

Em sentido semelhante, julgado deste Órgão Especial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Agravo de instrumento interposto contra decisão liminar concedida em ação de obrigação fazer, na qual se pretende a observância por concessionária de energia elétrica de norma da ABNT sobre altura mínima de cabos de telecomunicação e condutores de energia. ***Pedido lastreado em Resoluções de agências reguladoras e preceito legal.*** *Conflito suscitado pela 32ª Câmara de Direito Privado por entender ser matéria de competência do Direito Público. Cabimento.* ***Inexistência de relação contratual.*** *Pretensão lastreada na necessidade de observância de normas que tratam de servidão administrativa de passagem de cabos e condutores de telefonia e energia elétrica sobre vias férreas. Obrigação de fazer decorrente de responsabilidade extracontratual de concessionária de serviço público. Aplicação do art. 3º, I, I.7, "b", da Resolução nº 623/13 deste Órgão Especial. Precedentes. Conflito procedente para determinar o encaminhamento dos autos à 12ª Câmara de Direito Público.* (grifos nossos) (TJSP; Conflito de competência cível 0040710-04.2019.8.26.0000; Relator: James Siano; Órgão Especial; Data

do Julgamento: 23/10/2019).

Por todo o exposto, julgo procedente o conflito para declarar competente a 11ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, determinando-lhe o retorno dos autos.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2003751-29.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é embargado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.490)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), VIANNA COTRIM, 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, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ACÓRDÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – VÍCIOS – INEXISTÊNCIA.

São cabíveis embargos de declaração para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento ou para corrigir erro

Acesso ao Sumário

material (art. 1.022 CPC). Vícios inexistentes. Embargos rejeitados.

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração para aclarar venerando acórdão que julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade e declarou a incompatibilidade dos artigos 2º e 3º da Lei Municipal nº 17.405/20 com a Constituição Estadual.

Alega-se, em síntese, que o aresto embargado padece de omissão, pois não se pronunciou sobre o Tema nº 917 do STF, segundo o qual "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". Aduz que os dispositivos impugnados não impõem gravame à atividade Administrativa e que as contratações podem ser feitas nos termos da lei geral de licitações.

É o relatório.

São cabíveis embargos de declaração para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento ou, ainda, para corrigir erro material (art. 1.022 CPC).

Todavia, no caso dos autos nada disso ocorre. O aresto embargado apreciou os pontos relevantes da controvérsia explicitando, com clareza e objetividade, as razões que levaram o Tribunal a concluir, com base no *modus operandi* previsto na norma legal impugnada, pela existência de invasão da chamada reserva de Administração na prática de atos de gestão privativos do Executivo. A propósito, eis como a questão foi abordada:

> "6. Percebe-se que a norma não se limita a indicar ao Executivo o que fazer, mas detalha, minudencia como fazer, impositivamente e mesmo com vedações, estas na 'veiculação de publicidade não oficial no âmbito das atividades online contratadas' e outras restrições especificadas. Com efeito, esses aspectos vulneram o princípio da divisão funcional do poder, com invasão da reserva da administração na prática de atos de gestão privativas do Executivo.
>
> 7. É certo que a norma tem boa intenção, ao buscar o fomento às atividades culturais, o que não deixa de ser política pública. Mas ao determinar o 'modus operandi' para tanto o Legislativo extrapolou suas funções e adentrou no funcionamento e organização dos órgãos municipais, imperativa e indevidamente" (fls. 587).

Ao contrário do alegado, a decisão embargada se acha motivada e enfrentou todos os argumentos deduzidos capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador, não incidindo nas hipóteses do art. 489, § 1º, CPC.

Acesso ao Sumário

Inexiste obscuridade, contradição, omissão ou qualquer outro vício.

Há, é verdade, confronto entre o que ficou decidido no acórdão e a tese sustentada pelo embargante, que não foi aceita pelo E. Órgão Especial. Mas aí, forçoso é convir, o inconformismo manifestado reveste-se de nítido caráter infringente ao julgado e como tal não comporta apreciação em sede de embargos de declaração.

É o que se extrai da clássica doutrina de PONTES DE MIRANDA, inteiramente aplicável à nova ordem processual, ao discorrer que em sede de embargos de declaração, "não se pede que se redecida, pede-se que se reexprima" (Comentários ao Código de Processo Civil, v. VII, p. 400, ed. Forense, 1975, *apud* ED nº 362.110.5/3-01, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Celso Bonilha, j. 28/04/04).

Por essas razões, rejeitam-se os embargos opostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2006127-85.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL-SP), são embargados MESA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA 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: "REJEITARAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.254)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, LUIS SOARES DE MELLO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de Declaração. Omissão. Inocorrência. Caráter infringente dos embargos. Inadmissibilidade. Embargos rejeitados.

VOTO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por *DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL* em face da *MESA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO* e do *GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO*, apontando a embargante omissão no v. acórdão embargado, consistente na não aplicação de artigos da Constituição Federal mencionados na peça inicial, qual seja o artigo 18 da referida Carta, art. 1228 do Código Civil e também o artigo 114, § 1º da LOM de São Paulo. Prequestiona mencionados dispositivos legais, pugnando pelo acolhimento dos embargos.

Intimadas as autoridades embargadas a se manifestarem nos moldes do § 2º do artigo 1023 do CPC, pugnaram ambas pela rejeição dos declaratórios (fls. 12/14 e 16/19).

É o relatório.

Rejeitam-se os embargos, inocorrente o vício nele apontado.

Com efeito, pretende a embargante seja reconhecida a omissão no v. acórdão de fls. Consistente na não aplicação de dispositivos que cita, qual seja, o artigo 18 da Constituição Federal, o artigo 1228 do Código Civil e artigo 114, § 1º da LOM de São Paulo.

Não obstante, o v. acórdão embargado julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos seguintes termos:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Estadual nº 17.099, de 27 de junho de 2019, que 'Autoriza a Fazenda do Estado a conceder o uso da área que especifica, e dá providências correlatas. Alegação de usurpação de prerrogativa do Município de São Paulo, pois por intermédio de Lei Estadual autorizou a concessão de área pertencente ao Município, concessão essa que somente poderia acontecer se realizada por meio de Lei Municipal. Preliminar de inadequação da via eleita. Norma impugnada que contém grau de abstração e generalidade e disciplina as regras jurídicas do uso e destinação do bem pela empresa concessionária, possibilitando, destarte, o controle pela via concentrada. Preliminar afastada. Preliminar de inadmissibilidade da arguição de inconstitucionalidade reflexa ou indireta ao texto constitucional. Acolhimento. Autor que pretende seja declarada a inconstitucionalidade da norma ao argumento de afronta ao artigo 144 da Constituição Estadual e aos artigos 13, inciso IX, e art. 114, caput e § 1º da Lei Orgânica da Capital Paulista, que prevê a necessidade de autorização legislativa para a concessão administrati-*

va de bens públicos. ***Exame abstrato de constitucionalidade somente pode ter por objeto leis ou atos normativos municipais, estaduais ou distritais, desde que contestados em face da própria Constituição do Estado-membro, não se podendo admitir a inconstitucionalidade reflexa ou indireta****. Processo extinto, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.* (negritei)

Tenho, portanto, que o acórdão deva ser melhor lido, para que não se apontem vícios que ele não contém.

Ora, de clareza meridiana no julgado que a extinção do processo se deu ao fundamento de que as normas trazidas pelo embargante a amparar o pedido formulado na inicial, não se prestavam à análise do exame da constitucionalidade da Lei nº 17.099, de 27 de junho de 2019, na medida em que isso somente se dá **"desde que contestados em face da própria Constituição do Estado-membro, não se podendo admitir a inconstitucionalidade reflexa ou indireta".**

Os embargos têm nítido caráter infringente de julgado, que não se há admitir.

Consoante já se decidiu nesta Corte, *verbis*:

"E vislumbrando o caráter infringente do julgado referido, assim decidiu:

"...4. Os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabe, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexprimir, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes (R.J.T.J.E.S.P. 98/ 377, 99/345, 115/206; R.T.J. 121/260).

Sempre vale reprisar PIMENTA BUENO, ao anotar que, nesta modalidade recursal, "não se pode pedir correção, alteração ou mudança alguma, nem modificação que aumente ou diminua o julgamento; e só sim e unicamente o esclarecimento do que foi decidido, ou da dúvida em que se labora. Eles pressupõem que na declaração haja uniformidade de decisões e não inovação, porque declarar não é por certo reformar, adicionar, corrigir ou estabelecer disposição nova" (R.J.T.J.E.S.P. 92/328).".[1]

Ausente, pois, qualquer vício no v. acórdão embargado, rejeitam-se os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 0044362-92.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de Itapecerica da Serra,

1 Embargos de Declaração nº 37.198-4-/01, Relator QUAGLIA BARBOSA, 10ª Câmara de Direito Privado

Acesso ao Sumário

em que é embargante JORGE JOSÉ DA COSTA, são embargados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. LEONEL COSTA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.504)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, SIDNEY ROMANO DOS REIS, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Embargos declaratórios. Suposta nulidade. Inocorrência. Parte alegante que pretendia fazer sustentação oral antes do julgamento pelo colendo Órgão Especial. Petição com tal pleito vinculada pela parte ao feito originário, o que acarretou erro de direcionamento e atraso na juntada. Questão de todo o modo superada, por conta de que o regimento interno da Corte (arts. 193 e 194) e o novo Cód. de Processo Civil (art. 937) não contêm previsão para sustentação oral quando do julgamento da arguição de inconstitucionalidade. Precedentes invocados pelo embargante que diziam respeito a feito de outras naturezas. Pretensão de que os efeitos do julgamento sejam 'ex nunc', a pretexto de evitar danos para estabilidade e segurança das relações jurídicas. Impossibilidade. Tema afeto ao e. órgão **fracionário que suscitou o incidente. Rejeitados.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade agitada nos autos da apelação cível nº 0001006-34.2011.8.26.0268, em curso na 1ª Vara Judicial da co-

marca de Itapecerica da Serra, em que é apelante José Jorge da Costa e apelado o Ministério Público do Est. de S. Paulo.

Julgada procedente, houve interposição de recurso de apelação, distribuída à 8ª Câm. de Direito Público.

A fls. 1305/1321, o e. Rel. Des. JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, nos moldes dos arts. 187 e 190 do Regimento Interno deste e. Tribunal de Justiça, suscitou a presente e, com fundamento na cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Const. Federal) e no quanto posto na súmula vinculante nº 10 do colendo Supremo Tribunal Federal, remeteu estes autos para o colendo Órgão Especial, por conta de inconstitucionalidades presentes no *caput* do art. 38 da Lei Municipal nº 2000/2009, de Itapecerica da Serra, e seu Anexo I.

Em parecer da lavra do e. Dr. WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, a Subprocuradoria-Geral de Justiça opinou pela afirmação das inconstitucionalidades dos arts. 10, 11, incisos I e II, 38 e do anexo I, da Lei 2.000, de 16.6.2009, com as alterações promovidas pela Lei 2.760, de 18.12.2019 (fls. 1336/1364).

O colendo Órgão Especial acolheu o incidente na sessão de 9 de junho de 2021, para declarar a inconstitucionalidade do art. 38 da lei municipal de Itapecerica da Serra n. 2.000/2009, bem como de seu anexo I (fls. 1368 e seguintes).

Jorge José da Costa, demandado na ação civil pública, pediu sustentação oral, contudo, ao vincular sua petição ao número de origem inadvertidamente acarretou erro no direcionamento, de sorte que, quando juntada aos autos, aquela postulação era intempestiva.

Embargou de declaração para nulificar o aresto pela não apreciação do pedido de adiamento para sustentação oral. Ademais, com base na interpretação sistemática dos arts. 20 a 24 e 28 da LINDB; 927, §§ 4º e 5º do Cód. de Processo Civil e 27 da lei 9.868/99, postulou que eventual inconstitucionalidade fosse feita com efeitos *ex nunc* para evitar danos à estabilidade das relações jurídicas (*verbis*).

Por cautela este relator deu conhecimento ao Subprocurador-Geral de Justiça, que opinou pela rejeição.

É o relatório.

Voto n. 52.504

Como já explicado no voto, o Ministério Público promoveu ação civil pública para apurar improbidade administrativa imputada ao Prefeito de Itapecerica da Serra.

Ao final, em 16.1.2019 a ação foi julgada procedente (cf. fls. 1167/1185).

O MM Juiz declarou incidentalmente as inconstitucionalidades do art. 38 e do Anexo I, ambos da lei municipal nº 2000/2009, como também do art. 24 e Anexo I, estes da lei municipal nº 2112/2010, confira-se seu teor a fl. 1181:

Acesso ao Sumário

"(...) De rigor, portanto, a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 38, caput, e Anexo, I, da Lei Municipal 2.000/2009 e do artigo 24, e Anexo I, da Lei Municipal 2.112/2010 (artigo que ratificou o Anexo I publicado com a primeira lei), especificamente na previsão de cargos públicos em comissão de assessor jurídico procurador, com a imediata exoneração de todos os ocupantes destes cargos que não tenham sua posse decorrente de regular aprovação em concurso público".

Para compreensão do quanto deliberado, transcrevo abaixo os textos legais em discussão, copiados do sítio eletrônico da Câmara Municipal de Itapecerica da Serra:

"LEI Nº 2000, DE 16/06/2009 – QUE DISPÕE SOBRE A NOVA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DA PREFEITURA MUNICIPAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

(...)

Art. 38. Os Cargos em Comissão e as Funções de Confiança são de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Executivo e estão relacionados, respectivamente, nos Anexos VI e VI-A desta Lei".

E mesma providência é adotada em relação à primeira legislação modificadora:

"LEI Nº 2112, DE 02/07/2010 – DISPÕE SOBRE ALTERAÇÃO DA LEI Nº 2.000, DE 16 DE JUNHO DE 2009, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

(...)

Art. 24 O Anexo I da Lei nº 2.000/09 passa a vigorar com os quantitativos constantes no Anexo I desta Lei. (Revogado pela Lei nº 2760/2019)".

Oportuno deixar anotado a descoberta de mais outro texto, igualmente modificador, editado depois do julgamento desta ação em 1º grau:

"LEI Nº 2.760, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2019 – QUE DISPÕE SOBRE ALTERAÇÃO DAS LEIS Nº 2.000, DE 16 DE JUNHO DE 2009, Nº 2.362, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2013, Nº 2.427, DE 5 DE JANEIRO DE 2015, E Nº 1.832, DE 10 DE OUTUBRO DE 2007, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS (...)".

O relator do recurso de apelação, o E. Des. JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, destacou, a fls. 1316/1321, a cronologia dos fatos e o núcleo da presente discussão:

"(...) A matéria devolvida pelo recurso de apelação gravita apenas em torno da constitucionalidade do cargo de Assessor Jurídico Procurador.

Feitas estas considerações para situar o ponto controvertido a ser enfrentado, em sede de duplo grau de jurisdição, interessa saber se efetivamente o artigo 38 e Anexo I, da Lei n. 2.000/2009 do Município de

Acesso ao Sumário

Itapecerica da Serra é inconstitucional em face artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, que estabelece a obrigatoriedade do concurso público para o acesso nos cargos direção, chefia e assessoramento.

O Ministério Público sustenta que as funções exercidas são técnicas, burocráticas e absolutamente incompatíveis com o regime dos cargos em comissão, até porque estão mais relacionadas com as atividades rotineiras e burocráticas da Procuradoria Municipal do que com os interesses políticos que envolvem o assessoramento do Poder Executivo.

O apelado adverte que os meios de prova reúnem consistência para demonstrar que não existe a hipótese que autoriza a contratação sem a realização de concurso público, porquanto não há falar na admissão do servidor para atender relevante necessidade pública ou para provimento de cargos em comissão, considerando, inclusive o, descompasso e a compatibilidade entre a realidade fática e a atribuição para o cargo prevista na Constituição Federal (chefia, direção e assessoramento).

(...)

O artigo 39 da Lei Municipal n. 1.279/2001, sancionada e promulgada pelo então prefeito Lacir Ferreira Baldusco, estabelecia:

'Artigo 39. Os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração pelo Prefeito e estão relacionados, respectivamente, no Anexo I desta Lei'.

A Lei Municipal n. 2000/2009 (essa sim sancionada e promulgada pelo réu) revogou a lei municipal 1.279/01, mas manteve o dispositivo questionado:

'Artigo 38. Os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração pelo Prefeito e estão relacionados, respectivamente, no Anexo I desta Lei'.

Em ambas as leis, o cargo de Assessor Jurídico Procurador foi previsto no Anexo I. Contudo, a lei não descreveu as funções atinentes ao cargo. Isso já seria suficiente para tornar questionável a criação do cargo, já que o diploma normativo não previu as suas atribuições, dificultando e restringindo o controle de constitucionalidade da lei.

Recorreu-se, portanto, ao depoimento das pessoas nomeadas para o cargo, prestados no bojo do Inquérito Civil. Fábio Roberto Cravo Roxo e Karin Belão Campos afirmaram que exerciam atividades técnicas e que não tinham subordinados. Além disso, não havia qualquer espécie de assessoramento ao chefe do executivo local ou seus secretários. Karin afirmou, ainda, que 'não há qualquer trabalho ou serviço que seja feito por Assessor Jurídico e, por qualquer motivo, não possa ser executado por Procurador. Não há qualquer grupo de pareceres ou despacho que

Acesso ao Sumário

seja designado especialmente aos Assessores, em razão de maior confiança ou capacidade, e que não possa ser designado aos Procuradores, ou vice versa. Existe apenas uma distribuição de acordo com as matérias em razão da especialização ou afinidade de determinado Assessor ou Procurador' (fls. 283/284).

Nesse contexto, a análise das funções atribuídas aos assessores realmente não deixa dúvidas de que não podem ser consideradas como de chefia, direção e/ou assessoramento ofendendo, a meu ver, a proibição de criação de cargos em comissão que não estejam englobados nas funções previstas pela Constituição Federal e a obrigatoriedade do concurso para o acesso aos cargos públicos.

Correto interpretar que as funções do cargo são eminentemente técnicas e estão mais relacionadas com as atividades rotineiras e burocráticas da Procuradoria Municipal do que com os interesses políticos que envolvem o assessoramento do prefeito ou seus secretários.

Nesse sentido, por vislumbrar possível inconstitucionalidade do artigo 38, 'caput' e Anexo I, da Lei Municipal n. 2.000/2009 diante da ofensa ao princípio da obrigatoriedade do concurso para acesso aos cargos públicos e, ainda, da impossibilidade de nomeação para cargos comissionados que não tenham a função de chefia, direção e assessoramento, considero necessário remeter os autos para o Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, que determina que 'somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público'. Muito embora o artigo 38 da mencionada lei tenha sido alterado pela Lei Municipal n. 2.760/2019, a providência deve ser obrigatoriamente adotada em razão da Súmula Vinculante n. 10, que estabelece que 'viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte'.

No mais, o Órgão Especial dessa Corte tem jurisprudência solidificada no sentido de que a mera revogação do diploma normativo questionado não afasta a necessidade de realização do controle de constitucionalidade pelo Pleno:

(...)

De outra banda, não se sabe se houve apenas reenquadramento dos cargos com a mudança do título nominativo pela nova lei.

Também não há notícia sobre a exoneração dos nomeados para o cargo de Assessor Jurídico Procurador, persistindo a reanálise do pedido em

Acesso ao Sumário

razão da devolução da matéria. Daí porque ser necessária a fiscalização constitucional.

Diante do exposto, nos termos do artigo 187 e 190 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, determino a remessa dos autos para o Órgão Especial, suscitando Arguição de Inconstitucionalidade do artigo 38, 'caput' e Anexo I, da Lei Municipal n. 2000/2009 (...)" (verbis).

Afirmamos a plausibilidade do exame de inconstitucionalidade de lei no bojo de uma ação civil pública.

Confira-se o voto.

Ao cabo, o colendo Órgão Especial acolheu por unanimidade o incidente para declarar a inconstitucionalidade do art. 38 e do Anexo I da Lei Municipal nº 2.000/2009, com as alterações, todos do Município de Itapecerica da Serra, no que se refere à criação dos cargos comissionados apontados na exordial.

Só depois da sessão aqui aportou o pedido de sustentação oral do ora embargante, explicadas as razões do atraso nas certidões de fls. 1340/1341[1].

Respeitosamente, a nosso sentir a nulidade não se sustenta.

Não há previsão para sustentações orais nesta hipótese, confira-se o disposto no art. 937 do novo Cód. de Processo Civil e na lei n. 9.868/99.

Os precedentes de que se serviu dizem respeito às ações civis públicas e às ações diretas de inconstitucionalidade, nenhuma retrata arguições de inconstitucionalidade, confira-se nos julgamentos que a parte reproduziu a fls. 1347/1348[2].

Nem nosso Regimento Interno acode ao embargante, porque se ocupa do tema nos arts. 19e, 194 e §§, jamais tocando no assunto sustentação oral.

No mais, evidentemente a parte está irresignada com o resultado do julgamento deste incidente, que não extrapola questão prejudicial.

Primeiramente, irresignação com os fundamentos dá, quando e se o caso, causa a outro recurso, jamais os declaratórios. A atribuição de efeitos infringentes, em embargos de declaração, somente é admitida em casos excepcionais, os quais exigem, necessariamente, a ocorrência de qualquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Cód. de Processo Civil. Evidentemente, não é o caso. Eventual discordância com o julgamento não se configura motivo para a interposição de embargos declaratórios. Os embargos declaratórios não se prestam à inovação, à rediscussão da matéria tratada nos autos ou à correção de eventual *error in judicando*.

Por fim, a pretensão de estabelecer, desde já, o modo como repercutirá o aresto na ação de conhecimento, não pode ser acolhida. Estes apenas serão co-

1 Numeração errada por conta do cartório, a partir de fl. 1369, com determinação neste aresto para as devidas correções.

2 Numerações que serão corrigidas pela secretaria em razão do erro anotado na observação anterior.

Acesso ao Sumário

nhecidos e afirmados quando o egrégio órgão fracionário retomar o julgamento da ação de conhecimento e do recurso ali interposto.

Por fim, o disposto no art. 27 da lei 9.868/99, ao qual a irresignação da parte remete, foi concebido para as ações diretas de inconstitucionalidade, com perfil diverso desta arguição, tendo de comum tão apenas o exame de conformidade ou não com o texto constitucional. E ali, aliás, é dada ao Supremo, ao seu critério, a oportunidade deste ou daquele efeito, considerando circunstâncias para a hipótese de modulação.

A situação presente não guarda compatibilidade lógica com aquele instituto.

Resumindo, não identificada nulidade ou omissão, respeitosamente, meu voto é pela rejeição dos embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2125403-81.2019.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ASSOCIAÇÃO MUNICIPAL DOS AUDITORES DE CONTROLE INTERNO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – AMACISP, é embargado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.482)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, FIGUEIREDO GONÇALVES, A.C.MATHIAS COLTRO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 20 de outubro de 2021.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Inexistência de omissão ou qualquer vício suscetível ou

Acesso ao Sumário

exigente de declaração ou de correção – Acórdão que denegou a segurança e extinguiu o processo sem resolução do mérito, porque impetrado contra lei em tese, para o que não se presta (Súmula 266, STF) – Alegação de omissão ao argumento de não ter sido considerado que a impetrante não se volta "contra lei em tese, mas sim contra ato de elaboração e publicação de lei ilegal e inconstitucional" – Declaração de vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade para o que não se presta o writ – Acórdão que se debruçou fundamentadamente sobre o tema – Embargos que revelam intenção, menos fazer integrar ou sanar qualquer vício do acórdão, mais a revisão do decidido, o que deve, se for o caso, ser objeto de recurso diverso, dirigido a outra e superior esfera de jurisdição – Rejeição.

Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Prefeito do Município de São Paulo.

Denegada a segurança e julgado extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC c.c. art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2019 (fls. 142/153), o impetrante opõe **embargos de declaração** (ED/50001 apenso).

Alega: **a)** embora o MP tenha emitido parecer favorável quanto ao mérito da questão, o acórdão "*analisou e julgou tão somente a preliminar da parte Impetrada no que se refere ao pleito de extinção do feito face a suposta impetração de mandado de segurança contra lei em tese*"; **b)** ocorre que o acórdão acabou por "*incorrer em omissão, ao passo que a ora Embargante, não impetrou mandado de segurança contra lei em tese, mas sim contra ato de elaboração e publicação de lei ilegal e inconstitucional*"; **c)** a impetrante demonstrou na exordial que o ato coator tacado "*corresponde à publicação de Lei elaborada pelo Poder Executivo mergulhada na ilegalidade e inconstitucionalidade";* **d)** a Lei 17.020/2018 tem como origem projeto de lei do Executivo, aprovado na forma de substitutivo legislativo; **e)** de acordo com a justificativa do projeto de lei, promovido pelo Prefeito à época, fora encaminhada à Câmara Municipal de São Paulo o PL com o objetivo de "*ser submetido ao exame e deliberação ... projeto de lei que objetiva instituir o regime de previdência complementar para os servidores públicos do Município ..., titulares de cargos de provimento efetivo da Administração Direta, suas Autarquias e Fundações, da Câmara Municipal, do Tribunal de Contas do Município e seus Conselheiros; fixar o limite*

Acesso ao Sumário

máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo Regime Próprio de Previdência Social do Município de São Paulo – RPPS e autorizar a criação da Entidade Fechada de Previdência Complementar do Município de São Paulo – SAMPAPREV"; **f)** o Projeto de Lei 621/2016 fora elaborado pelo Poder Executivo e encaminhado à Câmara Municipal pelo Prefeito, restando claro que o ato coator ora impugnado não é lei em tese, mas sim o ato promovido pelo Prefeito ao elaborar e encaminhar projeto de lei ilegal e inconstitucional; **g)** resta claro que o acórdão incorreu em omissão, tendo desconsiderado o ato coator atacado em sede de mandado de segurança (art. 1.022, II, CPC). Requer sejam acolhidos os embargos e "*sanada a omissão apontada e, ao final, para que este d. Juízo se manifeste quanto ao ato coator que ensejou o mandado de segurança impetrado*".

É o relatório.

1. O acórdão embargado (fls. 142/153) acolheu preliminar e julgou extinto o processo, por ausente interesse processual na modalidade adequação da via utilizada (art. 485, VI, do CPC c.c. art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009), porquanto "*não cabe mandado de segurança contra lei em tese*" (Súmula 266 do STF).

O aresto está assim ementado:

"*MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração pela Associação Municipal dos Auditores de Controle Interno do Município de São Paulo AMACISP em face do Prefeito do Município de São Paulo – Impetrante que se volta diretamente contra a norma, aduzindo que 'o dispositivo é ilegal e merece ser afastada sua aplicação, uma vez que opera efeitos para sujeitos que ainda não têm sequer condições jurídicas de submissão a conteúdo normativo, bem como VIOLA o direito à facultatividade dos servidores aderirem ao SAMPAPREV' – Alegação de que houve 'impedimento de acesso facultativo ao SAMPAPREV pelos servidores que ingressaram no serviço público antes da publicação da Lei 17020/2018', motivo pelo qual busca a concessão da segurança 'para afastar a aplicação do § 1º do art. 1º da Lei n. 17.020/2018 e para determinar que a impetrada possibilite o ingresso no Regime de Previdência Complementar previsto na Lei nº 17.020/2018, desde a sua vigência, aos filiados que exercerem seu direito de opção' – Descabimento da ação mandamental – Aplicabilidade, ao caso, da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual 'não cabe mandado de segurança contra lei em tese' – Precedentes deste Órgão Especial –Preliminar de descabimento da impetração, acolhida.*

Segurança denegada, julgado extinto o processo sem resolução do mérito (art. 485, VI, do CPC c.c. art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009)."

Como ali ressaltado,

Acesso ao Sumário

"(...) a impetração é dirigida ao PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, sem apontar ato concreto dessa digna Autoridade, de qualquer natureza, omissiva ou comissiva, ao argumento de que

""*o dispositivo é ilegal e merece ser afastada sua aplicação, uma vez que opera efeitos para sujeitos que ainda não têm sequer condições jurídicas de submissão a conteúdo normativo, bem como VIOLA o direito à facultatividade dos servidores aderirem ao SAMPAPREV*".

"Alega que houve

""*impedimento de acesso facultativo ao SAMPAPREV pelos servidores que ingressaram no serviço público antes da publicação da Lei 17020/2018*", motivo pelo qual busca a concessão da segurança "*para afastar a aplicação do § 1º do art. 1º da Lei n. 17.020/2018 e para determinar que a impetrada possibilite o ingresso no Regime de Previdência Complementar previsto na Lei nº 17.020/2018, desde a sua vigência, aos filiados que exercerem seu direito de opção*".

"Como visto, a impetrante se volta diretamente contra a norma, questionando-a e não apontando qualquer ato concreto do Prefeito do Município de São Paulo lesivo a direito líquido e certo de seus filiados, 'direito' que quer seja atendido tanto que exerçam a opção que a lei não contempla.

"Desse modo, não tem a impetrante interesse processual, na modalidade adequação, de manejar o mandado de segurança como se de ação de inconstitucionalidade se tratasse, para alterar a aplicação da regra do § 1º do art. 1º da Lei nº 17.020/2018, do Município de São Paulo, estendendo-a aos servidores que ingressaram no serviço público antes de sua publicação dessa norma.

"Nesse sentido decidiu este C. Órgão Especial, em situação assemelhada, em voto da lavra do e. Desembargador RENATO SARTORELLI (MS 0004836-55.2019.8.26.0000, j. 22.05.2019). (...)

"(...)

"No mesmo sentido, reconhecendo a falta de interesse de agir na modalidade necessidade/adequação, em caso de impetração voltada contra o período de *vacatio legis* da lei previdência complementar estadual (...)

".... (Agravo regimental nº 2155164-26.2020.8.26.0000/50000, j. 17.02.2021, Relator Desembargador EVARISTO DOS SANTOS).

"(...)"

2. A impetrante-embargante alega que, "*embora o Ministério Público tenha emitido parecer favorável quanto ao mérito da questão (...) este d. Juízo,*

Acesso ao Sumário

analisou e julgou tão somente a preliminar da parte Impetrada, no que se refere ao pleito de extinção do feito face a suposta impetração demandado de segurança contra lei em tese". Desse modo, entende que o acórdão acabou "*por incorrer em omissão, ao passo que a ora Embargante, não impetrou mandado de segurança contra lei em tese, mas sim contra ato de elaboração e publicação de lei ilegal e inconstitucional*".

A preliminar de inadequação da via eleita constitui matéria prejudicial ao conhecimento do mérito. Acolhida a preliminar, não há razão para prosseguir e examinar o mérito da causa. Não há omissão, portanto.

O C. Supremo Tribunal Federal, em situação assemelhada, assim decidiu:

> "Embargos de declaração. Alegação de omissão por ter o acórdão embargado não conhecido do mandado de segurança por ter este por objeto lei em tese atacada como inconstitucional sem examinar, previamente, a impugnação à constitucionalidade dela, porquanto lei inconstitucional não é lei.
>
> -Inexistente a alegada omissão.
>
> O que, em verdade, pretendem os embargantes é uma inversão incabível: a de se julgar, preliminarmente, o mérito da lide para se poder examinar a ocorrência, ou não, de requisito processual de admissibilidade do mandado de segurança, que é preliminar daquele julgamento.
>
> O exame do requisito de admissibilidade em causa do mandado de segurança se faz pela verificação da natureza da norma jurídica impugnada, e não pelo resultado do exame do mérito da impugnação. E foi o que o acórdão embargado fez, sem ter incidido na pretendida omissão.
>
> Embargos rejeitados." (AO-ED 463-2 RS, j. 24.04.1997, Relator Ministro MOREIRA ALVES)

Cumpre assinalar que a douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer que emitiu nos autos principais, suscitou referida preliminar de inadequação da via processual eleita, porquanto incabível mandado de segurança contra lei em tese.

Acesso ao Sumário

É certo que avançou na consideração do mérito, mas o fez atenta ao princípio da eventualidade, ou seja, para não perder a oportunidade de se manifestar. Ou seja, manifestou-se sobre o mérito apenas para o caso de ser superada a preliminar.

Enfim, os embargos de declaração têm por objetivo sanar os vícios formais de julgamento, em virtude de obscuridade, contradição, omissão e erro material (arts. 1.022, incisos I, II e III, e parágrafo único, I e II, do Código de Processo Civil/2015). Se não se verifica omissão ou qualquer vício suscetível ou exigente de declaração, ou de reparação pela via escolhida, os embargos não procedem.

De resto, como é cediço, o Tribunal não está obrigado a examinar todos e cada qual dos argumentos desenvolvidos pelas partes, sobretudo quando, como no caso, era inteiramente descabido avançar no exame do mérito.

Fácil de ver, portanto, que a embargante busca apenas o reexame da matéria com a atribuição de efeitos infringentes ao recurso. Todavia, a pretensão é inapropriada na espécie. Inconformismo, por erronia ou injustiça da decisão deve ser objeto de recurso outro, se for o caso, não de embargos de declaração.

Não há, pois, porque acolher os embargos.

3. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É meu voto.

Inquéritos Policiais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito Policial nº 0029263-48.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são representados ANDREIA DE ABREU BRAGA (JUÍZA DE DIREITO), LAURA DE MATOS ALMEIDA (JUÍZA DE DIREITO), FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ (JUÍZA DE DIREITO), CONDOMÍNIO COMENDADOR ELIAS ASSI, EVEYN ROBERTA GASPARETTO, WILSON ROBERTO GASPARETTO, FELIPE C PAULIM, OMA ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS E CORRETAGEM LTDA., JULIANA RANGEL CASETA RODRIGUES, KAYROS GESTÃO & PUBLICIDADE LEGAL, DANILO CARDOSO DA SILVA e LUIS ANTONIO RIBEIRO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO PARCIAL DOS AUTOS, COM DETERMINAÇÃO. V.U. DECLAROU-SE SUSPEITO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.978)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), LUIS SOARES DE MELLO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA

Acesso ao Sumário

COTRIM e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 29 de setembro de 2021.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. Reclamação em face de juízas de direito e outros noticiando a prática dos crimes de fraude processual, coação no curso do processo, associação criminosa e perseguição.

Pedido de arquivamento deduzido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, em relação às condutas das magistradas representadas, ante a inexistência da evidência da prática dos delitos. Irrecusabilidade do pedido do titular da ação, consoante inteligência da jurisprudência firmada pelo E. STF. Precedentes deste colegiado. Pedido de arquivamento parcial acolhido, determinando-se, ao final, o envio dos autos à origem para prosseguimento em relação às demais pessoas e condutas.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de Representação Criminal encaminhada ao 1º Distrito Policial da Capital por Ana Maria Olivieri Simões, que requereu a adoção de providências no âmbito penal em face de ANDREIA DE ABREU BRAGA (juíza de direito), FATIMA VILAS BOAS CRUZ (juíza de direito), LAURA DE MATOS ALMEIDA (juíza de direito), CONDOMÍNIO COMENDADOR ELIAS ASSI, EVEYN ROBERTA GASPARETTO, WILSON ROBERTO GASPARETTO, FELIPE C PAULIM, OMA ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS E CORRETAGEM LTDA., JULIANA RANGEL CASETA RODRIGUES, KAYROS GESTÃO & PUBLICIDADE LEGAL, DANILO CARDOSO DA SILVA e LUIS ANTONIO RIBEIRO.

A representante, em síntese, descreve fatos constantes do processo nº 0123531-47.2005.8.26.0100, em trâmite perante a 10ª Vara Cível da Capital, acerca de execução de débitos condominiais do imóvel de sua propriedade. Assevera que não é possível o pagamento da dívida referente às cotas do condomínio por meio da penhora de dinheiro fruto de indenização que faz jus no processo 0100966-60.2003.8.23.0100, em trâmite perante a 29ª Vara Cível da Capital.

Afirma, ainda, que o autor da execução alegou a *"insuficiência de recur-*

sos para o suporte das penhoras", sem informar ao perito o valor disponível, o que culminou em novos cálculos, que desprezaram as penhoras deferidas pela Magistrada LAURA DE MATOS ALMEIDA, que teriam sido homologadas. Aduz que, não quitada a dívida, foi determinado o leilão do imóvel e a Juíza ANDREIA DE ABREU BRAGA determinou a digitalização dos autos, "para proporcionar agilidade ao leiloeiro, além de autorizar o Condomínio a levantar todos os valores depositados sem, no entanto, abater tais quantias do resultado final das contas".

A representante solicitou providências administrativas em face da Juíza ANDREIA DE ABREU BRAGA, que teria "ignorado os comprovantes de pagamento apresentados nos autos", apontando, ainda, irregularidade na recusa de seu afastamento pela Juíza Assessora da Corregedoria FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ.

Aponta que o condomínio oferecera melhores condições de negociação de débitos condominiais a outra unidade do mesmo edifício "de maneira a humilhá-la e a justificar o depósito judicial dos valores". Afirma, ainda, ter recebido ameaças, atribuídas às advogadas que atuaram no feito.

Conclui que não possui qualquer débito perante o condomínio que justifique a penhora do imóvel e "pleiteia que qualquer tentativa de ingresso, em seu imóvel, pela perita avaliadora Juliana Caserta seja considerada invasão de propriedade" e requer a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos e "análise dos cálculos periciais e dos pagamentos por ela efetuados".

Diante disso, pleiteia a instauração de inquérito policial para apuração de crimes de fraude processual, coação no curso do processo, associação criminosa e perseguição.

Apresenta documentos de fls. 10/132.

A douta Procuradoria Geral de Justiça requereu o arquivamento dos autos (fls. 151/157).

É o relatório.

O pedido de arquivamento deve ser acolhido.

Nesse sentido se manifestou, a d. Procuradoria de Justiça entendendo pela inexistência da prática de qualquer infração penal a ser apurada pelas Magistradas, nos seguintes termos:

"A representação questiona as decisões da Juíza ANDREA DE ABREU BRAGA, nos autos do processo da 10ª Vara Cível, apontando divergências quanto ao cálculo do débito exequendo. Narra que o condomínio auferiu vantagem indevida porque levantou valores depositados em juízo e não lhe forneceu quitação, com comprovantes juntados nos autos e desconsiderados pela Magistrada. Afirma que a responsabilidade da Juíza LAURA DE MATOS ALMEIDA decorre de autorização para penhora de dinheiro em processo que tramita pe-

Acesso ao Sumário

rante a 29ª Vara Cível e que o fato de seu pleito ter sido levado administrativamente à Corregedoria Geral de Justiça implica em responsabilidade da Dra FATIMA VILLAS BOAS CRUZ, Juíza Assessora daquele órgão. Afirma estar atada entre o dever de pagar débitos 'com os quais a Juíza concorda' ou o ônus de perder seu imóvel em possível leilão judicial.

Em consulta ao ESAJ, verifica-se que o processo está em andamento perante a 10ª Vara Cível e conta com diversos incidentes (Agravos de Instrumento 2153253-42.2021.8.26.0000, 2051004-81.2019.8.26.0000, 2061598-91.2018.8.26.0000, 2070655-36.2018.8.26.0000, 2174723-71.2017.8.26.0000, 2234849-24.2016.8.26.0000, 2026645-77.2013.8.26.0000 e 2011317-10.2013.8.26.0000). O ESAJ aponta também a existência de processos entre as mesmas partes (1109468-72.2020.8.26.0100, 0127140-09.2003.8.26.0100 e 0100966-60.2003.8.26.0100).

Há, também, registro de exceção de suspeição manejada em face da Dra ANDREA DE ABREU BRAGA, a qual foi rejeitada pela Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (0039722-17.2018.8.26.0000).

No caso concreto, as Magistradas ANDREA DE ABREU BRAGA e LAURA DE MATTOS ALMEIDA examinaram fatos que lhes foram apresentados no exercício da Magistratura, exercendo a parcela de poder do Estado atribuída pela Constituição Federal ao Poder Judiciário (CF, artigo 2º). A Magistrada FATIMA VILLAS BOAS CRUZ atua perante a Corregedoria Geral de Justiça.

A independência do Juiz é pré-requisito do Estado de Direito e, por força do controle da atividade estatal, as garantias do cargo do Magistrado servem para a proteção da própria sociedade.

A Lei Orgânica Nacional da Magistratura (Lei Complementar 35/79) prevê que:

'Art. 35 – São deveres do magistrado:

*I – Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposi*ções legais e os atos de ofício*'*

'Art. 41 – Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir'

Sobre independência judicial, pertinentes as palavras do Ministro Celso de Mello:

'É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele *submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do officium judicis, sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis' (STF, Inq 2.699-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-3-2009, Plenário, DJE de 8-5-2009)*

Acesso ao Sumário

Estabelecida essa premissa, também deve ser sopesado que qualquer descontentamento do requerente quanto decisão judicial deve ser levado a efeito pela via própria, oportunizando, dessa forma, a análise da questão por instância jurisdicional competente. Decisões judiciais desafiam o sistema recursal previstos nas regras instrumentais e não se encaixam nesta via, que é absolutamente inadequada para a alteração de manifestações processuais ou decisões judiciais. Por esse motivo, inviável o acolhimento nesta seara dos pedidos de suspensão da tramitação do feito cível por esta via (fls. 143/144).

Nessa conjuntura, nota-se que as atitudes imputadas pela representante às Magistradas não destoam do exercício regular das funções inerentes ao cargo de Juiz de Direito.

A despeito do irretorquível direito de petição concedido pelo ordenamento jurídico a qualquer cidadão, sobretudo para noticiar eventuais desvios de agentes e autoridades públicas no desempenho de suas relevantes funções de Estado, mostra-se indispensável a comprovação dos cernes das condutas típicas indicadas. Não se pode concluir pela prática delitiva somente das circunstâncias extraídos da inconsistente narrativa oferecida neste expediente, cuja narrativa envolve todas as pessoas físicas e jurídicas que de alguma forma tiveram contato com a Ação de Cobrança em que ela é parte.

Do genérico relato da representação não se extraem elementos que indiquem envolvimento das autoridades com prerrogativa de foro perante este E. Tribunal de Justiça nos mencionados crimes de fraude processual, coação no curso do processo, formação de quadrilha ou ameaça.

Por outro lado, tampouco se verificam indícios da prática de atos que possam configuram abuso de autoridade. É pertinente observar que os tipos penais previstos na Lei n. 13.869/19 é norteada pelo seu artigo 1º, § 2º que elimina a possibilidade de 'crime de hermenêutica' e prevê:

'A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade'.

A doutrina explica que o dolo é específico de acordo com o artigo 1º, § 1º da Lei e demanda 'finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal'. Sobre o elemento volitivo, explica o citado autor que 'A caracterização do abuso se ressente do dolo da autoridade pública, revestido de elemento subjetivo do injusto consistente na vontade direta de exorbitar do poder mediante decisões motivadas por capricho, maldade, com intuito de vingança ou aquelas ações realizadas com o intuito de concretizar perseguições ou injustiças' (Comentários à Nova Lei do Abuso de Autoridade, Ed JusPodivm, 2020, pág. 233).

Da movimentação processual verificada e dos documentos juntados pela representante não se extraem apontamentos de excesso de penhora que tenha

Acesso ao Sumário

sido evidenciado às Magistradas e que, ainda assim, deliberadamente, elas tenham insistido no gravame sem corrigir a injustiça, nos termos do artigo 36 da Lei de 13.869/19 com a finalidade específica do artigo 1º, § 1º da mesma Lei: 'finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal'.

Intuitivo que a parte contrariada em posição jurídica definida por agente público discorde de seu mérito e busque alternativas para a reversão da decisão que lhe foi desfavorável. Mas é preciso ficar claro que o abuso de autoridade não depende apenas do inconformismo da parte, mas sim da configuração de todos os elementos previstos na Lei 13.964/2019, inclusive sob pena de intimidação de agentes públicos que contam com prerrogativas institucionais para o adequado desempenho de suas funções.

Portanto, por delegação do Excelentíssimo Sr. Procurador-Geral de Justiça (artigo 116, inciso XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público e Portarias de números 5048/2020, 5049/2020 e 5050/2020 – PGJ), com as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal, promovo o ARQUIVAMENTO da presente representação criminal no que concerne a conduta das Magistradas representadas.

Quanto a conduta das demais pessoas citadas e diante do relato, pode ter ocorrido violação de domicílio e ameaça, ausente o foro por prerrogativa de função, impõe-se o declínio à origem".

Em tempo, cumpre trazer à baila jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, veiculada na Questão de Ordem na Ação Penal nº 371-3/MG, de Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.05.2014, que ressaltou a impossibilidade de recusa do pleito de arquivamento formulado pelo Procurador Geral de Justiça, nos feitos de competência originária dos Tribunais:

> EMENTA: I. STF: competência penal originária por prerrogativa de função que, cuidando-se de titular de mandato eletivo, firma-se na data de diplomação e faz nulo o recebimento da denúncia posterior a ela. II. Processo penal de competência originária dos tribunais: **irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito ou outra peça de informação quando formulada pelo Procurador-Geral competente e fundada na falta de base de fato para a denúncia**.

Aliás, assim, também a jurisprudência deste C. Órgão Especial:

> REPRESENTAÇÃO CRIMINAL CONTRA a E. PGE. Arquivamento proposto ao col. Órgão Especial pelo e. Dr. Procurador Geral de Justiça. Incidência do art. 116, XIV da LOMP com as ressalvas do art. 18 do CPP. **-Não compete ao Poder Judiciário rever ou sobrepor-se à deliberação do representante do Ministério Público de não propor a ação penal, da qual é titular (art. 129, inciso I, da Carta Magna)**. -Na hipótese de ação penal originária, isto é, da que se promove junto ao

Acesso ao Sumário

Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Regionais Federais, se o Procurador-Geral de Justiça ou da República, dentro de suas respectivas áreas, entender deva o inquérito ser arquivado, outra posição não poderá tomar o Tribunal senão acolher o pedido, pelo simples fato de o arquivamento ter sido solicitado pelo próprio Chefe da Instituição. -Precedentes do col. STF, do e. STJ e deste colendo Órgão Especial. -Arquivamento em plenário.

(TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2138897-42.2021.8.26.0000; Relator: Costabile e Solimene; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 04/08/2021; Data de Registro: 05/08/2021)

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – PROMOTORA DE JUSTIÇA – IMPUTAÇÃO DECORRENTE APREENSÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE FISCALIZAÇÃO DE FUNDAÇÕES E OUTROS DOCUMENTOS INTEGRANTES DO ACERVO DO CARGO DE 4º PROMOTOR DE JUSTIÇA CÍVEL DA CAPITAL, OCUPADO PELA REPRESENTADA – ARQUIVAMENTO PARCIAL PROPOSTO PELA D. PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA, COM PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES EM RELAÇÃO AOS DEMAIS ENVOLVIDOS, OS QUAIS NÃO OSTENTAM FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A JUSTIFICAR INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL EM FACE DA PROMOTORA DE JUSTIÇA REPRESENTADA – IRRECUSABILIDADE PELO TRIBUNAL – PRECEDENTES – ARQUIVAMENTO PARCIAL ORDENADO.

(TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2050571-09.2021.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 12/05/2021; Data de Registro: 17/05/2021)

“REPRESENTAÇÃO CRIMINAL CONTRA PROMOTOR DE JUSTIÇA – IMPUTAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL E COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ARTIGOS 325 E 344 DO CÓDIGO PENAL) – PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FORMULADO PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIME DE MODO A JUSTIFICAR A PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL – IRRECUSABILIDADE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM PROCEDIMENTOS DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS – PRECEDENTES – ARQUIVAMENTO DETERMINADO”. “Não compete ao Poder Judiciário rever ou sobrepor-se à deliberação do representante do Ministério Público de não propor a ação penal”. “Na hipótese de ação penal originária, isto é, da que se promove junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Regionais Federais, se o Procurador-Geral de Justiça ou da República, dentro de

Acesso ao Sumário

suas respectivas áreas, entender dever ser o inquérito arquivado, outra posição não poderá tomar o Tribunal senão acolher o pedido, pelo simples fato de o arquivamento ter sido solicitado pelo próprio Chefe da Instituição".

(TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2068950-95.2021.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/04/2021; Data de Registro: 30/04/2021)

Ante o exposto, pelo meu voto, com fundamento no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90, acolho o requerimento da Procuradoria-Geral de Justiça para determinar o arquivamento parcial deste procedimento, ressalvado o disposto no artigo 18, do Código de Processo Penal, determinando-se, ao final, o envio dos autos à origem para prosseguimento em relação às demais pessoas e condutas.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2069432-43.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante E.H. MARTINS-ME, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM AS PRELIMINARES E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34525)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de segurança impetrado por estabelecimento que atua na prática esportiva, em face do Governador do Estado de São Paulo, ante a edição do Decreto nº 65.563/2021, o qual estabeleceu a fase emergencial do Plano São Paulo (Decreto Estadual nº 64.881/2020, de 22 de março de 2020, que decretou a quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do coronavírus). Preliminar de extinção do *mandamus* pela aplicação da Súmula 266 do STF rejeitada. Mérito. Ausência de abusividade ou ilegalidade por parte da autoridade coatora, a quem cabe adotar as políticas públicas de enfrentamento à pandemia, de acordo com dados técnicos e científicos. Direito líquido e certo não comprovado, devendo a impetrante sujeitar-se aos estritos termos da norma estadual em vigor, para as atividades não consideradas essenciais.

Mandado de segurança denegado.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por E.H. MARTINS-ME em face do GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, pretendendo, em síntese, a suspensão da aplicabilidade do Decreto nº 65.563/21 (institui medidas emergenciais, de caráter temporário e excepcional, destinadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, e dá providências correlatas), possibilitando a abertura da sua academia.

Aduz a impetrante, em apertada síntese, que: **1)** presta serviços na área de saúde, primando pela prática esportiva, privilegiando o bem estar das pessoas e o fortalecimento da saúde dos praticantes, disponibilizando um melhor condicionamento físico e serviços de reabilitação funcional; **2)** em razão do Decreto nº 65.563/2021 (estabeleceu a fase emergencial no Estado de São Paulo), recebeu notificação para fechar a sua academia imediatamente, sob pena de sanções; **3)** presta serviço de caráter essencial de acordo com a Portaria 639/2020 do Ministério da Saúde (dispõe sobre a Ação Estratégica "O Brasil Conta Comigo – Profissionais da Saúde", voltada à capacitação e ao cadastramento de profissionais da área de saúde, para o enfrentamento à pandemia do coronavírus – COVID-19), a qual considerou que o profissional de educação física se assemelha ao profissional da saúde, bem como de acordo com o Decreto Federal nº 10.344/2020; **4)** o ato da autoridade coatora fere seu direito líquido e certo de ter o seu estabelecimento funcionando, por violar o princípio da legalidade e da

Acesso ao Sumário

livre iniciativa, a justificar a impetração do presente *mandamus*.

Diante e nos termos do quanto proposto, requereu a impetrante a concessão de liminar para provisoriamente suspender a aplicabilidade do Decreto Estadual nº 65.563/21, possibilitando a abertura da sua academia, com respeito às regras sanitárias, sob a alegação de estarem comprovados o *fumus boni iuris*, por se tratar de estabelecimento que presta serviço essencial, e o *periculum in mora*, ante a flagrante ocorrência de lesão irreparável aos alunos que necessitam de exercícios para tratar de suas comorbidades. Ao final, requereu fosse a segurança concedida, tornando definitiva a liminar exarada.

Pelo r. despacho de fls. 60/63, foi indeferida a liminar.

Em suas informações, o Impetrado alegou, preliminarmente, a carência superveniente do interesse processual, uma vez que o Decreto Estadual nº 65.563 perdeu sua eficácia em 11 de abril de 2021 e, no mérito, pugnou pela denegação da ordem. Sustentou em síntese que, a fim de debelar a propagação do coronavírus (SARS-CoV-2) no território estadual, vem adotando todas as providências a seu alcance para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de Covid-19, observadas as competências legislativas e administrativas estabelecidas na Constituição da República e, neste sentido, foi instituída, por meio do Decreto nº 64.881/2020, medida de quarentena consistente na restrição de atividades em todo o território estadual, com a finalidade de promover o distanciamento social e evitar a propagação do novo coronavírus. Afirmou que, posteriormente, foi editado o Decreto nº 64.994/2020, o qual, além de estender a medida de quarentena, instituiu o denominado "Plano São Paulo", que é resultado da atuação coordenada do Estado, Municípios e sociedade civil, com o objetivo de implementar e avaliar ações e medidas estratégicas de enfrentamento à pandemia de Covid-19 (artigos 1º e 2º do Decreto nº 64.994/2020). Por fim, assinala que o controle exercido pelo Poder Judiciário não pode avançar sobre o campo da discricionariedade, da conveniência e da oportunidade das condutas governamentais referentes ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes (fls. 77/83).

Acesso ao Sumário

O parecer da dd. Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da segurança (fls. 89/99). Consta da ementa do parecer:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. POLÍCIA ADMINISTRATIVA. QUARENTENA. RESTRIÇÕES AO FUNCIONAMENTO DE ACADEMIA DE GINÁSTICA. DECRETO ESTADUAL Nº 65.563/21. PRELIMINARES. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE DAS RESTRIÇÕES PARCIAIS AO FUNCIONAMENTO EMPRESARIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E

CERTO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado de São Paulo para garantir a reabertura de academia de ginástica, em razão da edição do Decreto Estadual nº 65.563/21.

2. Inadmissão de mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266, STF).

3. Inocorrência da carência superveniente do interesse processual, pois a rapidez e dinâmica próprias da pandemia, além da subsistência do Plano São Paulo que poderá ter suas regras recrudescidas a qualquer momento, revelam o interesse processual em solução de mérito definitiva da questão.

4. Norma estadual protetiva da saúde pública que impõe restrições parciais ao funcionamento de atividades econômicas deve prevalecer no contexto do combate à pandemia, por força da repartição constitucional de competências e dos princípios da prevenção e da precaução.

5. Na potencial colisão de direitos fundamentais a solução, após juízo de ponderação no caso concreto, tem maior peso em favor da saúde, considerando, ainda, que a técnica normativa do decreto estadual já se antecipou na composição dos interesses legítimos divergentes evitando, a bem da justa medida, a imposição de sacrifício exagerado aos direitos em conflito.

6. A Constituição autoriza a imposição de limites aos direitos fundamentais quando necessários à conformação com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. O direito fundamental à liberdade de iniciativa há de ser compatibilizado com a proteção da saúde.

7. Denegação da ordem, se superado a preliminar ao exame meritório.".

É o relatório.

De início, anoto o posicionamento majoritário deste C. Órgão Especial no sentido de que é possível a impetração de mandado de segurança contra ato normativo de efeitos concretos, hipótese dos autos, o que afasta a aplicação da Súmula nº 266 do C. Supremo Tribunal Federal.

Anoto também que não há que se falar em perda superveniente do objeto como levantado pela autoridade impetrada pois, não obstante ter o Decreto Estadual nº 65.563 perdido a sua eficácia em 11 de abril de 2021, ainda observamos números altos de casos de contaminação pelo coronavírus no Estado de São Paulo, o que pode acarretar a retroação de fases do Plano São Paulo.

Ficam, pois, rejeitadas as preliminares levantadas.

No mérito, entendo ser o caso de denegação da segurança, eis que não se constata qualquer ilegalidade ou abusividade por parte da autoridade coatora com a edição do Decreto ora impugnado.

Em decisão do C. Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 672), reconheceu-

Acesso ao Sumário

se a competência dos **Chefes dos Executivos estaduais** para adotar medidas como a imposição de distanciamento social e restrição de circulação de pessoas durante o combate à pandemia da Covid-19.

Constou da referida decisão:

"As regras de repartição de competências administrativas e legislativas deverão ser respeitadas na interpretação e aplicação da Lei 13.979/20, do Decreto Legislativo 6/20 e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020, observando-se, de 'maneira explícita', como bem ressaltado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, ao conceder medida acauteladora na ADI 6341, 'no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente'.

Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID19 mortality and healthcare demand, vários autores)." (n/ grifos)[1].

E, dentro da competência conferida aos Estados, considerando ainda as orientações da OMS, bem como as disposições constitucionais que impõem ao Poder Público o estabelecimento de medidas a fim de garantir a saúde da população e reduzir o risco de doenças e de óbitos, foi editado, no Estado de São Paulo, o **Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020** que, a fim de evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus, estabeleceu **a suspensão do atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços**, com exceção de atividades consideradas essenciais.

No panorama atual do Estado de São Paulo, no que diz respeito às medidas de combate à pandemia do coronavírus, está em vigência o Decreto nº 65.897 de 30 de julho de 2021 (atualizado pelo Decreto nº 65.924 de 16/08/2021), que revogou o Plano São Paulo, mantendo, apenas, a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção facial, o cumprimento dos protocolos sanitários e a vedação de aglomerações, nos espaços abertos ao público no Estado de São Paulo, de sorte que não há mais restrições ao exercício da atividade da impetrante.

1 ADPF nº 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 08.04.2020.

Acesso ao Sumário

A pretensão da impetrante, contudo, não é só a liberação da sua atividade comercial, mas o reconhecimento de que se trata de atividade essencial, de tal sorte que, independentemente da fase do Plano São Paulo, deve ser-lhe concedido o direito de atender ao público presencialmente.

Sem razão, contudo.

Importante ressaltar que as decisões do Poder Público em relação às atividades que devem ser permitidas enquanto perdurar a pandemia do coronavírus está baseada em critérios técnicos, entre eles, a capacidade de resposta eficiente do sistema de saúde de cada Município, critérios estes de conveniência e oportunidade do órgão administrativo, em face dos quais não cabe controle judiciário, especialmente na hipótese atual, em que se busca assegurar o direito fundamental à saúde.

Nesse ponto, destaca-se trecho de decisão proferida pelo C. Supremo Tribunal Federal, ao acolher pedido de suspensão de segurança proposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em razão de decisão que autorizou o funcionamento de academia de tênis, atividade não essencial:

> "Conforme tenho destacado, na análise de pedidos referentes aos efeitos da pandemia de COVID-19, entre nós e, especialmente, na tentativa de equacionar os inevitáveis conflitos federativos disso decorrentes, a gravidade da situação vivenciada exige a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, sempre respeitada a competência constitucional de cada ente da Federação para atuar, dentro de sua área territorial e com vistas a resguardar sua necessária autonomia para assim proceder.
> (...)
> Com o julgamento concluído no dia 17/4/20, do referendo da medida cautelar na ADI nº 6.341, esse entendimento foi explicitado pelo Plenário desta Suprema Corte, ao deixar assentado que o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, mas restou reconhecida e preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição Federal.
> Nessa conformidade agiu o chefe do Poder Executivo do estado de São Paulo, ao editar o aludido decreto, ao passo que a segurança liminarmente concedida na origem, de uma penada, subverteu a ordem administrativa, no tocante às restrições à abertura do comércio e dos prestadores de serviços, naquele estado, medida essa que pode ser potencialmente estendida a todos os outros estabelecimentos congêneres ali existentes.
> (...)
> Não se ignora que a situação de pandemia, ora vivenciada, impôs drásticas alterações na rotina de todos, atingindo a normalidade do funcionamento de muitas empresas e do próprio estado, em suas diversas áreas de atuação.

Acesso ao Sumário

Mas, exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, não se podendo privilegiar determinado segmento da atividade econômica em detrimento de outro, ou mesmo do próprio Estado, a quem incumbe, precipuamente, combater os nefastos efeitos decorrentes dessa pandemia.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário decidir qual ramo de atividade econômica pode ou não abrir suas portas, ou mesmo quais as medidas profiláticas que devem ser adotadas, em caso positivo, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento.

Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais 'repita-se' promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas.

Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa[2]**"**. (n/ grifos).

Nesta feita, ausente abusividade ou ilegalidade por parte da autoridade coatora, a quem cabe adotar as políticas públicas de enfrentamento à pandemia, de acordo com dados técnicos e científicos, **não se justificando, pois, a concessão da segurança**, de tal sorte que deve a impetrante sujeitar-se aos estritos termos da norma estadual em vigor, para as atividades não essenciais, em face das quais, de se repetir, não há mais restrições de funcionamento, salvo a obrigatoriedade do uso de máscara facial e o cumprimento dos protocolos sanitários no caso da impetrante.

Ante o exposto, denego a segurança, nos termos do v. acórdão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0006240-73.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MARIO HENRIQUE DE FELICIO BUZZULINI, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

2 SS 5377 MC / SP – SÃO PAULO – MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA, Relator(a): Min. Presidente
Decisão proferida pelo: Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 06/05/2020.

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. O ADV. DR. MÁRIO HENRIQUE DE FELICIO BUZZULINI, AO SER CHAMADO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL, NÃO ATENDEU AO PREGÃO. Sem julgamento do mérito.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº MS-0038/21)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 15 de setembro de 2021.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DE nº 65.259/20. Prazo de 4 anos para alienação de automóvel especial, obtido com incentivos fiscais. Retroatividade da norma a quem adquiriu automóvel sob a vigência do DE nº 63.603/18, que previa prazo de 2 anos. Direito líquido e certo. Legitimidade passiva. Inadequação da via eleita. – 1. Legitimidade passiva. Nos termos do art. 6º, § 3º da LF nº 12.016/09, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. No caso, o Governador do Estado não é a autoridade competente para a apreciação do pedido administrativo de transferência do bem, tampouco para cobrança do ICMS ou reconhecimento de sua isenção; também não responde pela aplicação do ato normativo ao caso concreto. Não aplicação da teoria da encampação, até por não caber ao Órgão Especial a apreciação de pedidos contra autoridade de nível inferior. Ilegitimidade passiva reconhecida. – 2. Inadequação da via eleita. O impetrante afirma que a

norma impugnada, sobretudo seu art. 2º, representa afronta ao direito adquirido, à segurança jurídica e à irretroatividade da norma tributária, previstos na Constituição Federal. O impetrante afirma ter vendido o carro adquirido ao tempo da lei anterior e a alteração impede o aperfeiçoamento da venda; há caso concreto e há alegação de direito que só com apoio judicial pode concretizar-se. Não se trata de impetração contra lei em tese. – Segurança denegada, sem julgamento do mérito.

VOTO

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por MARIO HENRIQUE DE FELICIO BUZZULINNI em face do GOVERNADOR DO ESTADO. Alega que é portador de paraparesia de membros superiores e em 28-11-2018 adquiriu carro especial (Hyundai Creta 1.6), com isenção de impostos; à época da aquisição, o Governo de São Paulo exigia o prazo de 2 anos para a venda de veículos especiais, adquiridos com as isenções fiscais, conforme DE nº 63.603/18; em outubro de 2020, contudo, foi publicado DE nº 65.259/20, alterando o prazo de 2 para 4 anos. Sustenta que a alteração é uma violação de direito líquido e certo, na medida em que quando adquiriu o automóvel sentiu-se seguro por saber que após alguns meses estaria livre para alienar o bem. Afirma que, embora tenha alienado o veículo em dezembro de 2020, o DETRAN ainda não liberou o veículo para o proprietário, havendo anotação de intransferibilidade, restrição tributária e administrativa. A lei nova não pode retroagir para alcançar os adquirentes que compraram automóveis quando vigente o prazo de 2 anos para alienação; a conduta lesiva do Governo está atingindo direito líquido e certo do impetrante e do comprador do automóvel; àqueles que adquiriram automóveis pela regra do DE nº 63.603/18 deve ser assegurado o prazo de 2 anos para alienação, a despeito da previsão constante no DE nº 65.259/20, no sentido de que o prazo de 4 anos se aplica aos veículos adquiridos a partir da data da ratificação nacional do Convênio ICMS 50/18, dada a ilegalidade da retroatividade prevista. Pede, inclusive liminarmente, o reconhecimento do direito à venda do automóvel Hyundai Creta 1.6 – Attitude, placa (...), afastada a regra do DE nº 65.259/20, com determinação ao DETRAN para que finalize a transferência do bem ao novo proprietário (fls. 1/24).

Não concedi a liminar. O Governador prestou informações a fls. 104/122, alegando ilegitimidade passiva e incompetência do Órgão Especial; no mérito, defende a legalidade do ato normativo e pede a denegação da ordem. O parecer da Procuradoria Geral de Justiça, além da ilegitimidade passiva, alega tratar-se de impetração contra lei em tese (fls. 128/135).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. O DE nº 65.259/20, ato normativo objeto da impetração, introduz alterações no Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS e dá outras providências; o art. 1º desse decreto altera a redação de alguns dispositivos do art. 19 do Anexo I do RICMS, aprovado pelo DE nº 45.490/00, dentre eles, o § 10, item 3, alínea "b", segundo a qual "nos primeiros 4 (quatro) anos, contados da data da aquisição, o veículo não poderá ser alienado sem autorização do fisco"; o art. 2º determina a aplicação do prazo de 4 (quatro) anos previsto na alínea "b" do inciso I e nos incisos VIII e IX, todos do artigo 1º, aos veículos novos adquiridos a partir da data da publicação da ratificação nacional do Convênio ICMS 50/18, de 5 de julho de 2018. O impetrante alienou o veículo em dezembro de 2020, quando já vigente a norma impugnada, de modo que a venda está sujeita à aprovação do fisco; pede (i) seja o DETRAN-SP compelido a finalizar a transferência do bem ao novo proprietário; (ii) reconhecimento da ilegalidade do DE nº 62.529/20; (iii) a proibição de cobrança do ICMS do veículo.

3. Legitimidade passiva. Nos termos do art. 6º, § 3º da LF nº 12.016/09, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. No caso, o Governador do Estado não é a autoridade competente para a apreciação do pedido administrativo de transferência do bem, tampouco para cobrança do ICMS ou reconhecimento de sua isenção; também não responde pela aplicação do ato normativo ao caso concreto. Assim, a liberação da venda e a isenção pleiteada pela impetrante é concedida pela autoridade fiscal, e não pelo Governador do Estado, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação mandamental. Conforme salientado pela Procuradoria Geral de Justiça, nem mesmo através da teoria da encampação poderia ser convalidada a legitimidade processual na hipótese, já que o princípio não se aplica quando a impetração se volta contra autoridade hierarquicamente superior àquela que efetivamente é responsável pelo ato impugnado (fls. 131); mesmo porque, na hipótese dos autos, o Órgão Especial não seria competente para o julgamento da impetração, considerando a correção do polo passivo.

Acesso ao Sumário

4. Inadequação da via eleita. A Súmula STF nº 266 prevê que "não cabe mandado de segurança contra lei em tese". Doutrina e jurisprudência compreendem que normas em tese são aquelas que possuem o tríplice atributo da generalidade, impessoalidade e abstração, de modo a obstar que a via mandamental seja utilizada como mecanismo de controle abstrato da validade constitucional das leis e dos atos normativos em geral (MS nº 34.432-AgR-DF, STF, Pleno, 7-3-2017, Rel. Luiz Fux; MS nº 29.374-AgR-CE, STF, 1ª Turma, 30-9-2014, Rel. Roberto Barroso; MS nº 32.809-AgR-DF, STF, 2ª Turma, 5-8-2014, Rel.

Celso de Mello).

O DE nº 65.259/20 "introduz alterações no Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS e dá outras providências" e o impetrante afirma que a norma impugnada, sobretudo seu art. 2º, representa afronta ao direito adquirido, à segurança jurídica e à irretroatividade da norma tributária, previstos na Constituição Federal. Não se trata de impetração contra lei em tese; o impetrante delineia ter adquirido um veículo com isenção fiscal e já tê-lo vendido, mas sem conseguir completar a venda ante a alteração ora impugnada. Há, portanto, fato concreto, de interesse do impetrante, que sofre a interferência da alteração legal e que não chegará ao termo pretendido sem o apoio judicial.

5. Diante da ilegitimidade passiva da autoridade coatora apontada pelo impetrante a denegação da ordem é medida de rigor. Neste sentido já se posicionou o Órgão Especial em caso praticamente idêntico:

> MANDADO DE SEGURANÇA. Decreto n. 65.259/2020, que "introduz alterações no Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS e dá outras providências". Inadequação da via eleita. Ato administrativo em tese. Incidência da Súmula 266 do E. STF. Verificação, outrossim, de ilegitimidade passiva da autoridade tida por coatora, sem possibilidade de incidência do instituto da encampação (Lei nº 12.016/2009, art. 6, § 3º). Ato emanado de autoridade hierarquicamente inferior ao Exmo. Sr. Governador do Estado, contra o qual se volta o mandamus. Segurança denegada. (Rodrigo Henrique Gaya Jorge Isaac v. Governador do Estado, MS nº 0042084-21.2020.8.26.0000, Órgão Especial, 16-6-2021, Rel. Ademir Benedito, v.u.)

O voto é pela **denegação da segurança, sem julgamento do mérito**, nos termos do art. 485, VI do CPC. O impetrante arca com as custas e despesas processuais; honorários indevidos na espécie, conforme art. 25 da LF nº 12.016/09.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0009848-79.2021.8.26.0000, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é impetrante COMERCIAL EMPÓRIO KING EIRELI, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de con-

formidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.943)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, FIGUEIREDO GONÇALVES, EUVALDO CHAIB, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 22 de setembro de 2021.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Mandado de segurança – Impetração contra ato do Exmo. Governador do Estado – Decretos Estaduais que impunham medidas sanitárias para controle da pandemia da COVID-19 – Restrições superadas por normas supervenientes – Perda de objeto – Falta de interesse de agir – Afastamento de tal óbice, a título argumentativo, pela possibilidade de regressão de fases no Plano São Paulo, que importaria a constatação de impetração contra lei em tese, dada a ausência de ato coator concreto e tampouco de iminência de sua prática – Impetrante que, ademais, deixou de prestar esclarecimentos acerca da atividade econômica exercida, não comprovando o direito líquido e certo invocado – Segurança denegada, conforme art. 6º, § 5º, da Lei Federal nº 12.016/2009 c/c art. 485, VI, do CPC.

VOTO

Reporto-me aos termos da decisão proferida pelo então Relator Sorteado, Exmo. Des. Alex Zilenovski, às fls. 154-164:

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por COMERCIAL LOJAS KING LTDA em face do Excelentíssimo Governador do Estado de São Paulo e do Excelentíssimo Prefeito Do Município De Pindamonhangaba, alegando violação de direito líquido e certo.

Sustenta, a impetrante, que em razão do aumento de casos da pandemia Covid 19 (Coronavirus), o Sr. Governador do Estado de São Paulo declarou, por meio do Decreto n.º 65.545 de 03 de março de 2021, que estende a medida de quarentena de que trata o Decreto n.º 64.881, de 22 de março de 2020,

Acesso ao Sumário

situação de emergência no Município pelo prazo de 180 dias, resguardando aquelas de caráter essencial, nos termos dos Decretos Federais 10.282/2020 e 10.288/2020 que regulamentaram a Lei 13.979/2020, combinado, ainda, com o Decreto Municipal nº 59.298/20.

Em função do decreto n.º 65.545/2021, foi determinada a retomada da fase vermelha, ordenando o fechamento de todo o comércio varejista, que possui a seguinte redação:

(...)

Aduz, porém, que sua atividade não oferece riscos de contágio da doença, posto que observa os protocolos pertinentes.

Afirma, ainda que a empresa impetrante tem como seguimento principal comércio varejista de mercadorias em geral, conforme consta no cartão de inscrição do CNPJ, no campo "código e descrição da atividade econômica principal", com o código 47.12-1-00, além de constar no "código e descrição das atividades econômicas" entre outras a atividade comércio varejista de doces, balas, bombons e semelhantes, além de comércio varejista de bebidas.

Alega que tendo em vista que consta no rol das atividades essenciais, inclusive com menção expressa no decreto municipal, a Impetrante planejou a permanência de abertura e continuação da comercialização de produtos, porém foi orientada que fechasse as portas. Portanto a impetrante, teme que seja obrigada a manter seu comércio fechado mesmo tendo direito líquido para estar em funcionamento, o que lhe prejudicaria substancialmente, não podendo atender seus clientes.

Diante disso, requer a concessão da liminar para assegurar à Impetrante o direito líquido e certo de permanecer em funcionamento como atividade essencial, desde que adote todas as medidas estabelecidas pelo restrições do Plano São Paulo. Quanto ao mérito, busca a confirmação do pedido.

Houve aditamento à inicial, com a juntada de documentos informando que outra loja da rede obteve liminar proferida pela Colenda 3ª Câmara de Direito Público desse Egrégio Tribunal de Justiça, sendo de rigor a extensão dos efeitos da liminar no presente caso.

Em tal decisão o i. Relator reconheceu a incompetência do C. Órgão Especial para apreciação de *mandamus* contra ato de prefeito que não seja o da Capital, conforme art. 74, III, da CE. No mais, indeferiu a liminar e determinou o processamento do feito, requisitando informações ao Exmo. Governador do Estado.

Acesso ao Sumário

A autoridade coatora prestou informações (fls. 185-191), alegando, preliminarmente, a perda superveniente do objeto da impetração, posto que o art. 2º Decreto Estadual nº 65.545/2021 perdeu a eficácia em 11/04/2021, conforme art. 2º do Decreto Estadual nº 65.596/2021 e, ainda, o Decreto nº 65.635/2021 permitiu o atendimento presencial controlado nos estabelecimentos comerciais, não mais subsistindo a restrição atacada pela impetrante. No mérito, defendeu a adequação das normas locais, ante a competência concorrente para dispor sobre

as medidas de contenção da pandemia, e que a pretensão da impetrante implicaria indevida intervenção do Judiciário em política pública sanitária.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança, consignando que *"Considerando que consta na alteração societária que o objeto social é o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios, a impetrante deve ser incluída na normativa que autoriza o serviço essencial"*. (fls. 194-198)

Após o parecer supra, o i. Relator proferiu despacho, determinando à agravante que esclarecesse se ainda possuía interesse no prosseguimento do feito, à luz das alterações normativas supervenientes à impetração, e, em caso positivo, informasse qual a atividade econômica predominante dentre aquelas listadas no objeto social da empresa, aclarando, ainda, seus pormenores, além de trazer comprovação documental das alegações (fls. 200-201).

Sobreveio manifestação da impetrante dando conta do interesse na continuidade do *mandamus* e acostando cópia do v. acórdão proferido nos autos nº 2053951-40.2021.8.26.0000, referente a mandado de segurança similar impetrado por outras empresas do mesmo grupo econômico no qual foi autorizada a abertura dos estabelecimentos para venda tão somente de itens tidos por essenciais (fls. 206-214).

Intimada a cumprir as demais determinações do despacho supra (fls. 216), a impetrante quedou-se inerte (fls. 224).

É o relatório.

Conforme petição inicial, a impetrante se insurge contra as restrições impostas pelos Decretos Estaduais nº 64.881/2020 e 65.545/2021: o primeiro instaurou a quarentena no Estado de São Paulo, com suspensão do *"atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, especialmente em casas noturnas, 'shopping centers', galerias e estabelecimentos congêneres, academias e centros de ginástica, ressalvadas as atividades internas"*, e o segundo a estendeu até 09/04/2021.

Posteriormente, foram editados os Decretos Estaduais nº 65.596/2021, que prorrogou a vigência da quarentena para 11/04/2021, e 65.635/2021, que a ampliou para 30/04/2021, porém, em seu art. 3º, *caput*, estabeleceu que *"Fica excepcionalmente autorizada, em todo território estadual, a retomada gradual do atendimento presencial ao público, nos estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços e atividades não essenciais"*.

Essa flexibilização se pautou, conforme parágrafo único do art. 3º, no quadro disposto no Anexo II desse último decreto, segundo o qual desde 18/04/2021 é permitido o funcionamento de atividades comerciais no Estado entre 11h e 19h, com 25% da capacidade de ocupação e observância aos protocolos sanitários.

Acesso ao Sumário

Anoto que no atual cenário, com o avanço da vacinação e a queda dos índices de internações e óbitos, desde 17/08/2021 houve levantamento total das restrições de funcionamento e capacidade em tais estabelecimentos, conforme Decreto Estadual nº 65.897/2021.

Diante desse quadro, entendo que houve a perda superveniente do objeto do *writ*, pois a segurança pretendida tornou-se inócua com o abrandamento das providências de distanciamento social.

Ainda que se possa argumentar que não houve perda superveniente do objeto do *mandamus*, pois, nos termos dos arts. 3º, 5º e 6º do Decreto Estadual nº 64.994/2020 (Plano São Paulo) seja possível a regressão das medidas de contenção da pandemia, certo é que inexistindo restrições sanitárias de funcionamento no presente momento, não há que se falar em ato coator, tampouco em iminência deste, o que torna inadmissível a impetração, pois, nessa hipótese, estar-se-ia atacando lei em tese, o que contraria a Súmula nº 266 do STF.

Mesmo que assim não fosse, observo que a impetrante deixou de cumprir os itens 2 e 3 do despacho de fls. 200-201, impossibilitando a verificação das peculiaridades da atividade econômica exercida (o que, note-se, não ocorreu nos autos nº 2053951-40.2021.8.26.0000), de modo que, à parte dos óbices supra, seria caso de denegação da segurança por ausência de comprovação do direito líquido e certo invocado.

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a segurança, conforme art. 6º, § 5º, da Lei Federal nº 12.016/2009 c/c art. 485, VI, do CPC.

Ausente condenação em honorários advocatícios, arcará a impetrante com as custas e despesas processuais.

Representações Criminais

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2216250-61.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representada VANESSA RIBEIRO MATEUS (JUÍZA DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U. DECLARARAM-SE SUSPEITOS OS EXMOS. SRS. DES.

PINHEIRO FRANCO E RICARDO ANAFE. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. LUIS SOARES DE MELLO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.449)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, FIGUEIREDO GONÇALVES e A.C.MATHIAS COLTRO.

São Paulo, 20 de outubro de 2021.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: Representação Criminal. Proposta de arquivamento dos autos pela douta Procuradoria Geral de Justiça. Acolhimento que é medida de rigor. Representação arquivada, nos termos do art. 3º, inc. I, da Lei nº 8.038/90, com as ressalvas do art. 18 do Código de Processo Penal.

VOTO

Trata-se de representação criminal instaurada para apurar a suposta prática de delito de abuso de autoridade pela Juíza de Direito Vanessa Ribeiro Mateus, na condição de Presidente de APAMAGIS, em razão dos fatos noticiados por Carlos Alexandre Klomfahs.

A douta Procuradoria Geral de Justiça requereu o arquivamento da presente representação, com as ressalvas do art. 18 do Código de Processo Penal.

É o relatório.

Anoto, de início, que a representação foi distribuída por dependência aos Autos nº 2104051-96.2021.8.26.0000, cujo arquivamento já foi determinado por este Egrégio Órgão Especial, por votação unânime, na sessão do dia 16 de junho de 2021.

E, de fato, o presente expediente comporta arquivamento. Como bem ressaltado pela douta Procuradoria Geral de Justiça:

> "(...). Desnecessário instar a representada a prestar informações, porquanto os elementos de convicção disponibilizados nestes autos fornecem plenas convicções para que seja analisada a presente representação e, neste ponto, afastar as cogitações de crime por parte de qualquer

Acesso ao Sumário

agente que possua foro por prerrogativa de função. / Aliás, a representação sequer reuniria condições de ser conhecida, pois não foi instruída sequer com a representação apresentada pela APAMAGIS ao Tribunal de Ética da OAB/SP. / Sendo assim, não é possível nem saber ao certo quais os fatos imputados à ora representada. Menos ainda se pode afirmar serem verdadeiros ou falsos. E, ainda menos, analisar se a ela teria ciência da falsidade da imputação. / Não fosse isso, não se vislumbra, sequer em tese, a prática de conduta criminosa por parte da d. Magistrada. O próprio representante afirma que sequer a conhece; ele apenas presume e conjectura, sem apresentar qualquer mínimo indício ou início de prova, que vem sendo perseguido por ter apontado irregularidades nos extintores de incêndio no Fórum de São Bernardo do Campo, ou por ter apresentado representações criminais outras contra juízes, promotores e '*agentes público que agem como criminosos*' (p. 6). / Ora, não se justifica a instauração de procedimento de persecução penal sem qualquer fundamento, como no presente caso. / Anote-se que essa não é a primeira representação criminal apresentada por CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS contra juízes promotores de justiça, ou autoridade em geral, que tomam decisões que não lhe agradam. / Ele é advogado que tem seguida e rotineiramente se valido de tal expediente, apresentando inúmeras representações contra autoridades, dirigidas de forma desordenada a diversas instituições e órgãos de controle, no mais das vezes com a 'advertência' de que o silêncio, inércia ou tomada de posição contrária ao que ele entende correto, ensejará nova representação por prevaricação, condescendência criminosa, ato de improbidade etc. / Todas as autoridades – diversas e de diferentes localidades – que vislumbram indícios de irregularidade na conduta do representante (desde identificação falsa como membro de comissão da OAB1, até falsificação de procuração ou adulteração de sinal identificador de veículos), e que determinam a investigação dessas irregularidades, são por ele representadas por abuso de autoridade ou denunciação caluniosa; e autoridades que não tomam as providências por ele desejadas são representadas por prevaricação, omissão, ato de improbidade, por meio de correspondências eletrônicas disparadas simultaneamente a diversos órgãos. / Tantos e tamanhos os abusos do ora representante que, nos embargos de declaração dos autos nº 2225744-81.2020.8.26.0000/50000, os desembargadores do c. Órgão Especial decidiram 'à *unanimidade de votos, representar ao Excelentíssimo Procurador Geral de Justiça visando a instauração de ação penal – denunciação caluniosa (artigo 339 do Código Penal) – contra o advogado Carlos Alexandre Klomfahs – OAB/SP nº 346.140, pelas infâmias lançadas contra os integrantes deste C. Órgão Especial, inclusive em face dos termos de Reclamação Disciplinar protocolada junto ao CNJ*'. / No presente caso, não foi diferente. / O representante, inconformado com providências tomadas pela representada, no exercício da presidência da APAMAGIS, acusa-a da prática

Acesso ao Sumário

de crime. / Trata-se, aqui, de mais uma imputação vazia e leviana, sem qualquer base ou fundamento mínimo. Não há o mínimo indício, nesse passo, de prática de conduta criminosa por parte da Juíza de Direito. / Não satisfeito com a representação criminal apresentada ao Tribunal de Justiça (autos nº 2104051-96.2021.8.26.0000), ele apresentou esta outra, no mesmo dia e com o mesmo conteúdo, junto à Procuradoria Geral de Justiça. / Não satisfeito, promoveu contra a mesma magistrada ação cível de indenização, pelos mesmos fatos aqui tratados, nos autos de nº 1046406-24.2021.8.26.0100. / A análise da narrativa, portanto, nenhum desvio revela acerca da conduta da Juíza de Direito, não havendo prova que confira verossimilhança à imputação feita pelo representante. Não havendo, igualmente, violação de normas penais incriminadoras outras, razão pela qual o presente procedimento deve ser arquivado. (...)", fls. 04/07.

Ante tal quadro, como é sabido, não cabe recusa por parte deste Tribunal com relação à manifestação de arquivamento, tendo em conta que o Exmo. Procurador de Justiça que a subscreve atua por delegação do próprio Procurador-Geral de Justiça. Trata-se de promoção vinculativa, visto que oriunda do *dominus litis*. É nesse sentido o entendimento já consolidado há muito no Supremo Tribunal Federal (cf. Questão de Ordem na Ação Penal Originária nº 371-MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.05.2004) e também no âmbito deste Egrégio Órgão Especial (v.g., Representação Criminal nº 2121345-64.2021, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 07.06.2021).

Por esses motivos, acolhendo o parecer da douta Procuradoria, com fulcro no art. 3º, inc. I, da Lei nº 8.038/90, meu voto propõe o arquivamento dos presentes autos, ressalvado o disposto no art. 18 do Código de Processo Penal, fazendo-se as devidas anotações e comunicações de praxe.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2180866-37.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representado FABIO VARLESE HILLAL (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS, COM RECOMENDAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.813)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEI-

RO FRANCO (Presidente sem voto), LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 22 de setembro de 2021.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa; Representação Criminal – Crimes de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro – Inexistência de elementos indicando a tipicidade de condutas criminosas – Arquivamento – Necessidade.

VOTO

O Digno Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo encaminhou a este Colendo Órgão Especial, notícia de crime atribuída ao interessado, contudo, com promoção pelo arquivamento.

A notícia do fato foi, originalmente, dirigida à Procuradoria da República Cível de Campinas e encaminhada à Procuradoria Geral de Justiça do Estado, por não se verificar interesse da União.

O representante legal da empresa denominada *INTERTAC COMPONENTES INDUSTRIAIS EIRELI*, que era submetida a processo de execução de título extrajudicial, perante o Juízo da 4ª Vara Cível de Campinas (Proc. nº 1038478-82.2018.8.26.0114), ao sofrer a executada penhora de valor em dinheiro, teria noticiado ao juízo que a exequente, *AEROPLAN ENGENHARIA DE FLUIDOS*, ostentava a condição de inapta perante a Receita Federal do Brasil e, ainda assim obtivera, esta, autorização para o levantamento do numerário penhorado em conta corrente da devedora-executada.

Acesso ao Sumário

Sob a ótica do autor da notícia, o levantamento feito pela exequente lhe permitiria o cometimento de crimes de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro. Aliás, o Ministério Público Federal informou a existência de procedimento para apuração dos fatos atinentes aos crimes de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro, sob o nº 1.34.004.001099/2020-45, distribuído a um de seus componentes. Contudo ressaltou, na remessa ao Ministério Público Estadual, que os fatos noticiados pelo autor da notícia de crime não atingiriam bens ou interesses da União.

Por sua vez, o Procurador de Justiça oficiante, em nome do Procurador Geral, afirmou ter realizado detida análise dos autos do processo de execução de título extrajudicial, onde ocorreram os fatos processuais, não lhe sendo possível extrair qualquer irregularidade que maculasse as decisões jurisdicionais ali proferidas. Dessa forma, estaria inviabilizada qualquer providência do âmbito criminal em face do Magistrado, pena de se incidir em constrangimento ilegal.

De fato, não se vislumbra delito no fato de que, atendendo as normas do processo de execução, feita a penhora contra a empresa devedora, emitente dos títulos extrajudiciais executados e, uma vez realizada a constrição em dinheiro, não havendo decisão em embargos de devedor – ou qualquer outro procedimento – que a impossibilitasse, fosse dada autorização de levantamento, na forma da lei.

Eventual irregularidade de inscrição da credora-exequente perante a Receita Federal era matéria estranha ao processo de execução e não poderia ser conhecida pelo juízo que o processava, não havendo motivo para a imputação de qualquer comportamento ilícito ao Magistrado, ao dar seguimento ao processo. Sequer haveria conivência, daquele, com eventual conduta ilícita da credora -exequente.

Portanto, como acentuado pela Digna Procuradoria-Geral de Justiça, o autor da imputada noticia criminis, pela via inadequada, pretendeu externar o inconformismo com os provimentos jurisdicionais no processo de execução, contudo, não veiculou qualquer fato-típico criminal. Daí o pedido de arquivamento.

Assim, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, acolho a promoção da Digna Procuradoria Geral de Justiça e determino o arquivamento desta representação criminal, dando-se conhecimento à autoridade representada.

Publique-se e intime-se oportunamente.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500263-92.2020.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante P. DE J. DA V. DA I. E J. DE I., é apelado P.H.O.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 58.631)**

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, 5 de outubro de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO. APESAR DA MATERIALIDADE COMPROVADA, A AUTORIA IMPUTADA AO MENOR NÃO RESTOU SUFICIENTEMENTE ESCLARECIDA. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA ENSEJAR A PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

1. *In casu*, a sentença julgou improcedente a representação pela prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

2. Autoria imputada ao menor não restou comprovada pelo arcabouço probatório.

3. Não se trata de deslegitimar *a priori* a versão dos policiais em decorrência de sua função, entretanto de compreender – com fundamento na livre convicção – que, no caso em tela, os depoimentos não se mostra-

Acesso ao Sumário

ram suficientes para fundamentar um decreto condenatório.

4. Não obstante existirem indícios a respeito da existência do tráfico de drogas, certo é que durante a instrução processual eles não se revelaram satisfatoriamente contundentes a ponto de servirem como prova para a procedência do pedido.

5. Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 118/120, cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte a representação oferecida em face de P.H.O.S. pela prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, reconhecendo-se apenas a prática de infração análoga ao crime previsto no art. 28 *caput* do mesmo Diploma.

O i. representante do Ministério Público, em apertada síntese, pugna pela procedência integral da representação, uma vez que teria restado comprovada a prática do tráfico por parte do adolescente tendo em vista o depoimento da testemunha policial (fls. 127/133).

Recurso isento de preparo, com contrarrazões às fls. 165/170.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 191/198 pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

2. Consta da representação que, em 14 de dezembro de 2019, P., com 15 anos à época, guardava, tem tese para fins de tráfico, 11 porções de maconha, perfazendo 10,5g.

Ao prolatar a sentença, o magistrado singular reconheceu que a qualidade da prova produzida era suficiente para a atribuição da propriedade da droga para o garoto, contudo insuficiente para a caracterização do tráfico, e julgou parcialmente procedente a representação, reconhecendo apenas a prática de ato infracional equiparado a porte voltado para o consumo pessoal.

E agiu com razão.

Embora inexista dúvida de que o rapaz foi flagrado portando material entorpecente, o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar que o destino da droga era o tráfico de modo que não restem dúvidas, requisito para a procedência do pedido.

Ouvido, em Juízo, o adolescente admitiu estar no local dos fatos e que a maconha encontrada era destinada ao próprio consumo (fls. 100/101 e mídia digital).

Acesso ao Sumário

E as demais provas realmente não dão conta de sua responsabilização nos moldes almejados pelo Ministério Público.

Pesa contra o rapaz apenas o depoimento de V.P.D.L., um dos guardas municipais que fizeram a apreensão em flagrante (fls. 100/101 e mídia digital).

A testemunha relatou, em síntese, que estava em serviço regular com seu colega de farda pelo bairro em que fica o local dos fatos, conhecido como ponto de tráfico, quando se depararam com o adolescente, que demonstrou certo nervosismo com a presença dos guardas. Optaram pela abordagem e nada de ilícito foi encontrado na revista pessoal, tendo, por outro lado, encontrado 11 porções de maconha sob o banco da bicicleta do rapaz.

Pois bem, ainda que exista razoável suspeita da participação do jovem no comércio de droga, a descrição da sua abordagem feita pelo guarda municipal não é suficiente para que se tenha certeza de que ele aderiu ao tráfico.

Com efeito, o rapaz foi flagrado na via pública com meras 10g de maconha.

É possível que o adolescente fosse repassar tal droga para terceiros? Não se descarta absolutamente tal possibilidade, contudo é igualmente possível – e há altíssimo grau de verossimilhança – que ele fosse mero usuário e acabou sendo apreendido em decorrência de atividade policial por portar entorpecente em contexto que **poderia** indicar o tráfico.

É natural que em locais conhecidos como pontos de tráfico coexistam traficantes e usuários, sendo certo que, em algumas oportunidades, não há dúvida sobre quem é quem. Todavia há hipóteses em que não há clareza no cenário, devendo a participação de cada indivíduo no ciclo do comércio espúrio ser cabalmente esclarecida para que a responsabilização seja justa.

A única particularidade do caso concreto que associaria o adolescente ao tráfico seria o fato de "ser conhecido nos meios policiais", mas tal circunstância se assemelha ao testemunho indireto ou "de ouvir dizer", não sendo suficiente para fundamentar o decreto de procedência. Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

> Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia baseada, exclusivamente, em testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de per si, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular (REsp 1.674.198/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 12/12/2017).

Acesso ao Sumário

No mais, ainda que se presuma a veracidade de que o adolescente seja informalmente conhecido nos meios policiais pelo envolvimento com o tráfico, nada de concreto e objetivo foi trazido neste expediente para que ele seja objetivamente responsabilizado como traficante.

Admitir tal indício como suficiente tornaria desnecessário todo o procedi-

mento ao qual foi submetido, seja a fase investigativa, seja a fase policial, concentrando na figura do guarda municipal responsável pela apreensão também os papéis de delegado, promotor e juiz.

É óbvio que não se exige do agente policial a inequívoca conclusão de que um indivíduo flagrado com drogas seja usuário ou traficante, cabendo a ele condução à autoridade competente e prestação de esclarecimentos posteriores – como ademais foi feito neste e em qualquer expediente que trate do crime de tráfico e dos atos infracionais a ele equiparados.

Já ao magistrado cabe a análise do conjunto de provas – entre elas os valorosos depoimentos policiais – e sua avaliação a fim de prestar justo e equânime julgamento.

E o que se vê no caso em análise é um cenário nebuloso, marcado por incertezas. Tão plausível quanto a responsabilização do jovem pelo tráfico é a parcial procedência do pedido tal como realizada em primeiro grau, tanto que foi a opção do magistrado, adotada não por deslegitimar *a priori* a versão do guarda em decorrência de sua função, entretanto de compreender – com fundamento na livre convicção – que, no caso em tela, o depoimento não se mostrou suficiente para fundamentar um decreto condenatório por tráfico.

Sendo frágil a única prova em desfavor do apelado, cuja presunção de inocência restou resguardada, e não tendo sido trazido nenhum novo elemento capaz de macular a decisão da primeira instância, de rigor que a sentença seja mantida.

Não obstante existirem indícios a respeito da prática do tráfico de drogas pelo rapaz, certo é que, durante a instrução processual, eles não se revelaram satisfatoriamente contundentes a ponto de servirem como prova para a procedência do pedido.

Diante da séria dúvida que recai no julgador, imperativo que se recorra ao axioma *in dubio pro reo*.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1501407-41.2020.8.26.0559, da Comarca de (...), em que são apelantes W.C.R.S. (MENOR), P.J.P. (MENOR) e L.L.G. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE T.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimen-

to aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.843)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 13 de outubro de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Materialidade e autoria suficientemente demonstradas. Aplicação da medida socioeducativa de internação. Manutenção. Necessidades pedagógicas, gravidade em concreto da infração e condições pessoais desfavoráveis consideradas. Recursos desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelos adolescentes **W.C.R.S.**, **P.J.P.** e **L.L.G.** contra a r. sentença de fls. 225/233, que julgou procedente em parte a representação oferecida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, desacolhendo a imputação relativa à associação para o tráfico (artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/2006), mas reconhecendo a prática do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06), aplicando-lhes a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

Apelou o representado **W.C.R.S.**, sustentando ser o conjunto probatório produzido no feito insuficiente à procedência da representação. Alegou que a maconha apreendida era de sua propriedade, destinando-se ao consumo pessoal e não ao tráfico de drogas. Aduziu que, no momento da abordagem, não estava embalando entorpecentes. Arguiu que desconhece a procedência do *crack* e do dinheiro. Alegou que os depoimentos dos policiais militares são insuficientes a apontá-lo como coautor da infração. Defendeu, no mais, a inadequação da medida socioeducativa de internação à espécie. Alegou que a restrição de liberdade só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que não é o caso dos autos. Ressaltou que o apelante goza de primariedade. Invocou a Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça. Pugnou pelo provimento do recurso, para julgar improcedente a representação, ou subsidiariamente, para substituir a medida

Acesso ao Sumário

socioeducativa aplicada pela liberdade assistida (fls. 268/273).

Os correpresentados **P.J.P.** e **L.L.G.** também interpuseram recurso de apelação, insurgindo-se contra a imputação de autoria relativa ao tráfico de drogas. Aduziram que são dependentes químicos, e que, no momento da abordagem, estavam apenas fazendo uso de maconha. Alegaram que não há provas da mercancia ilícita de entorpecentes. Arguiram, ainda, que a medida socioeducativa de internação é inaplicável ao caso, ante o teor da Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça. Destacaram que a gravidade abstrata da conduta infracional não é suficiente para que lhes seja imposta a medida restritiva de liberdade, sendo necessária a comprovação do preenchimento dos requisitos do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressaltaram que possuem respaldo familiar. Requereram o provimento do recurso, para desclassificar o ato infracional que lhes foi imputado para aquele previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, ou subsidiariamente, para substituir a medida de internação pela liberdade assistida (fls. 274/277).

Oferecidas contrarrazões (fls. 282/288), subiram os autos e a Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 323/332).

É o relatório.

Consta da representação que, na tarde de (...), por volta de (...), na (...), nº. (...), (...), na cidade e comarca de (...), os adolescentes **W.C.R.S.**, **P.J.P.** e **L.L.G.** associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o delito previsto como tráfico de drogas, bem como guardavam e preparavam, para fins de tráfico, 133,59g de maconha, distribuídos em 33 porções, e 23,5g de *crack*, distribuídos em 105 porções, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 46/48).

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença de parcial procedência, que reconheceu a autoria e a materialidade somente do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06), aplicando aos adolescentes a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado (fls. 225/233).

Analisadas as provas existentes nos autos, estão suficientemente comprovadas a materialidade do referido ato infracional e a autoria dos recorrentes.

A materialidade está demonstrada pelo boletim de ocorrência alusivo aos fatos (fls. 01/04), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 05/06), pela fotografia acostada aos autos (fl. 30), pelo laudo de constatação de substância entorpecente (fls. 31/35), pelo laudo de exame químico-toxicológico das drogas (fls. 157/161), bem como pelas demais provas em juízo produzidas.

A autoria do ato infracional é, igualmente, inequívoca, devendo ser atribuída aos recorrentes.

Ouvido em juízo, por meio da ferramenta *Microsoft Teams*, o adolescente

Acesso ao Sumário

W.C.R.S. negou a prática infracional. Afirmou que é usuário de drogas e que 36 porções de maconha lhe pertenciam, sendo destinadas ao próprio consumo. Disse não saber a quem pertencia o *crack*. Declarou que comprou a droga em (...) de pessoa desconhecida. Aduziu que, no dia da apreensão, os três adolescentes fumariam a maconha que o declarante havia comprado, mas não o fizeram, porque os policiais chegaram. Alegou que não possui passagens anteriores e que o dinheiro encontrado não era de sua propriedade. Esclareceu que a apreensão ocorreu na casa de *L.*, afirmando que não costumava frequentar o local. Acrescentou que se deslocou até a casa de *L.* voluntariamente para fumar maconha e que *P.* chegou depois. Alegou que faz alguns serviços com genitor. Afirmou que trabalhou no dia anterior à apreensão, mas nada recebeu. Em seguida, disse que recebeu R$ 100,00 (cem reais) de seu pai, que foram usados para comprar a maconha. Por fim, declarou que nunca comprou drogas de *P.* e *L.*, sendo que eles não comentaram com o declarante como adquiriram a droga (fls. 125/126).

O menor **P.J.P.** também negou a prática do ato infracional. Afirmou que eles estavam na casa de *L.*, fumando um cigarro de maconha, quando os policiais chegaram. Disse que, na sequência, foram conduzidos até a delegacia de (...), juntamente com o que foi encontrado na casa. Informou que *L.* morava na casa. Alegou nada saber sobre a droga encontrada. Esclareceu que quinze gramas de maconha eram de sua propriedade, para uso pessoal. Acrescentou que não tinha conhecimento do *crack*, do restante da maconha e do dinheiro apreendido. Disse que, quando chegou ao local dos fatos, *W.* e *L.* já estavam fumando maconha. Alegou que conseguiu dinheiro para comprar a maconha fazendo bicos como pintor. Aduziu que nunca presenciou *L.* vendendo drogas e reiterou não saber de quem era o *crack* (fls. 125/126).

O jovem **L.L.G.**, a seu turno, confessou a prática do ato infracional. Afirmou que estava em sua casa fumando um "beck" e bebendo cerveja, quando os policiais chegaram, dizendo que havia denúncia de que eles estavam embalando droga. Disse que, quando entraram, logo encontraram a droga no chão (maconha e *crack*). Alegou que a maconha era dos outros adolescentes e que o *crack* era seu. Declarou que os três estavam fumando a maconha, trazida por *W.*, e afirmou que comprou o *crack* em (...). Informou que, por estar passando necessidade, pegou dez gramas de *crack* e começou a vender. Disse que estava vendendo drogas há cinco dias, contudo, não vendeu maconha para os coapelantes. Disse que recebeu a maconha de *W.*, para usar. Alegou que, no momento da abordagem, não estavam embalando os entorpecentes, pois a droga já estava picada. Reiterou que o *crack* era destinado à venda. Disse que *P.* tinha consigo apenas quinze gramas e *W.* tinha consigo as "parangas" dele. Alegou que a droga de *P.* era uma porção única e a de *W.* era fracionada (cerca de trinta porções de maconha). Disse que não pretendiam fumar tudo, sendo que *W.* levaria o restante para casa. Afirmou que a quantia em dinheiro apreendida era sua, oriunda

Acesso ao Sumário

da venda de droga dos últimos cinco dias. Afirmou que tinha uma balança de precisão em casa para fracionar a droga. Por fim, declarou que nunca presenciou *P.* vendendo drogas (fls. 125/126).

Em juízo, o policial militar *W.R.S.* afirmou que, na data dos fatos, foram acionados para atendimento de uma ocorrência de tráfico de drogas. Chegando ao local, que é conhecido dos meios policiais, entraram pelo corredor, sentiram um forte odor de maconha e visualizaram pela janela que os adolescentes estavam fracionando droga. Relatou que, diante disso, adentraram na residência, deparando-se com os três adolescentes *P.*, *L.* e *W.* fracionando maconha e *crack*. Declarou que ainda foram encontrados na residência mais de dois mil reais, uma balança de precisão e uma grande quantidade de *crack* e maconha embalados. Os três menores são muito conhecidos nos meios policiais, pois todos tem passagem por tráfico. No momento da abordagem, eles disseram informalmente que estavam fazendo o *"corre deles"*. Disse não se recordar exatamente a quantidade de droga apreendida, afirmando, contudo, ser mais de 50 (cinquenta) pedras de *crack* e mais de 30 (trinta) de maconha. Reiterou que, pela janela, visualizaram perfeitamente os adolescentes com a droga. Afirmou que havia um "beck" aceso, mas não soube precisar com qual dos adolescentes. Todos afirmaram ser usuários de maconha e nenhum deles disse ser usuário de *crack*. Disse, ainda, que encontraram R$ 2.201,55 (dois mil, duzentos e um reais e cinquenta e cinco centavos), em diversas notas, num balde, mas ninguém admitiu a propriedade desse dinheiro. Informou que a residência era de *L.* e, por fim, confirmou que todos os apelantes já foram conduzidos anteriormente à delegacia por envolvimento com drogas (fls. 155/156).

No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar *E.R.S.*, que também narrou, de forma idêntica, as circunstâncias da apreensão dos apelantes. Informou que, na data dos fatos, foram atender uma ocorrência de tráfico de drogas, na qual os apelantes estariam fracionando drogas. Relatou que se deslocaram até o local, adentraram uma viela e sentiram um forte odor de maconha, conseguindo avistar pela janela os menores fracionando drogas. Relatou que, quando entraram na casa, *P.* estava no sofá com uma grande quantidade de maconha, e ao seu lado, estavam mais dois rapazes fracionando *crack*. Disse que cada um dos menores assumiu sua responsabilidade na droga e acrescentou que foram encontrados mais de dois mil reais em várias notas. Informou que o local já é conhecido no meio policial e que os menores já foram apreendidos por tráfico de drogas, de duas a três vezes. Reiterou que os jovens assumiram a responsabilidade pelo tráfico, sendo que *P.* fracionava a maconha e os outros dois, o *crack*, um auxiliando o outro. Acrescentou que também foi apreendida uma balança de precisão. Disse que observou, pela janela, *P.* no sofá com uma peça grande de maconha, retirando pedaços dela. Confirmou que *L.* estava morando no local dos fatos (fls. 155/156).

Acesso ao Sumário

Não há dúvidas de que a confissão judicial de *L.* se reveste de total relevância probatória, mormente porque externada sem qualquer constrangimento ou coação. O próprio adolescente declarou que o *crack* apreendido era destinado à venda e que o dinheiro era oriundo da mercancia ilícita de entorpecentes.

Quanto aos demais menores, em que pese tenham negado a prática do ato infracional, suas versões estão isoladas nos autos e foram infirmadas pelas provas produzidas, notadamente os relatos dos policiais militares responsáveis pela ocorrência.

Com efeito, os depoimentos dos agentes públicos são detalhados, coesos e harmônicos. Ambos confirmaram que visualizaram os menores fracionando a droga, tanto a maconha como o *crack*. Também confirmaram que a referida residência é ponto conhecido pela venda de drogas, e que, além dos entorpecentes, encontraram no local quantia expressiva em dinheiro, tudo em notas trocadas. Assim, não há qualquer razão para não se conferir credibilidade aos seus depoimentos, na medida em que não haja interesse pessoal em imputar, falsamente, a prática de infração grave aos adolescentes. Ademais, cuida-se de agentes públicos que gozam de presunção de idoneidade no exercício da função.

A propósito do depoimento dos agentes públicos, policiais ou guardas civis, não é demais ressaltar já ter decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que *"o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando prestado ou corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal"*[1].

No mesmo sentido é o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal: *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações. Tratando-se de sentença condenatória escorada não apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação. O habeas corpus, enquanto remédio constitucional, cumpre a função de pronto socorro à liberdade*

Acesso ao Sumário

1 Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, *Habeas Corpus* 261.170/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Data de julgamento: 01 de abril de 2014.

de locomoção. Daí que o manejo dessa via expressa ou por atalho passe a exigir do acionante a comprovação, de pronto, da ilegalidade ou abusividade de poder imputada à autoridade coatora. Ordem denegada"[2].

Também não há dúvidas de que a conduta perpetrada equipara-se ao crime de tráfico de drogas, ante as circunstâncias da apreensão, a quantidade de entorpecentes apreendidos e a forma como parte das porções estavam embaladas, prontas para venda, tudo a evidenciar a destinação comercial. Frise-se que foram localizadas no local **33 porções de maconha e 105 porções de crack, além da quantia de R$ 2.201,55 (dois mil, duzentos e um reais e cinquenta e cinco centavos) em notas diversas e uma balança de precisão**. Assim, não há como se acolher o pleito de desclassificação da conduta para aquela equiparada à posse de drogas para uso próprio (artigo 28 da Lei 11.343/2006).

Desse modo, considerando todo o conjunto probatório que consta dos autos, a procedência da representação era mesmo de rigor.

No que tange à medida socioeducativa de internação aplicada, a sentença também não merece reparos.

Conforme os arts. 100, *caput* e parágrafo único, VIII, e 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando da aplicação das medidas, devem ser levadas em conta as necessidades pedagógicas dos adolescentes, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, bem como os princípios da proporcionalidade e atualidade, de modo que a intervenção seja necessária e adequada à situação de perigo em que os adolescentes se encontram no momento em que a decisão é tomada. Ainda, nos termos do art. 112, § 1º, do Estatuto, *"a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração"*.

No caso, não há como ignorar a gravidade do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, equiparado àqueles considerados **hediondos** (artigo 2º da Lei nº 8.072/90) e, portanto, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. O tráfico de drogas é atividade organizada, cujo controle é disputado com extrema violência e gravíssimas ameaças, inclusive contra usuários. E quem participa dessa cadeia dela se beneficia, havendo inequívoca relação entre o ato de traficar e a violência que sua prática exige. A gravidade concreta da infração pode e deve ser levada em conta quando da fixação da medida socioeducativa. Assim, é perfeitamente possível a internação em caso de ato infracional equiparado a crime de tráfico de entorpecentes, pois tal prática expõe o adolescente às violências física e psicológica do meio delitivo, justamente no período de formação de sua personalidade.

Nesse sentido, há precedentes desta C. Câmara Especial: *"APELAÇÃO. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº.*

2 Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, *Habeas Corpus* 87.662/PE, Rel. Min. Carlos Britto, Data de julgamento: 05 de setembro de 2006.

Acesso ao Sumário

11.343/06). Sentença de procedência da representação, aplicando ao infrator a medida de liberdade assistida. Irresignação do Ministério Público. Pleito para que seja aplicada a medida socioeducativa de internação. Cabimento. Autoria e materialidade incontroversas. Condições pessoais do adolescente que recomendam seja ele internado. Medida socioeducativa que se mostra necessária e proporcional à gravidade do fato e à situação de vulnerabilidade em que se encontra o apelado. Inteligência do artigo 122 do ECA. Ato infracional grave, análogo a delito equiparado aos crimes hediondos, nos termos da Lei 8.072/90. Súmula 492 do STJ que não veda a imposição da medida na hipótese dos autos. Internação que não se constitui em pena, mas, sim, em providência que visa à ressocialização e proteção do adolescente, além da proteção da sociedade. Sentença reformada. Medida de internação imposta. Recurso provido"[3].

E ainda: *"Apelação. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06). Sentença que julgou procedente a representação, aplicando ao adolescente a medida socioeducativa de internação, pelo prazo mínimo de seis meses. Análise da prova oral. Autoria e materialidade comprovadas. Admissibilidade da aplicação da medida extrema. Condições pessoais do menor que recomendam a imposição da medida drástica. Antecedentes infracionais. Artigo 122, inciso II, do ECA. Internação que não vem como pena, senão como programa de reabilitação. Manutenção da medida imposta, que se mostra necessária para a ressocialização do jovem. Recurso não provido"*[4].

Ademais, as condições pessoais dos apelantes também recomendam a medida de internação aplicada.

O contexto de vulnerabilidade de **W.C.R.S.** é evidente. Conforme Relatório de Diagnóstico Polidimensional elaborado pela equipe técnica da Fundação Casa, o adolescente verbaliza que se envolveu com o tráfico aos 13 (treze) anos de idade, pois *"queria comprar suas coisas sem pedir dinheiro para os pais"*. O jovem faz uso de maconha e não acompanhou as aulas online durante o período de pandemia. Consta ainda que *"o convívio familiar está fragilizado, fator este que tem contribuído para que o adolescente incida nas infrações e se apegue cada vez mais ao meio delitivo, gerando assim processo deficitário ao seu desenvolvimento"* (fls. 256/259). Ressalte-se que o menor possui passagens anteriores pela Vara da Infância e Juventude (Autos nº (...) e (...) – fl. 39), sendo a primeira pela prática do tráfico de drogas, tendo sido, nada obstante, beneficiado com a remissão como forma de exclusão do processo. Não bastasse, ainda responde a outra representação por ato infracional da mesma natureza, análogo a tráfico de drogas (Autos nº (...) – fl. 39), demonstrando o seu inequívoco en-

Acesso ao Sumário

3 São Paulo. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Apelação 0004458-08.2015.8.26.0302. Relator: Desembargador Walter Barone. Data de julgamento: 14.12.15.

4 São Paulo. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Ap. 0004472-72.2014.8.26.0222, Guariba, Rel. Des. Carlos Dias Motta, j. 4.5.15.

volvimento no meio delitivo.

A situação do adolescente **P.J.P.** é semelhante. Embora não ostente passagens anteriores pela Vara da Infância e Juventude, demonstrou estar vulnerável ao meio delitivo. Conforme relatório acostado aos autos, envolveu-se com maconha aos 10 (dez) anos de idade, passando a fazer uso frequente da droga aos 13 (treze). O jovem demonstra problemas de relacionamento com o padrasto, apresentando-se imaturo e inconsequente. Além disso, não trabalha e interrompeu os estudos no primeiro ano do ensino médio, permanecendo em tempo ocioso (fls. 261/264).

As condições pessoais **L.L.G.** tampouco lhe são favoráveis. De acordo com as informações colhidas pela equipe técnica da Fundação Casa, o menor faz uso de maconha, bebidas alcoólicas e cocaína desde os 13 (treze) anos de idade. Ele estava morando sozinho e menciona que, desde os 14 (catorze) anos, levava *"uma vida mais solta e desregrada, pois a genitora sempre lhe deu liberdade para as escolhas"*. O próprio adolescente também declarou que o genitor possui envolvimento com drogas, verbalizando que, durante o tempo em que morou na casa da avó paterna, *"assumiu a biqueira"*. Não trabalha, não estuda e possui diversas tatuagens em apologia ao crime (fls. 251/254). Não bastasse, já foi beneficiado com a remissão em procedimentos anteriores (Autos nº (...) e (...) – fl. 41), além de responder a outra representação pela prática de tráfico de drogas (Autos nº (...) – fl. 41).

Assim, ante a gravidade concreta da infração e as condições pessoais desfavoráveis dos adolescentes, a medida de internação é a mais adequada aos recorrentes.

Não se pode perder de vista que as medidas socioeducativas, por força da doutrina da proteção integral, preconizada pelo art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm o escopo primordial de ressocialização. A segregação dos apelantes é salutar e necessária, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Por certo, busca-se a reabilitação dos apelantes e o resgate de valores e limites que a vida em sociedade exige. Além do mais, internados, os recorrentes serão submetidos à necessária orientação pedagógica por profissionais especializados, visando à ressocialização, beneficiando-se do efetivo afastamento do ambiente nocivo em que inseridos.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500213-

75.2021.8.26.0557, da Comarca de (...), em que é apelante M.A.P.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE B.

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 49.949)**

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, 18 de outubro de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Ato Infracional – Tráfico de entorpecentes – Recurso da defesa – Efeito suspensivo – Pleito prejudicado – Pedido de alteração da medida socioeducativa – Descabimento – Internação compatível e necessária, como forma de viabilizar o processo de ressocialização e reeducação do adolescente – Apelo desprovido.

VOTO

VISTOS.

M.A.P.S., parcialmente inconformado com a r. sentença que julgou procedente representação formulada e impôs-lhe medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, em virtude da prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (fls. 100/102), apela (fls. 123/128), postulando, preliminarmente, seja o inconformismo recebido no duplo efeito. No mérito, pretende, apenas e tão-somente, a substituição da medida socioeducativa de internação por semiliberdade ou liberdade assistida.

Contra-arrazoado o apelo (fls. 132/136) e mantida a r. decisão guerreada (fl. 157), em seu parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 147/151).

É o relatório.

De início, cumpre considerar prejudicado o pleito de recebimento do apelo no duplo efeito, em virtude da análise a que ora se procede do inconformismo.

Ademais, ainda que assim não fosse, anote-se que, a respeito da presente

Acesso ao Sumário

temática, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já sedimentou compreensão no sentido de que:

> *"A partir do julgamento do HC n. 346.380/SP, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que a não concessão de efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença que aplica medida socioeducativa não viola o direito fundamental de presunção de não culpabilidade"* (STJ – HC 14111/SP, Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, 6ª Turma, j. em 15.10.2019, DJe 23.10.2019).

Feita tal consideração, adentra-se ao exame do mérito recursal.

Narra a representação que no dia (...), por volta de (...), na rua (...), (...), (...), cidade e Comarca de (...), o representado trazia consigo e guardava, com a finalidade de fornecer de qualquer modo ao consumo de terceiros, 32 (trinta e dois) microtubos de *cocaína*, com peso bruto aproximado de 29,8 g (vinte e nove gramas e oito decigramas), substância entorpecente, que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Insta salientar que a prova colhida sob o crivo do contraditório mostrou-se plenamente apta a embasar a r. sentença de fls. 100/102, sendo mister ressaltar que o apelante confessou a prática do ato infracional.

Por outro lado, tem-se que a d. Defensoria pugna, apenas e tão-somente, a modificação da medida socioeducativa aplicada ao recorrente, por outra mais branda, a ser cumprida em meio aberto ou a semiliberdade.

Sem razão, contudo.

Isso porque, na espécie, a intervenção socioeducativa de internação afigura-se justa e adequada, haja vista a necessidade e excepcionalidade delineadas no caso concreto.

Inicialmente, mister observar que o MM. Juiz sentenciante fundamentou, de forma adequada e suficiente, ainda que sucintamente, imposição da medida de internação, consignando que, *verbis*:

> *"(...) O adolescente possui reiteração infracional, inclusive possuindo reiteração na prática do tráfico de drogas (fls. 22, 35/40). O relatório polidimensional de fls. 94/98 apontou que o adolescente tem potencial de melhora, mas por ora, não se verifica a utilidade de outra medida que não a internação, sem prazo determinado, permitida atividade externa, uma vez que não teria sentido a aplicação de mesma medida mais branda, liberdade assistida ou semiliberdade, como meio de convencê-lo a não mais reiterar na prática do ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, sendo necessária a utilização do remédio amargo para última tentativa de ressocialização antes de atingir o adolescente a maioridade. Apesar de suspeitar da constitucionalidade da interpretação que a zelosa defesa pretende dar ao artigo 49, inciso II, da Lei nº 12.594/12, uma vez que criaria diferenciação do adolescente infrator conforme seu local de*

Acesso ao Sumário

origem, referido assunto deverá ser debatido em sede de execução, se o caso. Ademais, a Fundação Casa disponibiliza meios para que a família esteja sempre em contato com o reeducando, de modo a preservar sua convivência familiar" (fl. 101).

Com efeito, imperioso registrar que, *in casu*, o apelante foi surpreendido na posse de considerável quantidade de entorpecente (32 porções de *cocaína*), substância esta que, por contar com alto grau de nocividade, evidencia, sem sombra de dúvidas, tanto a gravidade concreta da hipótese em tela, quanto a necessidade de se dispensar tratamento mais rigoroso ao agente.

A esta altura, convém abrir um parêntese para salientar ser da ciência desta Relatoria que a gravidade *genérica* do ato infracional equiparado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes é insuficiente, *de per si*, para atrair a automática imposição ao adolescente da medida socioeducativa de internação, *ex vi* do disposto no artigo 122, *caput*, inciso I, da Lei nº 8.069/90 e no enunciado da Súmula nº 492 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Sucede, entretanto, que, na situação ora posta em julgamento, há fundamentos de ordem concreta – a saber, as especificidades da hipótese vertente (sobretudo o elevado grau de nocividade do tóxico apreendido – segundo já adrede referido) – a recomendar maior atenção no tocante ao processo de desenvolvimento interpessoal, ressocialização e reeducação do recorrente, tudo a demonstrar a insuficiência, dados os graves contornos fáticos da causa *sub judice*, da adoção de medida socioeducativa mais branda.

Não bastasse isto, compulsados os presentes autos, verifica-se que o representado apresenta condições pessoais negativas, haja vista possuir envolvimento anterior com a seara infracional (fls. 22, 35/40), mais especificamente, segundo observado pelo órgão do Ministério Público oficiante em Primeira Instância, *"o recorrente ostenta reiteração infracional, tendo ele cometido ato infracional equiparado ao mesmo delito tratado nestes autos, conforme se vê às fls. 22 e 35/40, com condenação a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade"* (fl. 134).

Acesso ao Sumário

Outrossim, duas importantes observações se fazem necessárias.

A primeira é que eventual pendência de definitividade de algum dos processos de apuração de ato infracional anteriormente instaurado contra o apelante, *de per si*, não se mostra suficiente para arredar a valoração negativa de sobredita circunstância, eis que inaplicável, quanto a este ponto específico, o regime jurídico da reincidência penal.

Sobre o tema:

"(...) Não se exige trânsito em julgado de eventual medida socioeducativa anteriormente aplicada para configurar a reiteração de ato infracional previsto no art. 122, inciso II, do ECA. Isso porque não é possível estender ao âmbito do ECA o conceito de reincidência, tal como previsto

na lei penal (...)" (AgInt no AREsp 1505639/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 24/09/2019).

E *a segunda* reside no fato de que, ao debruçar-se sobre a questão relativa à aplicabilidade da regra contida no artigo 122, *caput*, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Colendo Superior Tribunal de Justiça sedimentou a compreensão no sentido de ser inexigível, para o reconhecimento da situação de reiteração no cometimento de outras infrações graves, a prática de, no mínimo, três atos infracionais desta natureza, haja vista a manifesta inexistência de fundamento legal a amparar tal exegese.

A propósito:

"(...) Quanto à reiteração de ato infracional, cumpre esclarecer que esta Quinta Turma, na esteira da jurisprudência da Suprema Corte, firmou o entendimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator com fulcro no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (reiteração no cometimento de outras infrações graves). Consoante tal orientação, cabe ao Magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e as condições específicas do adolescente, a fim de melhor aplicar o direito (...)" (AgRg no HC 528.501/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 24/10/2019)

Portanto, ao menos neste instante, verifica-se que a medida socioeducativa de internação realmente desponta como a forma mais profícua à consecução do desiderato de, a um só tempo, afastar o adolescente do pernicioso meio infracional e fortalecer seus vínculos familiares e comunitários, de molde a fomentar a sua gradual reinserção social.

E mais. Imperioso registrar não se encontrar, o recorrente, inserido em qualquer das situações previstas no Provimento CSM nº 2565/2020.

Ressalte-se que o artigo 7º, § 1º, do Provimento CSM nº 2565/2020 determina a liberação dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação apenas quando não tenham praticado ato infracional equiparado a crime com violência ou grave ameaça e sejam portadores de doenças que possam ser agravadas com a COVID-19 (não havendo nos autos prova alguma neste sentido).

De outra parte, muito embora o artigo 3º, inciso I, da Recomendação nº 62/20 do Conselho Nacional de Justiça *sugira "a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão"*, e o artigo 10, *caput*, inciso III, de supradito ato normativo *recomende*, para os casos suspeitos ou confirmados de COVID-19 no âmbito do sistema socioeducativo, a avaliação acerca da possibilidade de *"substituição da (...) medida socioeducativa de meio*

Acesso ao Sumário

fechado por medida não privativa de liberdade, particularmente na ausência de espaço de isolamento adequado ou de equipe de saúde", fato é que, na espécie, sobretudo diante da gravidade concreta da hipótese em tela – em que, como já mencionado, o representado praticou ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes –, tal substituição não se afigura, ao menos por ora, adequada.

Em outras palavras, tenho para mim, especialmente diante gravidade concreta da hipótese *sub judice*, que a submissão do apelante a medida socioeducativa outra, que não a de internação, seria insuficiente ao processo de reeducação e conscientização para o amadurecimento psicossocial e reinclusão social de que ele necessita.

Por outro lado, acresce ponderar, especificamente quanto às regras dispostas nos artigos 54 das Diretrizes do RIAD e 35, inciso I, da Lei do SINASE, que, consoante já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"A norma do art. 35, inc. I, da Lei n. 12.594/2012 é meramente orientativa e não obsta a aplicação da medida de internação quando presentes os requisitos do art. 122 do ECA"* (STJ – Sexta Turma – HC 445998/RJ – Rel. Min. NEFI CORDEIRO – j. 04.09.2018 – DJe 12.09.2018)

Destarte, diante de tudo o quanto foi exposto linhas acima, conclui-se que a aplicação da medida socioeducativa de internação, além de justa, proporcional e atual, mostra-se consonante com todos os princípios e diretrizes socioeducativas aplicáveis à espécie, de modo que, também quanto a este ponto específico, nada há a ser reparado.

Diante do exposto, *nego provimento* ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000064-76.2021.8.26.0480, da Comarca de (...), em que são apelantes E.A.F. e G.M.O., é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE P. P.

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 47.656)**

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, 21 de outubro de 2021.

Acesso ao Sumário

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Apelação – Destituição do Poder Familiar – Sentença procedente – Recurso dos genitores alegando não terem sido devidamente comprovadas as hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar e o não esgotamento das possibilidades de inserção da criança em família extensa – Laudos técnicos contrários à reintegração familiar da criança – Contexto familiar permeado por negligência – Genitora, dependente química que vive em situação de ruas, sequer foi encontrada – Genitor envolvido com a criminalidade e sem estrutura material e emocional para cuidar da filha – Empenho da rede protetiva para fins de suporte ao genitor – Não adesão aos tratamentos e acompanhamentos propostos – Situação de risco não afastada – Ausência de família extensa em condições de amparar a criança – Conjunto probatório favorável à destituição – A criança não pode passar a sua infância e adolescência à espera de que o genitor venha a reunir as condições para assumir sua guarda – Preservação do Princípio da Proteção Integral e do Melhor Interesse da criança e do adolescente – Recurso não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso de apelação de sentença que acolheu pedido de destituição do poder familiar, formulado pelo Ministério Público em face de E.A.F. e G.M.O. (fls.310/316) em razão da falta de condições para o exercício do poder familiar em relação à filha, J.V.M.F., nascida em 29.01.2013.

Inconformados, apelam os genitores, alegando, em suma, não terem sido devidamente comprovadas as hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar, que deve ser adotado como *ultima ratio*, depois de esgotados todos os esforços de reintegração familiar. Aduzem que a hipossuficiência financeira não constitui motivo suficiente para a excepcional medida. Salientam que o genitor vinha realizando, regularmente, tratamento contra o vício em entorpecentes e que nenhum dos delitos a ele atribuídos foi praticado contra a filha para haver a cassação do poder familiar. Destacam a existência de familiares extensos

Acesso ao Sumário

dispostos a cuidar da criança e que, na pior das hipóteses, a providência deve se limitar à suspensão do poder familiar dos genitores e não à destituição (fls. 324/336).

Respondeu-se (fls. 341/346). Manteve-se a sentença (fl. 338). Opinou a Douta Procuradoria Geral da Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 359/365).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Depreende-se dos presentes autos e das provas produzidas nas ações correlatas (*processos nºs (...), (...) e (...) (acompanhamento)*) que os apelantes não ostentam condições de exercer os deveres inerentes ao poder familiar em relação à filha J.V.M.F.

De início, convém ressaltar que, conquanto os apelantes sejam ambos os genitores, somente o pai apresenta o real interesse em reverter a decisão *a quo*, haja vista possuir a mãe histórico de vivência nas ruas, uso de drogas e negligência em relação à criança, tendo sido citada por edital dado a sua não localização (fls. 105 e 107).

Ao que consta, o núcleo familiar é acompanhado desde 2015 pelo Conselho Tutelar de (...), por conta de denúncias de agressão física e negligência por parte da genitora.

Em março de 2016, a criança passou a residir com o genitor e sua então esposa, S., após constatação da situação de rua da mãe. No ano de 2017, o pai conseguiu obter a guarda de J. (*proc. nº (...)*).

No mesmo ano de 2017, todavia, a condição do genitor se deteriorou. Ficou desempregado, separou-se de S. e voltou às ruas. A madrasta, após permanecer por alguns meses com a infante, procurou o Conselho Tutelar informando não ter mais condições de exercer os cuidados com a menina.

Diante do contexto de risco social, foi ajuizado procedimento para aplicação de medidas socioprotetivas (*proc. nº (...)*) em favor de J. A rede de proteção foi acionada para assistir o genitor, com vistas a evitar o acolhimento institucional da criança.

A família foi acolhida pelo SAPRU – Serviço de Acolhimento para pessoas em situação de rua – foi incluída no Cadastro Único, passando a auferir benefício de transferência de renda; a criança começou a frequentar Instituição de Educação Infantil, com direito à disponibilização de transporte para que o genitor pudesse acompanhar a filha à escola.

Ocorre que, mesmo diante do empenho da rede de apoio e dos amigos, o genitor não logrou êxito em exercer seu encargo. O Ministério Público tomou conhecimento da conduta negligente, consubstanciada por um período de 20

dias de injustificada ausência (pelo uso de álcool misturado a gardenal), ocasião em que teria sido preso (fls. 25/27, dos autos de acolhimento).

Em vista do patente quadro de vulnerabilidade social e dos riscos à criança, propôs-se a ação de acolhimento (*proc. nº (...)*), que resultou no acolhimento de J., em 10.07.2018, na (...).

A criança chegou a ser desacolhida para ficar sob os cuidados de uma prima paterna (Sra. T.A.D.), que, inclusive, chegou a obter sua guarda provisória, declinando-se da incumbência por força das ameaças que teria recebido do genitor, no intuito de reaver a guarda da filha (fls. 16/38, dos autos de acolhimento). A criança retornou ao acolhimento em 25.09.2020.

Ao longo da execução da ação de acolhimento, julgada procedente, houve articulação por parte dos órgãos de proteção para fins de conscientização do genitor e reintegração familiar da criança, sem êxito. Ademais, foram empreendidos esforços, infrutíferos, no sentido de inserir a criança em família extensa.

Nesse contexto, ajuizou-se o presente feito. Em 21.01.2021, foi concedida liminar para suspender o poder familiar dos genitores sobre a filha (fls. 99/101).

Ao longo da instrução, houve a informação sobre a prisão do genitor por conta da prática de furto. O apelante se encontra recluso desde 26.03.2021 por ser reincidente no sistema prisional (fl. 197).

No estudo psicossocial realizado pelo Setor Técnico do Juízo com o genitor (na penitenciária) (fls. 231/242) apurou-se que:

> *"**Nos últimos anos o núcleo familiar foi atendido pela rede do município, com acesso aos serviços na área da assistência social, saúde, profissionalização e educação, para possibilitar o direito do genitor em reaver a guarda e permanecer com a filha**. No entanto, mesmo ofertado e reorganizado pela rede, o que estava faltando para estar com a criança, o que se verifica que o genitor embora tenha afeto à filha, apresenta fragilidades nas condições concretas para exercer o cuidado.*
>
> ***Em relação a familiares/ou pessoas próximas, no decorrer dos últimos três anos, rompeu e ameaçou todas as pessoas (T., M., M., S.) que ofertaram ajuda, proferindo ameaças, fazendo com que se afastassem.***
>
> *Outra situação é o fato de sempre estar vinculado a uma instituição, dependente dos serviços, não conseguindo superar a vulnerabilidade, para dar seguimento a sua vida. E também a postura de sempre culpabilizar outra pessoa, em relação aos seus erros, com falas e promessas de mudança, de organização para cuidar da filha, não conseguindo colocar no concreto.*
>
> *(...)*
>
> *No presente estudo psicossocial, observamos que **o uso de substância psicoativa pelo genitor e sua fragilidade psíquica, as precárias***

Acesso ao Sumário

condições socioeconômicas, a falta de apoio e da inexistência de família extensa foram os principais fatores que impediram a reintegração familiar. Sobretudo, as fragilidades psíquicas do genitor – que apresentou dificuldades de vinculação com pessoas que o ajudassem a reconstruir sua vida e família, bem como, a estabelecer-se como pessoa autônoma e responsável por uma criança prejudicaram a permanência de J. no seio familiar*.*

*Durante a entrevista com o genitor, este verbalizou que 'foi roubar pela J.' (sic), que 'J. é seu porto seguro', depois consertou a fala e disse que ele '*é o porto seguro da J.*' (sic).*

Suas falas deixaram implícito que a filha ocupou também um lugar para o genitor de 'porto seguro', pois foi por meio de J. que ele conseguiu a carta de motorista, a cesta básica e o aluguel social*. Neste sentido, em alguns momentos,* ***pareceu-nos que a filha estaria presente na vida dele para suprir suas necessidades afetivas e sociais, haja vista ser a única representante da sua família que ele possui um vínculo familiar. Já perdera outros dois filhos que tiveram mães que assumiram, J. era a única referência de E****.*

Neste sentido, respeitando o princípio da brevidade/provisoriedade na instituição de acolhimento e a idade de J. que atualmente já conta com oito anos de vida, sugerimos a colocação em família substituta, visando o melhor interesse da criança que possui o direito de ter uma vida estável e segura, acompanhada por uma família que possa atender às suas necessidades psíquicas, sociais e materiais.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto, conclui-se que ***as possibilidades de reintegração familiar ao genitor foram esgotadas durante o longo período de acompanhamento.***

Desde o primeiro acolhimento institucional da criança J., ***a despeito dos esforços dos serviços da rede de proteção, não houve adesão adequada às medidas de proteção determinada ao genitor as quais objetivavam favorecer a superação dos prejuízos no exercício parental, com a construção de condições para permanecer com a guarda da filha.***

*A criança não pode mais esperar e privar-se de ter um desenvolvimento mais tranquilo, acompanhado por uma família. "*É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária." (Art. 4º *do ECA).*

Desta forma, ***buscando-se atender ao direito de convivência familiar da criança J., do ponto de vista técnico, reafirmamos a colocação em família substituta na modalidade de adoção."***

Acesso ao Sumário

No tocante à criança, extrai-se do mesmo estudo:

"...J. relatou que o pai queria sair, deixava comida pronta, mas a deixava sozinha o dia todo, chegando somente à noite. Afirmou que as ausências eram frequentes, acontecendo quase todos os dias: 'A chave da porta ficava com ele, eu morava no apartamento 16, 4º andar, não tem grade na janela, ele é bem alto' (sic). 'Não gostava de ficar sozinha, tinha medo' (sic)

(...)

Explicamos a respeito do objetivo do atendimento e tocamos em assuntos como: 'família substituta e adoção'. ***A criança com linguajar próprio relatou: 'É legal porque não iriam me deixar sozinha', 'ajudaria fazer as lições de escola', 'seria cuidada' (sic).***

Na audiência realizada (fls. 249/250), o genitor pleiteou a realização de estudos com a prima T.A.D. (que já havia cuidado de J. anteriormente), o que foi deferido pelo Juízo. Todavia, constatou-se que, a despeito do afeto e carinho com J., T. disse não ter condições de assumir a responsabilidade pela criança por temer as atitudes agressivas do apelante e a alegada possibilidade de inserção de J. em família extensa foi afastada (fls. 281/286).

Note-se que para além da evidente ausência de estrutura material e emocional, a utilização abusiva de entorpecentes e o histórico de envolvimento com a criminalidade denotam a total inviabilidade da inserção da criança no seio familiar paterno.

À luz dos elementos de convicção existentes nos autos, decorre que a perda do poder familiar dos pais biológicos vai ao encontro dos interesses da criança, haja vista a patente demonstração de incapacidade para o cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar.

A conduta dos genitores fere, indiscutivelmente, os interesses da criança e atesta o abandono, autorizando a decretação da perda do poder familiar, nos termos do art. 1.638, inciso II, do Código Civil, e do art. 24 do ECA.

Dessa forma, considerando a necessidade de respaldo emocional, material e psicológico para o desenvolvimento da criança, a inaptidão dos pais em fornecer tal amparo, a despeito de toda a oferta de auxílio por parte da rede protetiva e a ausência de família extensa em condições de assumir a responsabilidade pelas crianças, indubitável que a destituição do poder familiar dos genitores biológicos atende ao Princípio da Proteção Integral e ao Superior Interesse do Menor, preceitos resguardados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Daí o porquê, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0030600-72.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 14ª VARA CÍVEL CENTRAL DA CAPITAL (ATUALMENTE JUDICANDO NA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE PINHEIROS), é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO ATUAL DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito e declararam a competência do MM. JUIZ DE DIREITO AUXILIAR DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL, suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.711)**

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, 13 de setembro de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito negativo de competência – Sentença – Embargos de declaração – Remoção do Magistrado que proferiu a sentença embargada – Vinculação ausente – Inexistência de regra legal que fixe a competência do Juiz removido para exame dos embargos de declaração opostos contra sentença proferida no cargo do qual se removeu – Conflito conhecido – Competência do Meritíssimo Juiz de Direito Auxiliar, em exercício na 14ª Vara Cível do Foro Central, ora suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela *MERITÍSSIMA JUÍZA DE DIREITO TITULAR II DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE PINHEIROS, DOUTORA MÁRCIA TESSITORE*, em face do *MERITÍSSIMO JUIZ DE DIREITO AUXILIAR DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL, DOUTOR CHRISTOPHER ALEXANDER ROISIN*, ambos da Comarca de São Paulo, incidentalmente aos embargos de declaração opostos contra a r. sentença proferida pela Juíza Suscitante nos autos dos embargos à execução ajuizado por Danielle Martins de Oliveira e Hércules de Oliveira Menezes contra Mudar Incorporações Imobiliárias S/A – em recuperação judicial (Proc. nº 1012706-16.2019.8.26.0007).

Divergem os Juízes sobre a competência para conhecimento e julgamento de embargos de declaração opostos em face da r. sentença proferida nos autos do Proc. nº 1012706-16.2019.8.26.0007, pela DOUTORA MÁRCIA TESSITORE, à época, MERITÍSSIMA JUÍZA DE DIREITO TITULAR DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL e, atualmente, MERITÍSSIMA JUÍZA DE DIREITO TITULAR II DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE PINHEIROS.

Foi designado o *MERITÍSSIMO JUIZ SUSCITADO (DOUTOR CHRISTOPHER ALEXANDER ROISIN)* para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 3/4).

É o relatório.

O conflito negativo de competência encontra-se configurado, nos termos do artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

O presente conflito negativo de competência foi suscitado incidentalmente aos embargos de declaração opostos nos *embargos à execução* ajuizado por Danielle Martins de Oliveira e Hércules de Oliveira Menezes em face de Mudar Incorporações Imobiliárias S/A em recuperação judicial (Proc. nº 1012706-16.2019.8.26.0007).

Os Magistrados suscitante e suscitado divergem em relação à competência para apreciar e julgar os embargos de declaração opostos em face da r. sentença proferida na aludida ação, pela Doutora Márcia Tessitore, enquanto Juíza de Direito Titular da 14ª Vara Cível do Foro Central.

Pois bem.

Cabem embargos de declaração em face de qualquer decisão judicial, a fim de esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, para corrigir erro material (artigo 1.022 do Código de Processo Civil).

E, nessas condições, seria conveniente que o próprio Juiz que proferiu a decisão ou a sentença embargada apreciasse e julgasse os respectivos embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

Essa, aliás, é a posição adotada pela Colenda Câmara Especial nas hipóteses em que a sentença embargada é proferida por Juiz Auxiliar, cuja competência é definida por designação da e. Presidência do Tribunal de Justiça.

A situação exposta neste caso, porém, é diferente.

Cuida-se de embargos de declaração opostos em face de r. sentença proferida por Magistrada, que se removeu do cargo de Juíza de Direito Titular da 14ª Vara Cível do Foro Central para o de Juíza Titular II da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Pinheiros.

Nessa hipótese, a MM. Juíza removida, que proferiu a sentença embargada, não tem vinculação para apreciar respectivos embargos de declaração, não só porque a novel competência é absolutamente distinta e exercida em foro diferente, mas também porque não há norma que determine a extensão da jurisdição para a análise do aludido recurso.

Conforme anotado pelo e. Desembargador Fernando Torres Garcia, *"É que o fim [...] do exercício do cargo de Juiz Titular, para os casos de permuta, remoção ou promoção, não traduz vinculação pessoal destes Magistrados ao caso concreto, não havendo regra cogente a determinar a extensão de sua jurisdição para fins de conhecimento de eventuais embargos de declaração."* (TJSP; Conflito de competência cível 0018554-22.2019.8.26.0000; Relator: Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/07/2019; Data de Registro: 26/08/2019)

Finalmente, registre-se que a Colenda Câmara Especial já teve oportunidade para apreciar casos semelhantes, inclusive sob a égide do atual estatuto processual civil, manifestando-se pela inexistência de vinculação do juiz removido do cargo, para exame de embargos de declaração:

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Juízes auxiliares da capital – Embargos de declaração opostos contra decisão proferida por um dos juízes – Inexistência de jurisdição por conta da cessação da designação ou fim do exercício do cargo – Ausência de regra legal a determinar a extensão da jurisdição – Princípio da identidade física do juiz não acolhido pelo atual Código de Processo Civil – Embargos a serem conhecidos pelo magistrado que exerça a jurisdição atualmente no juízo competente – Conflito conhecido para declarar a competência da Juíza suscitada."* (TJSP; Conflito de competência cível 0018554-22.2019.8.26.0000; Relator: Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/07/2019; Data de Registro: 26/08/2019)
>
> *"Conflito de Competência – Embargos de Declaração – Remoção por permuta – Desvinculação – Inteligência do artigo 132 do Código de Pro-*

Acesso ao Sumário

cesso Civil – A identidade física do juiz não foi mantida pelo vigente Código de Processo Civil – Ademais, em caráter normativo, foi revogado o item 632 das Normas de Serviço da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça – Precedentes desta Câmara – Conflito julgado procedente para ser declarada a competência do MM. Juízo da 2ª Vara Judicial de Vinhedo, ora suscitante." (TJSP; Conflito de competência cível 0041411-33.2017.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino (Decano); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Vinhedo – 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/03/2018; Data de Registro: 03/04/2018)

"Conflito de competência. Sentença proferida por Magistrada que posteriormente foi removida para outra Comarca. Análise e apreciação de embargos declaratórios. Princípio da identidade física do Juiz não prestigiado pelo Novo Estatuto Processual. Desvinculação do feito. Precedentes desta C. Câmara Especial e do C. STJ. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo Suscitado." (TJSP; Conflito de competência cível 0048576-34.2017.8.26.0000; Relatora: Lídia Conceição; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Vinhedo – Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 19/02/2018; Data de Registro: 22/02/2018)

Pelo exposto, conheço do conflito e declaro a competência do *MM. JUIZ DE DIREITO AUXILIAR DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL*, suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0030898-64.2021.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE COTIA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 22ª VARA CÍVEL CENTRAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, declararam competente o MM. Juízo Suscitante (MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Cotia). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.451)**

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).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 16 de setembro de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de cumprimento de sentença – Distribuição inicial à 22ª Vara Cível do Foro Central da Capital por ter sido o Juízo onde tramitou o processo de conhecimento – Declinação de competência após solicitação da exequente – Redistribuição ao Juízo da Comarca de Cotia – Possibilidade – Parágrafo único, do artigo 516 do C.P.C. – Opção de remessa do feito mesmo após sua distribuição, a pedido do credor, em virtude de ser o local do bem sujeito à execução – Medida que viabiliza a efetividade da pretensão executiva – Precedente – Procedente o conflito – Competência do MM. Juízo Suscitante.

VOTO

Vistos.

I. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Cotia em face do MM. Juiz de Direito da 22ª Vara Cível do Foro Central da Capital, nos autos da ação de cumprimento de sentença ajuizado por Aparecida Elieide Leite (proc. nº 1024856-51.2013.8.26.0100/01).

II. O feito foi, inicialmente, distribuído ao Suscitado, por ter proferido a condenação. O Ilustre Magistrado, após requerimento feito pela exequente e com base no parágrafo único, do artigo 516, do C.P.C., declinou da competência (fls. 315, proc. de origem).

III. Contemplado pela redistribuição, o Suscitante discordou do entendimento, por reputar competente o Juízo que prolatou a sentença de mérito (fls. 324/326, proc. de origem).

IV. Designou-se o Juízo Suscitante para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fls. 03).

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de conflito negativo de competência, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil, porquanto ambos os Magistrados recusam a competência para apreciar a ação.

Assiste razão ao MM. Juízo Suscitado.

Trata-se de ação de cumprimento de sentença ajuizado por Aparecida Elieide Leite em face de Granja 26 Empreendimentos Imobiliários Ltda..

Após pedido feito pela exequente, o juízo que proferiu o título judicial determinou sua redistribuição, já em fase de cumprimento de sentença, por força do disposto no artigo 516, parágrafo único do C.P.C. (fls. 01, 312 e 315, proc. nº 1024856-51.2013.8.26.0100/01).

Respeitados os entendimentos em sentido contrário, a redistribuição do feito era de ser acolhida, pois a pedido do credor, nos exatos termos do disposto no parágrafo único, do artigo 516, do C.P.C.[1], está autorizada a opção pelo foro do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução.

Pontuou o credor, ao postular a redistribuição da execução para a Comarca de Cotia, que tal ocorria em virtude *"da dificuldade de avaliação e praceamento nesta comarca, considerando que o bem penhorado e a executada tem sede na Comarca de Cotia"* (fls. 312, proc. nº 1024856-51.2013.8.26.0100/01).

Sobre o tema, oportuno citar a lição de Humberto Theodoro Junior:

"(...) mesmo no curso do cumprimento de sentença, se este encontrar entraves ou embaraços na localização de bens no foro originário da causa, não haverá vedação a que o requerimento, a que alude o parágrafo único do art. 516 seja incidentemente formalizado. Não creio que a execução do título judicial se sujeite aos rigores da perpetuatio jurisdicionis, concebida que foi especificamente para a fase de cognição do processo. Tanto é assim que o legislador não encontrou dificuldade em permitir que o cumprimento da sentença pudesse ser processado em outro juízo que não o da causa originária. Essa mudança tem puro feitio de economia processual, tendo em vista superar a duplicidade de juízos que ocorreria fatalmente na aplicação do sistema da execução por precatória. É por isso que, mesmo depois de iniciado o cumprimento da sentença no foro de competência originária, pode supervenientemente surgir uma situação enquadrável na opção permitida pelo dispositivo legal sub examine. Insistir em que a execução continuasse implacavelmente conduzida pelo juiz da causa, sem que existissem bens localizados em sua jurisdição, somente burocratizaria e encareceria o processo, mediante desdobramento de atos deprecados.[2]"

Apreciando situação semelhante, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

1 Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:
I – os tribunais, nas causas de sua competência originária;
II – o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;
III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.
Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

2 (*In*, Curso de Direito Processual Civil, volume 3. 52ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 72/73).

Acesso ao Sumário

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ***AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.*** *PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO DO CUMPRIMENTO DE SENTEÇA. EXEQUENTE QUE PODE OPTAR PELA REMESSA DOS AUTOS AO FORO DA COMARCA DE DOMICÍLIO DO EXECUTADO. 1. Ação de reparação de danos materiais cumulada com compensação de danos morais, já em fase de cumprimento de sentença, em virtude de acidente de trânsito. 2. Cumprimento de sentença promovido em 20/04/2012. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/11/2018. Julgamento: CPC/2015. 3.* ***O propósito recursal é dizer se, nos termos do art. 516, parágrafo único, do CPC/2015, é possível a remessa dos autos ao foro de domicílio do executado após o início do cumprimento de sentença****. 4. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 5.* ***Em regra, o cumprimento de sentença efetua-se perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição. Contudo, nos termos do art. 516, parágrafo único, do CPC/2015, o exequente passou a ter a opção de ver o cumprimento de sentença ser processado perante o juízo do atual domicílio do executado, do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem. 6. Como essa opção é uma prerrogativa do credor, ao juiz não será lícito indeferir o pedido se este vier acompanhado da prova de que o domicílio do executado, o lugar dos bens ou o lugar do cumprimento da obrigação é em foro diverso de onde decidida a causa originária. 7. Com efeito, a lei não impõe qualquer outra exigência ao exequente quando for optar pelo foro de processamento do cumprimento de sentença, tampouco dispondo acerca do momento em que o pedido de remessa dos autos deve ser feito – se antes de iniciada a execução ou se ele pode ocorrer incidentalmente ao seu processamento****. 8. Certo é que, se o escopo da norma é realmente viabilizar a efetividade da pretensão executiva, não há justificativa para se admitir entraves ao pedido de processamento do cumprimento de sentença no foro de opção do exequente, ainda que o mesmo já tenha se iniciado. 9. A remessa dos autos ao foro da Comarca de São Paulo/SP é medida que se impõe. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido." (REsp 1.776.382/MT, Terceira Turma, Relª Minª Nancy Andrighi, j. de 03/12/2019)* ***(g.n.).***

Logo, diante da regra autorizadora prevista na Lei Processual Civil, que visa dar efetividade ao título judicial, na hipótese o cumprimento de sentença deve ser processado e julgado na Comarca de Cotia.

Daí o porquê, julgo procedente o conflito, competente o MM. Juízo Sus-

Acesso ao Sumário

citante (MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Cotia).

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0014743-83.2021.8.26.0000, da Comarca de Votorantim, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE VOTORANTIM, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE CARAPICUÍBA.

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 da Juíza de Direito suscitante da Vara Criminal de Votorantim. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.414)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 2 de setembro de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Sentença penal transitada em julgado que condenou o réu ao cumprimento de pena privativa de liberdade cumulada com pena de multa. Remessa do feito para a comarca onde o executado encontra-se preso. Impossibilidade. A execução da multa penal, que se trata de procedimento autônomo, deve se dar no foro onde tramitou o processo de conhecimento a fim de evitar que o feito tramite por diversos juízos à medida em que o executado seja transferido de estabelecimentos prisionais. Respeito aos princípios da celeridade e economia processual. Competência da Juíza suscitante da Vara Criminal de Votorantim.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE VOTORANTIM** em face da **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE CARAPICUÍBA**, nos autos da ação de execução de pena de multa nº 1004139-31.2020.8.26.0663, na qual o Ministério Público busca a execução da pena pecuniária de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa imposta a Mário Henrique Medeiros, na ação penal nº 1500317-42.2018.8.26.0567, que tramitou na Vara Criminal de Votorantim.

Sustentou que, a fim de propiciar uma tramitação mais célere e garantir maior oportunidade de defesa ao executado, a competência para execução da pena de multa deve ser do local de seu domicílio. Salientou que, no caso de réus presos, que têm como domicílio necessário o local de suas prisões, a execução deve ser proposta no local de sua residência habitual ou do centro habitual de sua atividade, nos termos do artigo 127 do Código Tributário Nacional.

Processado o conflito de jurisdição, foi designada a MMª. Juíza de Direito suscitante da Vara Criminal de Votorantim para apreciar as medidas urgentes.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência da Juíza suscitante.

É o relatório.

Trata-se de execução de multa penal imposta a Mário Henrique Medeiros, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06, proposta pelo Ministério Público na Vara Criminal de Votorantim/SP, após o trânsito em julgado da condenação do executado à pena de seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa. A Juíza encaminhou os autos para a Comarca de Carapicuíba, em razão do local de prisão do executado. Recebido o feito, a Juíza da 2ª Vara Criminal de Carapicuíba devolveu o feito para a Vara Criminal de Votorantim, cuja Magistrada suscitou o presente conflito.

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.150, em 13 de dezembro de 2018, conferiu interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 51 do Código Penal, nos seguintes termos: *"O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão 'aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição', não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Edson Fachin, que o julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente,*

Acesso ao Sumário

os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.12.2018"[1].

Por sua vez, a Lei nº 13.964/19, denominada de "pacote anticrime", alterou a redação do art. 51 do Código Penal e assim dispôs: *"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."*

E, seguindo o entendimento exarado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 04/2020 da Corregedoria Geral de Justiça, especificando os procedimentos a serem adotados quando da aplicação da pena de dias-multa:

"Art. 480 – Na hipótese de multa cumulativamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão, se houver, caberá ao juiz da vara onde tramitou o processo, sem prejuízo da expedição da guia de recolhimento definitiva ou das peças necessárias para complementar a guia de recolhimento provisória, na forma do artigo 468 destas Normas de Serviço, promover a intimação do réu, preferencialmente por carta com AR, para o pagamento da multa no prazo de 10 dias.

§ 1º – No mesmo ato o condenado também será intimado para o pagamento da taxa judiciária, no prazo de 60 dias, procedendo-se na forma prevista no artigo 1.098 destas Normas de Serviço.

§ 2º – Recolhida a multa penal o juiz da vara onde tramitou o processo anotará o pagamento, comunicando o cumprimento ao Juízo das Execuções Criminais competente para a execução da pena privativa de liberdade ou da pena restritiva de direitos.

Art. 480-A – Infrutífera a intimação, ou não efetuado o pagamento da multa cumulativamente aplicada, o juiz da vara onde tramitou o processo determinará a expedição de certidão da sentença.

§ 1º – Expedida a certidão, o ofício de justiça, abrirá vista ao MP e, após, lançará a movimentação 'Cód. 62050 – Autos no Prazo – Execução da Multa Penal', a qual atribuirá ao processo a situação 'suspenso, e encaminhará o processo com tramitação digital, automaticamente para a fila 'Ag. Execução – Pena de Multa.

§ 2º – Havendo comunicação do ajuizamento da ação de execução da multa penal, o juízo de conhecimento procederá a anotação no histórico de partes inserindo o evento 'Cód. 17 – Início da Execução da Pena de Multa', indicando no complemento o número do processo de execução e lançará a mo-

1 Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3150. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 13 de dezembro de 2018.

vimentação '61619 – Definitivo – Processo Findo com Condenação' remetendo o processo ao arquivo. A extinção da pena de multa incumbirá ao Juízo do processo da Execução da Multa.

§ 3º – Não havendo comunicação do ajuizamento da ação para execução da multa penal, e decorrido o lapso prescricional, o juiz da vara onde tramitou o processo extinguirá a pena, remetendo os autos ao arquivo."

O Provimento nº 04/2020 encontra-se em consonância com o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal, pois respeita a competência das Varas das Execuções Criminais para a demanda executiva das multas impostas, ressaltando a titularidade do Ministério Público para tal mister.

E, no caso, o Ministério Público, após ser expedida certidão pelo Juízo do conhecimento (fls. 52 – origem), procedeu à execução da sentença penal transitada em julgado.

Ocorre que, tendo a ação penal tramitado na Vara Criminal de Votorantim (processo nº 1500317-42.2018.8.26.0567), a execução deverá se dar na Comarca onde tramitou o processo de conhecimento.

Tratando-se a execução da multa penal de procedimento autônomo em relação à execução da pena restritiva de liberdade e ou restritiva de direitos, e a fim de se evitar que o feito tramite por diversos juízos caso o executado seja transferido de estabelecimento prisional ou obtenha progressão de regime penal, é razoável que a demanda seja processada no juízo do foro originário da ação penal. Tal raciocínio harmoniza-se com os princípios da celeridade e economia processual, pois evita o trânsito do processo por diversas varas de execuções por onde o executado passar, evitando-se a atuação de diferentes juízes no mesmo processo.

Nesse sentido, precedente dessa C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Execução forçada de pena de multa decorrente de condenação criminal – Execução proposta perante a Vara de Assis que determinou o envio dos autos à Comarca em que o condenado cumpre sua pena corporal – Redistribuição ordenada para o juízo onde atualmente está o réu recolhido – Impossibilidade – Novo regramento implementado em razão das mudanças procedimentais introduzidas pelo julgamento da ADI nº 3150 e redação do art. 51 do CP, dada pela Lei nº 13.964/19, que aponta ter o legislador objetivado atribuir a juízos diversos a competência para a execução da pena privativa de liberdade e da execução da sanção pecuniária – Interpretação sistemática e original dos arts. 480, § 2º e 480-A, § 2º, das NSCGJ – Parecer nº 59/2020-J da CGJ que expressamente afirma a inviabilidade de se atribuir ao juízo do cumprimento da pena corporal a competência para a execução da multa penal – Autonomia da execução da sanção pecuniária, nos termos do art. 164, caput, da LEP que pode evitar a remessa do processo

à vários juízos, segundo a transferência do preso para outros estabelecimentos penitenciários ou à progressão de regime – Situação que prestigia os princípios da celeridade e economia processuais – Pena privativa de liberdade, ademais, de atribuição dos DEECRIMs, cuja incompetência para a execução da pena de multa é legalmente afirmada – Inteligência do art. 8º, caput, da Resolução nº 616/2013 – Reconhecimento da atribuição do juízo das execuções penais do local da condenação para a execução da pena de multa – Conflito acolhido para atribuir a competência a juiz não envolvido no incidente – Competente o juízo do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Judicial da Comarca de Itapecerica da serra)[2]*"*.

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do conflito negativo para declarar a competência da Juíza de Direito suscitante da Vara Criminal de Votorantim.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0011071-67.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DO FORO DE PRAIA GRANDE, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DO FORO DE PRAIA GRANDE/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, julgaram procedente o conflito e competente o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro de Praia Grande, ora Suscitado", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.679)**

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, 10 de setembro de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Jurisdição – Juízo Criminal competente para ações envolvendo ofensa à Lei Maria da Penha e Juízo Especial Criminal – Suposto crime de

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Conflito de jurisdição nº 0021823-35.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Renato Genzani Filho. Data de Julgamento: 03 de novembro de 2020.

Acesso ao Sumário

injúria praticado por filho contra a mãe e o pai – Incidência da Lei nº 11.340/06 – Caso concreto em que se constata violência ocorrida no seio familiar, motivada no gênero e decorrente de situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade das vítimas – Incidência do art. 5º e 41, Lei nº 11.340/06 (Lei Sobre Violência Doméstica) – Conflito julgado procedente, com o reconhecimento da competência do Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro de Praia Grande.

VOTO

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo Juízo da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal em face do Juízo da 1ª Vara Criminal, ambos da Comarca de Praia Grande.

O Juízo suscitante, em síntese, sustenta a sua incompetência para julgar o feito, trazendo em suas razões que a hipótese se amolda perfeitamente ao disposto no artigo 41º da Lei nº 11.340/2006, considerada a violência praticada no âmbito familiar, uma vez que o agressor é integrante da família, filho das vítimas pai e mãe e, no seio familiar, teria praticado, em tese, a conduta tipificada no artigo 147 c.c. art. 61, inciso II, alínea "e" e "f", ambos, do Código Penal, afastando-se a aplicação da Lei º 9.099/95 (fls.14/15).

O Juízo suscitado, por sua vez, em apertada síntese, argumenta que os fatos narrados nos autos não se amoldam ao disposto na Lei nº 11.340/06, ou seja, não se vislumbra a violência dirigida contra mulher baseada no gênero, nos termos do art. 5º, da referida lei, ressaltando que não foi o gênero desta que a tornou vulnerável à suposta conduta criminosa, devendo ser redistribuído o feito para o Juizado Especial Criminal, competente para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo (fls. 09/10).

Manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinando no sentido de ser julgado procedente o conflito de jurisdição e declarada a competência do Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro de Praia Grande (fls. 23/26).

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição é procedente, porquanto ambos os Magistrados se consideram incompetentes para o processamento do feito.

A competência para conhecer e julgar a ação é do Juízo suscitado.

Trata-se, em tese, de crime praticado no contexto das relações domésticas e por motivação compatível com a *ratio legis* da normatização invocada. Como bem exposto pelo eminente Procurador de Justiça, Doutor José Tarcísio Buffo: *"(...) O caso em tela insere-se na tutela especial que emerge da mencionada lei. Na realidade, há desigualdade a ser amparada pela legislação especial, porque*

Acesso ao Sumário

*o agressor é filho das vítimas, e uma delas é do sexo feminino. Destaque-se que a legislação em tela não estabelece a interpretação restritiva, ao contrário, procura abarcar todas as situações possíveis procurando proteger o gênero feminino no âmbito doméstico e familiar, sequer exigindo coabitação. O caso merece a atuação especializada da Vara de Violência Doméstica, inclusive no que tange ao crime praticado contra o genitor, ante o que dispõe o artigo 78, IV, do CPP (*fl. 24).

Dispõe o art. 5º da Lei nº 11.340/06, *in verbis*:

"Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

Assinale ainda, o entendimento assentado na Súmula 114 desta Corte:

"Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor."

O texto legal, como se vê, está claro e os fatos descritos na denúncia podem ser incluídos na abrangência da Lei Maria da Penha.

Rogério Sanches da Cunha e Ronaldo Batista Pinto cita precedente no sentido de que, *"à mingua de qualquer exclusão constante do texto da Lei, conclui-se que qualquer mulher está por ela tutelada, independente da idade, seja adulta, idosa ou, até mesmo, criança ou adolescente. Nestes últimos casos, haverá superposição de normas protetivas, pela incidência simultânea dos Estatutos do Idoso e da Criança e Adolescente, que não parecem excluir as normas de proteção da Lei 'Maria da Penha' que, inclusive, complementam a abrangência de tutela. Bom que se lembre que a Lei 'Maria da Penha' não se*

Acesso ao Sumário

restringe à violência doméstica, abrangendo, igualmente, a violência familiar, do que não estão livres, infelizmente, crianças, adolescentes e idosos" (in "Violência Doméstica Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo", Ed. RT, 4ª edição, 2012, pág. 52).

A lei em comento, assim, praticamente abarca qualquer espécie de violência contra a mulher, bastando que haja algum vínculo mínimo de convivência ou ligação sanguínea entre o suposto agressor e a vítima.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, já deixou assentado que *"a nova lei refere-se a crimes praticados com violência familiar contra a mulher, deixando de prever delitos da mesma natureza praticados contra homem ou contra qualquer outro tipo de pessoa. Infere-se, desta forma, que o legislador tem em conta a mulher, numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais. O escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade diante do homem (ou mulher) em decorrência de qualquer relação íntima, com ou sem coabitação, em que possa ocorrer atos de violência contra esta mulher"* (CC 96533/MG, 3ª Seção do STJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05/12/2008, DJe 05/02/2009).

No que tange ao processamento do feito nos Juizados Especiais Criminais, depreende-se que o Legislador, na própria Lei nº 11.340/06, impôs limitação ao trâmite de ações da espécie, *in verbis*:

> *"Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995."* (grifo nosso).
>
> Ainda, em caso idêntico, já se manifestou esta Colenda Câmara Especial: *"Conflito de jurisdição. Apuração da prática do crime de ameaça, por filho contra a mãe. Incidência da Lei nº 11.340/06. Fatos ocorridos no âmbito das relações familiares, em decorrência de assunto relacionado aos filhos do acusado, e pela situação de vulnerabilidade da vítima. Competência da Vara Violência Doméstica e Familiar. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado (Vara de Violência Doméstica e Familiar da Comarca de Campinas)."* (Conflito de competência nº 0012374-87.2019.8.26.0000, Relª. Desª. Ana Lucia Romanhole Martucci, j. 26.8.2019).

Por fim, anoto que o reconhecimento da incompetência da Vara Criminal competente para o julgamento das causas de Violência Doméstica acarretaria a impossibilidade de serem aplicadas as medidas protetivas previstas nos artigos 22 e seguintes da Lei nº 11.340/06, o que sem dúvida é prejudicial às vítimas.

Ante o exposto, julga-se procedente o presente conflito de jurisdição e declara-se a competência do Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro de Praia Grande, ora suscitado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0036171-24.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante JUÍZO DO SETOR DE VIOLÊNCIA CONTRA INFANTE, IDOSO, PESSOA COM DEFICIÊNCIA E TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS, é suscitado JUÍZO DA VARA DA REGIÃO LESTE 2 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o Conflito de Jurisdição para declarar a competência do Juízo suscitado (Vara da Região Leste 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.608)**

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, 30 de setembro de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO. APURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DISTRIBUIÇÃO À VARA DA REGIÃO LESTE 2 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA. REDISTRIBUIÇÃO AO SETOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA INFANTE, IDOSO, PESSOA COM DEFICIÊNCIA E TRÁFICO INTERNO DE PESSOA. IMPOSSIBILIDADE.

1. De rigor, seria o caso de não conhecimento do conflito, uma vez que ainda não oferecida a denúncia pelo Ministério Público, todavia, tratando-se de questão de suma urgência e que envolve menor e na qual o tempo age em desfavor da vítima, passa-se ao mérito.

2. A dinâmica descrita na denúncia e os demais elementos dos autos apontam para violência fundada no gênero, conforme previsão contida no artigo 5º e 7º,

Acesso ao Sumário

da Lei nº 11.340/06. Entendimento que encontra respaldo em decisões desta Câmara Especial e é corroborado pela Súmula nº 114 deste Tribunal de Justiça.

3. Ressalte-se constar das exposições de motivos do Provimento nº 2.236/2015 do Conselho Superior da Magistratura, que criou o Setor da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de tráfico Interno de pessoas – SANCTVS, que mencionado Setor serviria para suprir o oferecimento de prestação jurisdicional especializada a menores submetidos à violência não alcançados pela Lei Maria da Penha, o que não é o caso dos autos.

4. Ademais, a Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no seu artigo 8º, parágrafo 2º, assinalou que a competência das Varas da Violência Doméstica e do Juizado Especial Criminal Central da Comarca da Capital permanecerá inalterada.

5. Conflito de Jurisdição julgado procedente para determinar o processamento no juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo do Setor de Violência Doméstica contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Tráfico Interno de Pessoa, sob a alegação de que compete ao Juízo da Vara da Região Leste 2 da Violência Doméstica Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista, processar e julgar a ação penal decorrente da prática, em tese, do delito do artigo 217-A, caput, do Código Penal, praticado por H.F.A. contra sua filha, a menor B.H.A., no âmbito da relação doméstica e familiar.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. De rigor, seria o caso de não conhecimento do conflito, uma vez que ainda não oferecida a denúncia pelo Ministério Público, todavia, tratando-se de questão de suma urgência e que envolve menor e na qual o tempo age em desfavor da vítima, passa-se ao mérito.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, nos termos do artigo 114, I, do Código de Processo Penal, uma vez que nenhum dos Juízos envolvidos reconhece sua competência para processar e julgar a demanda.

Segundo consta, H.F.A. teria tentado praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra a sua filha, a menor B.H.A., à época dos fatos com 13 (treze) anos de idade. Ao passar a noite na residência do genitor, a criança teria

enviado uma mensagem por aplicativo de celular à mãe dizendo que ela estava deitada para dormir quando o acusado passou a mão nas suas nádegas e tentou beijá-la, tendo ela se afastado, impossibilitando que o averiguado lhe beijasse (fls. 02/06 dos autos de origem).

A ação foi distribuída ao Juízo da Vara da Região Leste 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista que determinou, após solicitação do Ministério Público local, a remessa dos autos ao SANCTVS (fls. 56/60 e 62 da origem).

Redistribuída a demanda, o Juízo do Setor de Violência Doméstica contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoa houve por bem suscitar o presente conflito ao argumento de que se trata de crime que envolve violência de gênero e que a idade da vítima é irrelevante para afastar a competência da vara especializada em violência doméstica e familiar contra a mulher e as normas protetivas da Lei Maria da Penha (fls. 81/82 da origem).

Da análise dos fatos apresentados, conclui-se que razão assiste ao suscitante.

A dinâmica envolvendo a vítima e seu agressor enquadra-se no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme previsão contida nos artigos 5º e 7º, da Lei nº 11.340/06.

Ademais, como se pode verificar, os abusos ocorreram em razão da ascendência que o denunciado exercia sobre a pessoa da vítima por conta da relação de afetividade entre eles, ascendência essa passível de dominação (pai e filha), o que configura evidente a situação de subordinação e vulnerabilidade da criança.

A propósito, tal raciocínio encontra-se em compasso com a Súmula 114 deste Tribunal:

> Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.

Observe-se que a descrição dos fatos contida na denúncia e os demais elementos dos autos apontam para violência fundada no gênero – sexo feminino –, o que determina o trâmite da ação perante a Vara de Violência Doméstica.

Ressalte-se que o Provimento nº 2.236/2015 do Conselho Superior da Magistratura, ao apresentar as exposições de motivos para a criação do Setor da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de tráfico Interno de pessoas – SANCTVS – considerou, entre outros, ***"as crianças e***

Acesso ao Sumário

adolescentes do sexo masculino vítimas de violência doméstica não são protegidos na esfera criminal pela Lei Maria da Penha", tornando-se evidente que mencionado Setor serviria para suprir o oferecimento de prestação jurisdicional especializada aos casos de menores submetidos à violência não alcançados pela Lei Maria da Penha, o que não é o caso dos autos.

Consta expressamente da Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no seu artigo 8º, parágrafo 2º, que:

> A competência das Varas da Violência Doméstica e do Juizado Especial Criminal Central da Comarca da Capital permanecerá inalterada.

Nesse sentido tem se firmado a jurisprudência:

> Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de J J DO N I, em face de decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que denegou a ordem no mandamus impetrado perante a Corte a quo. Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal, em continuidade delitiva, pelo juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Ato seguinte, a defesa impetrou habeas corpus alegando a incompetência do juízo sentenciante, perante a Corte de origem. O Tribunal estadual, contudo, denegou a ordem. No presente mandamus, alega a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o juízo da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher é incompetente para julgar a presente lide. Argumenta que verifica-se que o suposto abuso sexual que teria sido praticado contra a menor, não se deu em razão do gênero, e sim em razão de sua imaturidade, podendo inclusive os atos ter sido praticado em desfavor de criança do sexo masculino. Requer a concessão da ordem constitucional para que seja determinado a anulação do processo, desde a denúncia. Indeferida a liminar, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do mandamus. É o relatório.
>
> DECIDO.
>
> [...]
>
> Dessa forma, nota-se que caracteriza-se a violência doméstica e familiar nos casos em que o delito é cometido com base no gênero, em qualquer relação íntima de afeto, no qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida.
>
> No presente caso, tem-se que as instâncias de origem consignado expressamente que bem caracterizada está a violência de gênero, uma vez que o crime foi supostamente praticado contra criança subjugada pela sua condição específica (sexo feminino) e em âmbito doméstico e familiar. Dessa forma, a alteração de tal entendimento, no sentido de que o delito não foi praticado em razão do gênero da vítima, mas sim de sua imaturidade demandaria a análise de matéria fático-probatória, o

Acesso ao Sumário

que é vedado na via eleita. Nesse norte: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º E 3º, AMBOS DO CP E 7º DA LEI Nº 12.015/2009. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE. SÚMULA 283/STF. OFENSA AOS ARTS. 593, I, E 158, AMBOS DO CPP. RAZÕES DA APELAÇÃO DO MP APRESENTADAS FORA DO PRAZO LEGAL. MERA IRREGULARIDADE. ESTUPRO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. MALFERIMENTO DO ART. 20 DA LEI Nº 11.697/2008. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]. 4. Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, que com base em dados concretos dos autos, entendeu que a conduta criminosa se deu num "contexto de prevalência de relações domésticas (...), atraindo, portanto, a competência de juizado especial de violência doméstica" (fl. 471), seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 743.421/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015).

Ante o exposto, denego o habeas corpus.

(HC 445.912/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2018, DJe 28/06/2018).

CONFLITO POSITIVO DE JURISDIÇÃO. REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL PELA CONCESSÃO DE MANDADO DE PRISÃO TEMPORÁRIA PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. GENITOR ACUSADO DE, EM TESE, PRATICAR O CRIME DE ESTUPRO CONTRA A FILHA. VIOLÊNCIA MOTIVADA NO GÊNERO FEMININO. RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO OU VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 4º E 5º DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DA JUÍZA SUSCITADA DA VARA REG. SUL 1 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DA VILA PRUDENTE. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0021750-34.2018.8.26.0000; Relator: Campos Mello (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional da Vila Prudente; Data do Julgamento: 10/12/2018);

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. Apuração do crime de estupro de vulnerável cometido, em tese, pelo genitor contra a própria filha. Fato que caracteriza violência doméstica no âmbito familiar. Violência em razão do gênero. Incidência da Lei 11.340/06. Competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Súmulas 114 e 156 desta Corte. Conflito procedente. COMPETÊNCIA DO JUÍZO

Acesso ao Sumário

SUSCITADO. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0039424-93.2016.8.26.0000; Relator: Alves Braga Junior; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guarulhos – 1 ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/12/2016).

E mais especificamente a respeito da ausência de competência do SANCTVS, em casos assemelhados ao aqui apresentado, citam-se acórdãos proferidos por esta Câmara Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INQUÉRITO POLICIAL E AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO DE PROVAS. VÍTIMA DO GÊNERO FEMININO MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. COMPETÊNCIA DA VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 1. Inquérito policial distribuído ao Juízo da Vara de Violência Doméstica. Posterior ajuizamento de ação cautelar de produção antecipada de provas pelo Ministério Público. Declinação de competência e remessa dos autos ao Juízo do SANCTVS para julgamento do crime de estupro de vulnerável, supostamente praticado pelo acusado contra sua filha. Descabimento. 2. Tenra idade da vítima que não afasta a competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica. Competência do Juízo do SANCTVS que abrange apenas casos que não ensejam a aplicação da Lei nº 11.340/2006. Inteligência da Exposição de Motivos do Provimento CSM nº 2.236/2015, bem como do art. 8º, § 2º, da Resolução nº 780/2017 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça. Acusado que se valeu especialmente da vulnerabilidade decorrente do gênero da ofendida para a prática do delito de natureza sexual. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da Vara da Região Leste de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0023891-21.2021.8.26.0000; Relatora: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional V – São Miguel Paulista – Vara Reg. Leste 2 de Viol. Dom. e Fam. Cont. Mulher; Data do Julgamento: 21/09/2021; Data de Registro: 21/09/2021).

Conflito de Jurisdição – Apuração de eventual prática de crime de estupro de vulnerável praticado pelo pai em desfavor de sua filha criança – Ação cautelar de produção antecipada de provas e inquérito policial distribuídos ao Juízo do Setor de Atendimento de Crimes da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoas (SANCTVS) – Redistribuição à Vara Regional Sul 1 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional IX – Ausência de denúncia. 1. De rigor, seria caso de não conhecimento do conflito. Todavia, tratando-se de questão de suma urgência, que envolve menor e na qual o tempo age em desfavor da vítima, passando-se ao mérito. 2. Os elementos dos autos apontam para violência fundada no gênero, conforme previsão contida no artigo 5º, da Lei nº 11.340/06. Entendimento que encontra respaldo em decisões desta Câmara Especial e é corroborado pela Súmula nº 114 deste Tribunal de Justiça. 3. Ressalte-se constar das exposições de motivos do Provimento nº 2.236/2015

Acesso ao Sumário

do Conselho Superior da Magistratura que criou o Setor da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de pessoas – SANCTVS, que mencionado Setor serviria para suprir o oferecimento de prestação jurisdicional especializada a menores submetidos à violência não alcançados pela Lei Maria da Penha, o que não é o caso dos autos. 4. No mais, a Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no seu artigo 8º, parágrafo 2º, assinalou que a competência das Varas da Violência Doméstica e do Juizado Especial Criminal Central da Comarca da Capital permanecerá inalterada. 5. Conflito de Jurisdição julgado procedente, para determinar o processamento junto ao Juízo Suscitado (Vara Regional Sul 1 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional IX – Vila Prudente). (TJSP; Conflito de Jurisdição 0016425-73.2021.8.26.0000; Relator: Magalhães Coelho (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – SANCTVS – Setor de Atend. de Crimes contra Infante, Idoso, Deficiente e Vít. Tráf. Int. Pessoas; Data do Julgamento: 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021).

CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Inquérito Policial instaurado para apurar a prática dos delitos previstos no art. 217-A, do Código Penal – Autor dos fatos que, supostamente, praticou ato libidinoso contra seus filhos, menores de 14 anos à época dos fatos, em ambiente doméstico – Incidência da Lei nº 11.340/06 – Competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – Súmula 114 do TJSP – Entendimento firmado por esta C. Câmara Especial – Competência do SANCTVS que abrange apenas os casos não alcançados pela Lei Maria da Penha – Inteligência do art. 8º, parágrafo 2º, da Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça – Atos ilícitos praticados contra o ofendido do gênero masculino, que ocorreram nas mesmas circunstâncias daqueles perpetrados contra a vítima do gênero feminino – Conexão probatória entre os delitos – Inteligência do art. 76, III, do CPP – Economia processual – Desmembramento que poderia acarretar situação de revitimização dos menores – Precedentes – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado (Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Regional VI – Penha de França). (TJSP; Conflito de Jurisdição 0014339-32.2021.8.26.0000; Relator: Guilherme G. Strenger (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – SANCTVS – Setor de Atend. de Crimes contra Infante, Idoso, Deficiente e Vít. Tráf. Int. Pessoas; Data do Julgamento: 23/08/2021; Data de Registro: 23/08/2021).

Assim, uma vez que a violência se deu em face de menor do sexo feminino e envolvendo vínculo de afeto entre o agressor e a vítima, sua filha, aproveitando-se da relação de convívio entre eles, deverá a demanda ser processada perante a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

3. Do exposto, **configurado o conflito de jurisdição, declara-se compe-**

Acesso ao Sumário

tente o Juízo suscitado (Vara da Região Leste 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista).

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0014743-83.2021.8.26.0000, da Comarca de Votorantim, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE VOTORANTIM, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE CARAPICUÍBA.

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 da Juíza de Direito suscitante da Vara Criminal de Votorantim. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.414)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 2 de setembro de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Sentença penal transitada em julgado que condenou o réu ao cumprimento de pena privativa de liberdade cumulada com pena de multa. Remessa do feito para a comarca onde o executado encontra-se preso. Impossibilidade. A execução da multa penal, que se trata de procedimento autônomo, deve se dar no foro onde tramitou o processo de conhecimento a fim de evitar que o feito tramite por diversos juízos à medida em que o executado seja transferido de estabelecimentos prisionais. Respeito aos princípios da celeridade e economia processual. Competência da Juíza suscitante da Vara Criminal de Votorantim.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE VOTORANTIM** em face da **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE CARAPICUÍBA**, nos autos da ação de execução de pena de multa nº 1004139-31.2020.8.26.0663, na qual o Ministério Público busca a execução da pena pecuniária de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa imposta a Mário Henrique Medeiros, na ação penal nº 1500317-42.2018.8.26.0567, que tramitou na Vara Criminal de Votorantim.

Sustentou que, a fim de propiciar uma tramitação mais célere e garantir maior oportunidade de defesa ao executado, a competência para execução da pena de multa deve ser do local de seu domicílio. Salientou que, no caso de réus presos, que têm como domicílio necessário o local de suas prisões, a execução deve ser proposta no local de sua residência habitual ou do centro habitual de sua atividade, nos termos do artigo 127 do Código Tributário Nacional.

Processado o conflito de jurisdição, foi designada a MMª. Juíza de Direito suscitante da Vara Criminal de Votorantim para apreciar as medidas urgentes.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência da Juíza suscitante.

É o relatório.

Trata-se de execução de multa penal imposta a Mário Henrique Medeiros, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06, proposta pelo Ministério Público na Vara Criminal de Votorantim/SP, após o trânsito em julgado da condenação do executado à pena de seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa. A Juíza encaminhou os autos para a Comarca de Carapicuíba, em razão do local de prisão do executado. Recebido o feito, a Juíza da 2ª Vara Criminal de Carapicuíba devolveu o feito para a Vara Criminal de Votorantim, cuja Magistrada suscitou o presente conflito.

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.150, em 13 de dezembro de 2018, conferiu interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 51 do Código Penal, nos seguintes termos: *"O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão 'aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição', não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Edson Fachin, que o julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente,*

Acesso ao Sumário

os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.12.2018"[1].

Por sua vez, a Lei nº 13.964/19, denominada de "pacote anticrime", alterou a redação do art. 51 do Código Penal e assim dispôs: *"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."*

E, seguindo o entendimento exarado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 04/2020 da Corregedoria Geral de Justiça, especificando os procedimentos a serem adotados quando da aplicação da pena de dias-multa:

"Art. 480 – Na hipótese de multa cumulativamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão, se houver, caberá ao juiz da vara onde tramitou o processo, sem prejuízo da expedição da guia de recolhimento definitiva ou das peças necessárias para complementar a guia de recolhimento provisória, na forma do artigo 468 destas Normas de Serviço, promover a intimação do réu, preferencialmente por carta com AR, para o pagamento da multa no prazo de 10 dias.

§ 1º – No mesmo ato o condenado também será intimado para o pagamento da taxa judiciária, no prazo de 60 dias, procedendo-se na forma prevista no artigo 1.098 destas Normas de Serviço.

§ 2º – Recolhida a multa penal o juiz da vara onde tramitou o processo anotará o pagamento, comunicando o cumprimento ao Juízo das Execuções Criminais competente para a execução da pena privativa de liberdade ou da pena restritiva de direitos.

Art. 480-A – Infrutífera a intimação, ou não efetuado o pagamento da multa cumulativamente aplicada, o juiz da vara onde tramitou o processo determinará a expedição de certidão da sentença.

§ 1º – Expedida a certidão, o ofício de justiça, abrirá vista ao MP e, após, lançará a movimentação 'Cód. 62050 – Autos no Prazo – Execução da Multa Penal', a qual atribuirá ao processo a situação 'suspenso, e encaminhará o processo com tramitação digital, automaticamente para a fila 'Ag. Execução – Pena de Multa.

§ 2º – Havendo comunicação do ajuizamento da ação de execução da multa penal, o juízo de conhecimento procederá a anotação no histórico de partes inserindo o evento 'Cód. 17 – Início da Execução da Pena de Multa', indicando no complemento o número do processo de execução e lançará a mo-

Acesso ao Sumário

1 Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3150. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 13 de dezembro de 2018.

vimentação '61619 – Definitivo – Processo Findo com Condenação' remetendo o processo ao arquivo. A extinção da pena de multa incumbirá ao Juízo do processo da Execução da Multa.

§ 3º – Não havendo comunicação do ajuizamento da ação para execução da multa penal, e decorrido o lapso prescricional, o juiz da vara onde tramitou o processo extinguirá a pena, remetendo os autos ao arquivo."

O Provimento nº 04/2020 encontra-se em consonância com o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal, pois respeita a competência das Varas das Execuções Criminais para a demanda executiva das multas impostas, ressaltando a titularidade do Ministério Público para tal mister.

E, no caso, o Ministério Público, após ser expedida certidão pelo Juízo do conhecimento (fls. 52 – origem), procedeu à execução da sentença penal transitada em julgado.

Ocorre que, tendo a ação penal tramitado na Vara Criminal de Votorantim (processo nº 1500317-42.2018.8.26.0567), a execução deverá se dar na Comarca onde tramitou o processo de conhecimento.

Tratando-se a execução da multa penal de procedimento autônomo em relação à execução da pena restritiva de liberdade e ou restritiva de direitos, e a fim de se evitar que o feito tramite por diversos juízos caso o executado seja transferido de estabelecimento prisional ou obtenha progressão de regime penal, é razoável que a demanda seja processada no juízo do foro originário da ação penal. Tal raciocínio harmoniza-se com os princípios da celeridade e economia processual, pois evita o trânsito do processo por diversas varas de execuções por onde o executado passar, evitando-se a atuação de diferentes juízes no mesmo processo.

Nesse sentido, precedente dessa C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Execução forçada de pena de multa decorrente de condenação criminal – Execução proposta perante a Vara de Assis que determinou o envio dos autos à Comarca em que o condenado cumpre sua pena corporal – Redistribuição ordenada para o juízo onde atualmente está o réu recolhido – Impossibilidade – Novo regramento implementado em razão das mudanças procedimentais introduzidas pelo julgamento da ADI nº 3150 e redação do art. 51 do CP, dada pela Lei nº 13.964/19, que aponta ter o legislador objetivado atribuir a juízos diversos a competência para a execução da pena privativa de liberdade e da execução da sanção pecuniária – Interpretação sistemática e original dos arts. 480, § 2º e 480-A, § 2º, das NSCGJ – Parecer nº 59/2020-J da CGJ que expressamente afirma a inviabilidade de se atribuir ao juízo do cumprimento da pena corporal a competência para a execução da multa penal – Autonomia da execução da sanção pecuniária, nos termos do art. 164, caput, da LEP que pode evitar a remessa do processo

Acesso ao Sumário

à vários juízos, segundo a transferência do preso para outros estabelecimentos penitenciários ou à progressão de regime – Situação que prestigia os princípios da celeridade e economia processuais – Pena privativa de liberdade, ademais, de atribuição dos DEECRIMs, cuja incompetência para a execução da pena de multa é legalmente afirmada – Inteligência do art. 8º, caput, da Resolução nº 616/2013 – Reconhecimento da atribuição do juízo das execuções penais do local da condenação para a execução da pena de multa – Conflito acolhido para atribuir a competência a juiz não envolvido no incidente – Competente o juízo do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Judicial da Comarca de Itapecerica da serra)[2]*".*

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do conflito negativo para declarar a competência da Juíza de Direito suscitante da Vara Criminal de Votorantim.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0011071-67.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DO FORO DE PRAIA GRANDE, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DO FORO DE PRAIA GRANDE/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, julgaram procedente o conflito e competente o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro de Praia Grande, ora Suscitado", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.679)**

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, 10 de setembro de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Jurisdição – Juízo Criminal competente para ações envolvendo ofensa à Lei Maria da Penha e Juízo Especial Criminal – Suposto crime de

Acesso ao Sumário

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Conflito de jurisdição nº 0021823-35.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Renato Genzani Filho. Data de Julgamento: 03 de novembro de 2020.

injúria praticado por filho contra a mãe e o pai – Incidência da Lei nº 11.340/06 – Caso concreto em que se constata violência ocorrida no seio familiar, motivada no gênero e decorrente de situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade das vítimas – Incidência do art. 5º e 41, Lei nº 11.340/06 (Lei Sobre Violência Doméstica) – Conflito julgado procedente, com o reconhecimento da competência do Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro de Praia Grande.

VOTO

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo Juízo da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal em face do Juízo da 1ª Vara Criminal, ambos da Comarca de Praia Grande.

O Juízo suscitante, em síntese, sustenta a sua incompetência para julgar o feito, trazendo em suas razões que a hipótese se amolda perfeitamente ao disposto no artigo 41º da Lei nº 11.340/2006, considerada a violência praticada no âmbito familiar, uma vez que o agressor é integrante da família, filho das vítimas pai e mãe e, no seio familiar, teria praticado, em tese, a conduta tipificada no artigo 147 c.c. art. 61, inciso II, alínea "e" e "f", ambos, do Código Penal, afastando-se a aplicação da Lei º 9.099/95 (fls.14/15).

O Juízo suscitado, por sua vez, em apertada síntese, argumenta que os fatos narrados nos autos não se amoldam ao disposto na Lei nº 11.340/06, ou seja, não se vislumbra a violência dirigida contra mulher baseada no gênero, nos termos do art. 5º, da referida lei, ressaltando que não foi o gênero desta que a tornou vulnerável à suposta conduta criminosa, devendo ser redistribuído o feito para o Juizado Especial Criminal, competente para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo (fls. 09/10).

Manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinando no sentido de ser julgado procedente o conflito de jurisdição e declarada a competência do Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro de Praia Grande (fls. 23/26).

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição é procedente, porquanto ambos os Magistrados se consideram incompetentes para o processamento do feito.

A competência para conhecer e julgar a ação é do Juízo suscitado.

Trata-se, em tese, de crime praticado no contexto das relações domésticas e por motivação compatível com a *ratio legis* da normatização invocada. Como bem exposto pelo eminente Procurador de Justiça, Doutor José Tarcísio Buffo: *"(...) O caso em tela insere-se na tutela especial que emerge da mencionada lei. Na realidade, há desigualdade a ser amparada pela legislação especial, porque*

Acesso ao Sumário

*o agressor é filho das vítimas, e uma delas é do sexo feminino. Destaque-se que a legislação em tela não estabelece a interpretação restritiva, ao contrário, procura abarcar todas as situações possíveis procurando proteger o gênero feminino no âmbito doméstico e familiar, sequer exigindo coabitação. O caso merece a atuação especializada da Vara de Violência Doméstica, inclusive no que tange ao crime praticado contra o genitor, ante o que dispõe o artigo 78, IV, do CPP (*fl. 24).

Dispõe o art. 5º da Lei nº 11.340/06, *in verbis*:

"Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

Assinale ainda, o entendimento assentado na Súmula 114 desta Corte:

"Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor."

O texto legal, como se vê, está claro e os fatos descritos na denúncia podem ser incluídos na abrangência da Lei Maria da Penha.

Rogério Sanches da Cunha e Ronaldo Batista Pinto cita precedente no sentido de que, *"à mingua de qualquer exclusão constante do texto da Lei, conclui-se que qualquer mulher está por ela tutelada, independente da idade, seja adulta, idosa ou, até mesmo, criança ou adolescente. Nestes últimos casos, haverá superposição de normas protetivas, pela incidência simultânea dos Estatutos do Idoso e da Criança e Adolescente, que não parecem excluir as normas de proteção da Lei 'Maria da Penha' que, inclusive, complementam a abrangência de tutela. Bom que se lembre que a Lei 'Maria da Penha' não se*

Acesso ao Sumário

restringe à violência doméstica, abrangendo, igualmente, a violência familiar, do que não estão livres, infelizmente, crianças, adolescentes e idosos" (in "Violência Doméstica Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo", Ed. RT, 4ª edição, 2012, pág. 52).

A lei em comento, assim, praticamente abarca qualquer espécie de violência contra a mulher, bastando que haja algum vínculo mínimo de convivência ou ligação sanguínea entre o suposto agressor e a vítima.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, já deixou assentado que *"a nova lei refere-se a crimes praticados com violência familiar contra a mulher, deixando de prever delitos da mesma natureza praticados contra homem ou contra qualquer outro tipo de pessoa. Infere-se, desta forma, que o legislador tem em conta a mulher, numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais. O escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade diante do homem (ou mulher) em decorrência de qualquer relação íntima, com ou sem coabitação, em que possa ocorrer atos de violência contra esta mulher"* (CC 96533/MG, 3ª Seção do STJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05/12/2008, DJe 05/02/2009).

No que tange ao processamento do feito nos Juizados Especiais Criminais, depreende-se que o Legislador, na própria Lei nº 11.340/06, impôs limitação ao trâmite de ações da espécie, *in verbis*:

> *"Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995."* (grifo nosso).

Ainda, em caso idêntico, já se manifestou esta Colenda Câmara Especial:

> *"Conflito de jurisdição. Apuração da prática do crime de ameaça, por filho contra a mãe. Incidência da Lei nº 11.340/06. Fatos ocorridos no âmbito das relações familiares, em decorrência de assunto relacionado aos filhos do acusado, e pela situação de vulnerabilidade da vítima. Competência da Vara Violência Doméstica e Familiar. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado (Vara de Violência Doméstica e Familiar da Comarca de Campinas)."* (Conflito de competência nº 0012374-87.2019.8.26.0000, Relª. Desª. Ana Lucia Romanhole Martucci, j. 26.8.2019).

Por fim, anoto que o reconhecimento da incompetência da Vara Criminal competente para o julgamento das causas de Violência Doméstica acarretaria a impossibilidade de serem aplicadas as medidas protetivas previstas nos artigos 22 e seguintes da Lei nº 11.340/06, o que sem dúvida é prejudicial às vítimas.

Ante o exposto, julga-se procedente o presente conflito de jurisdição e declara-se a competência do Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro de Praia Grande, ora suscitado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0036171-24.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante JUÍZO DO SETOR DE VIOLÊNCIA CONTRA INFANTE, IDOSO, PESSOA COM DEFICIÊNCIA E TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS, é suscitado JUÍZO DA VARA DA REGIÃO LESTE 2 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o Conflito de Jurisdição para declarar a competência do Juízo suscitado (Vara da Região Leste 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.608)**

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, 30 de setembro de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO. APURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DISTRIBUIÇÃO À VARA DA REGIÃO LESTE 2 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA. REDISTRIBUIÇÃO AO SETOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA INFANTE, IDOSO, PESSOA COM DEFICIÊNCIA E TRÁFICO INTERNO DE PESSOA. IMPOSSIBILIDADE.

1. De rigor, seria o caso de não conhecimento do conflito, uma vez que ainda não oferecida a denúncia pelo Ministério Público, todavia, tratando-se de questão de suma urgência e que envolve menor e na qual o tempo age em desfavor da vítima, passa-se ao mérito.

2. A dinâmica descrita na denúncia e os demais elementos dos autos apontam para violência fundada no gênero, conforme previsão contida no artigo 5º e 7º,

Acesso ao Sumário

da Lei nº 11.340/06. Entendimento que encontra respaldo em decisões desta Câmara Especial e é corroborado pela Súmula nº 114 deste Tribunal de Justiça.

3. Ressalte-se constar das exposições de motivos do Provimento nº 2.236/2015 do Conselho Superior da Magistratura, que criou o Setor da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de tráfico Interno de pessoas – SANCTVS, que mencionado Setor serviria para suprir o oferecimento de prestação jurisdicional especializada a menores submetidos à violência não alcançados pela Lei Maria da Penha, o que não é o caso dos autos.

4. Ademais, a Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no seu artigo 8º, parágrafo 2º, assinalou que a competência das Varas da Violência Doméstica e do Juizado Especial Criminal Central da Comarca da Capital permanecerá inalterada.

5. Conflito de Jurisdição julgado procedente para determinar o processamento no juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo do Setor de Violência Doméstica contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Tráfico Interno de Pessoa, sob a alegação de que compete ao Juízo da Vara da Região Leste 2 da Violência Doméstica Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista, processar e julgar a ação penal decorrente da prática, em tese, do delito do artigo 217-A, caput, do Código Penal, praticado por H.F.A. contra sua filha, a menor B.H.A., no âmbito da relação doméstica e familiar.

É o relatório.

2. De rigor, seria o caso de não conhecimento do conflito, uma vez que ainda não oferecida a denúncia pelo Ministério Público, todavia, tratando-se de questão de suma urgência e que envolve menor e na qual o tempo age em desfavor da vítima, passa-se ao mérito.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, nos termos do artigo 114, I, do Código de Processo Penal, uma vez que nenhum dos Juízos envolvidos reconhece sua competência para processar e julgar a demanda.

Segundo consta, H.F.A. teria tentado praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra a sua filha, a menor B.H.A., à época dos fatos com 13 (treze) anos de idade. Ao passar a noite na residência do genitor, a criança teria

Acesso ao Sumário

enviado uma mensagem por aplicativo de celular à mãe dizendo que ela estava deitada para dormir quando o acusado passou a mão nas suas nádegas e tentou beijá-la, tendo ela se afastado, impossibilitando que o averiguado lhe beijasse (fls. 02/06 dos autos de origem).

A ação foi distribuída ao Juízo da Vara da Região Leste 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista que determinou, após solicitação do Ministério Público local, a remessa dos autos ao SANCTVS (fls. 56/60 e 62 da origem).

Redistribuída a demanda, o Juízo do Setor de Violência Doméstica contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoa houve por bem suscitar o presente conflito ao argumento de que se trata de crime que envolve violência de gênero e que a idade da vítima é irrelevante para afastar a competência da vara especializada em violência doméstica e familiar contra a mulher e as normas protetivas da Lei Maria da Penha (fls. 81/82 da origem).

Da análise dos fatos apresentados, conclui-se que razão assiste ao suscitante.

A dinâmica envolvendo a vítima e seu agressor enquadra-se no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme previsão contida nos artigos 5º e 7º, da Lei nº 11.340/06.

Ademais, como se pode verificar, os abusos ocorreram em razão da ascendência que o denunciado exercia sobre a pessoa da vítima por conta da relação de afetividade entre eles, ascendência essa passível de dominação (pai e filha), o que configura evidente a situação de subordinação e vulnerabilidade da criança.

A propósito, tal raciocínio encontra-se em compasso com a Súmula 114 deste Tribunal:

> Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.

Observe-se que a descrição dos fatos contida na denúncia e os demais elementos dos autos apontam para violência fundada no gênero – sexo feminino –, o que determina o trâmite da ação perante a Vara de Violência Doméstica.

Ressalte-se que o Provimento nº 2.236/2015 do Conselho Superior da Magistratura, ao apresentar as exposições de motivos para a criação do Setor da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de tráfico Interno de pessoas – SANCTVS – considerou, entre outros, ***"as crianças e***

Acesso ao Sumário

adolescentes do sexo masculino vítimas de violência doméstica não são protegidos na esfera criminal pela Lei Maria da Penha", tornando-se evidente que mencionado Setor serviria para suprir o oferecimento de prestação jurisdicional especializada aos casos de menores submetidos à violência não alcançados pela Lei Maria da Penha, o que não é o caso dos autos.

Consta expressamente da Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no seu artigo 8º, parágrafo 2º, que:

> A competência das Varas da Violência Doméstica e do Juizado Especial Criminal Central da Comarca da Capital permanecerá inalterada.

Nesse sentido tem se firmado a jurisprudência:

> Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de J J DO N I, em face de decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que denegou a ordem no mandamus impetrado perante a Corte a quo. Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal, em continuidade delitiva, pelo juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Ato seguinte, a defesa impetrou habeas corpus alegando a incompetência do juízo sentenciante, perante a Corte de origem. O Tribunal estadual, contudo, denegou a ordem. No presente mandamus, alega a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o juízo da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher é incompetente para julgar a presente lide. Argumenta que verifica-se que o suposto abuso sexual que teria sido praticado contra a menor, não se deu em razão do gênero, e sim em razão de sua imaturidade, podendo inclusive os atos ter sido praticado em desfavor de criança do sexo masculino. Requer a concessão da ordem constitucional para que seja determinado a anulação do processo, desde a denúncia. Indeferida a liminar, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do mandamus. É o relatório.
>
> DECIDO.
>
> [...]
>
> Dessa forma, nota-se que caracteriza-se a violência doméstica e familiar nos casos em que o delito é cometido com base no gênero, em qualquer relação íntima de afeto, no qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida.
>
> No presente caso, tem-se que as instâncias de origem consignado expressamente que bem caracterizada está a violência de gênero, uma vez que o crime foi supostamente praticado contra criança subjugada pela sua condição específica (sexo feminino) e em âmbito doméstico e familiar. Dessa forma, a alteração de tal entendimento, no sentido de que o delito não foi praticado em razão do gênero da vítima, mas sim de sua imaturidade demandaria a análise de matéria fático-probatória, o

Acesso ao Sumário

que é vedado na via eleita. Nesse norte: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º E 3º, AMBOS DO CP E 7º DA LEI Nº 12.015/2009. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE. SÚMULA 283/STF. OFENSA AOS ARTS. 593, I, E 158, AMBOS DO CPP. RAZÕES DA APELAÇÃO DO MP APRESENTADAS FORA DO PRAZO LEGAL. MERA IRREGULARIDADE. ESTUPRO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. MALFERIMENTO DO ART. 20 DA LEI Nº 11.697/2008. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]. 4. Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, que com base em dados concretos dos autos, entendeu que a conduta criminosa se deu num "contexto de prevalência de relações domésticas (...), atraindo, portanto, a competência de juizado especial de violência doméstica" (fl. 471), seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 743.421/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015).

Ante o exposto, denego o habeas corpus.

(HC 445.912/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2018, DJe 28/06/2018).

CONFLITO POSITIVO DE JURISDIÇÃO. REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL PELA CONCESSÃO DE MANDADO DE PRISÃO TEMPORÁRIA PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. GENITOR ACUSADO DE, EM TESE, PRATICAR O CRIME DE ESTUPRO CONTRA A FILHA. VIOLÊNCIA MOTIVADA NO GÊNERO FEMININO. RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO OU VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 4º E 5º DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DA JUÍZA SUSCITADA DA VARA REG. SUL 1 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DA VILA PRUDENTE. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0021750-34.2018.8.26.0000; Relator: Campos Mello (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional da Vila Prudente; Data do Julgamento: 10/12/2018);

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. Apuração do crime de estupro de vulnerável cometido, em tese, pelo genitor contra a própria filha. Fato que caracteriza violência doméstica no âmbito familiar. Violência em razão do gênero. Incidência da Lei 11.340/06. Competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Súmulas 114 e 156 desta Corte. Conflito procedente. COMPETÊNCIA DO JUÍZO

Acesso ao Sumário

SUSCITADO. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0039424-93.2016.8.26.0000; Relator: Alves Braga Junior; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guarulhos – 1 ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/12/2016).

E mais especificamente a respeito da ausência de competência do SANCTVS, em casos assemelhados ao aqui apresentado, citam-se acórdãos proferidos por esta Câmara Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INQUÉRITO POLICIAL E AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO DE PROVAS. VÍTIMA DO GÊNERO FEMININO MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. COMPETÊNCIA DA VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 1. Inquérito policial distribuído ao Juízo da Vara de Violência Doméstica. Posterior ajuizamento de ação cautelar de produção antecipada de provas pelo Ministério Público. Declinação de competência e remessa dos autos ao Juízo do SANCTVS para julgamento do crime de estupro de vulnerável, supostamente praticado pelo acusado contra sua filha. Descabimento. 2. Tenra idade da vítima que não afasta a competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica. Competência do Juízo do SANCTVS que abrange apenas casos que não ensejam a aplicação da Lei nº 11.340/2006. Inteligência da Exposição de Motivos do Provimento CSM nº 2.236/2015, bem como do art. 8º, § 2º, da Resolução nº 780/2017 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça. Acusado que se valeu especialmente da vulnerabilidade decorrente do gênero da ofendida para a prática do delito de natureza sexual. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da Vara da Região Leste de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0023891-21.2021.8.26.0000; Relatora: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional V – São Miguel Paulista – Vara Reg. Leste 2 de Viol. Dom. e Fam. Cont. Mulher; Data do Julgamento: 21/09/2021; Data de Registro: 21/09/2021).

Conflito de Jurisdição – Apuração de eventual prática de crime de estupro de vulnerável praticado pelo pai em desfavor de sua filha criança – Ação cautelar de produção antecipada de provas e inquérito policial distribuídos ao Juízo do Setor de Atendimento de Crimes da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoas (SANCTVS) – Redistribuição à Vara Regional Sul 1 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional IX – Ausência de denúncia. 1. De rigor, seria caso de não conhecimento do conflito. Todavia, tratando-se de questão de suma urgência, que envolve menor e na qual o tempo age em desfavor da vítima, passando-se ao mérito. 2. Os elementos dos autos apontam para violência fundada no gênero, conforme previsão contida no artigo 5º, da Lei nº 11.340/06. Entendimento que encontra respaldo em decisões desta Câmara Especial e é corroborado pela Súmula nº 114 deste Tribunal de Justiça. 3. Ressalte-se constar das exposições de motivos do Provimento nº 2.236/2015

Acesso ao Sumário

do Conselho Superior da Magistratura que criou o Setor da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de pessoas – SANCTVS, que mencionado Setor serviria para suprir o oferecimento de prestação jurisdicional especializada a menores submetidos à violência não alcançados pela Lei Maria da Penha, o que não é o caso dos autos. 4. No mais, a Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no seu artigo 8º, parágrafo 2º, assinalou que a competência das Varas da Violência Doméstica e do Juizado Especial Criminal Central da Comarca da Capital permanecerá inalterada. 5. Conflito de Jurisdição julgado procedente, para determinar o processamento junto ao Juízo Suscitado (Vara Regional Sul 1 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional IX – Vila Prudente). (TJSP; Conflito de Jurisdição 0016425-73.2021.8.26.0000; Relator: Magalhães Coelho (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – SANCTVS – Setor de Atend. de Crimes contra Infante, Idoso, Deficiente e Vít. Tráf. Int. Pessoas; Data do Julgamento: 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021).

CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Inquérito Policial instaurado para apurar a prática dos delitos previstos no art. 217-A, do Código Penal – Autor dos fatos que, supostamente, praticou ato libidinoso contra seus filhos, menores de 14 anos à época dos fatos, em ambiente doméstico – Incidência da Lei nº 11.340/06 – Competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – Súmula 114 do TJSP – Entendimento firmado por esta C. Câmara Especial – Competência do SANCTVS que abrange apenas os casos não alcançados pela Lei Maria da Penha – Inteligência do art. 8º, parágrafo 2º, da Resolução nº 780/2017, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça – Atos ilícitos praticados contra o ofendido do gênero masculino, que ocorreram nas mesmas circunstâncias daqueles perpetrados contra a vítima do gênero feminino – Conexão probatória entre os delitos – Inteligência do art. 76, III, do CPP – Economia processual – Desmembramento que poderia acarretar situação de revitimização dos menores – Precedentes – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado (Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Regional VI – Penha de França). (TJSP; Conflito de Jurisdição 0014339-32.2021.8.26.0000; Relator: Guilherme G. Strenger (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – SANCTVS – Setor de Atend. de Crimes contra Infante, Idoso, Deficiente e Vít. Tráf. Int. Pessoas; Data do Julgamento: 23/08/2021; Data de Registro: 23/08/2021).

Acesso ao Sumário

Assim, uma vez que a violência se deu em face de menor do sexo feminino e envolvendo vínculo de afeto entre o agressor e a vítima, sua filha, aproveitando-se da relação de convívio entre eles, deverá a demanda ser processada perante a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

3. Do exposto, **configurado o conflito de jurisdição, declara-se compe-**

tente o Juízo suscitado (Vara da Região Leste 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista).

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2180377-97.2021.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente M.F.L.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.694)**

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, 9 de setembro de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes – Representação julgada procedente, com aplicação de medida socioeducativa de internação – Pedido de modificação da medida fixada na r. sentença – Alegação de coação ilegal fundada no descabimento da medida em razão da natureza da infração e na ocorrência de violação ao disposto nos artigos 122 e 124, *caput*, incisos VI e VII, ambos da Lei nº 8.069/90 e 35, inciso IX, e 49, *caput*, inciso II, ambos da Lei nº 12.594/12 – Ausência de ilegalidade – Ato infracional que expõe a adolescente a grave situação de risco – Medida mais rigorosa necessária, como forma

Acesso ao Sumário

de materializar o princípio da proteção integral – Internação adequada, diante das peculiaridades do caso concreto – Inexistência de unidade de internação na Comarca de residência da paciente não justifica sua liberação ou atenuação da medida – Previsão de auxílio financeiro para deslocamento da família, de molde a permitir a presença dos familiares no processo de ressocialização – Inexistência de violação às diretrizes traçadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo Conselho Nacional de Justiça acerca da situação de pandemia decorrente do novo coronavírus (COVID-19) – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

VOTO

VISTOS.

A Defensoria Pública impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor *M.F.L.S.*, que foi responsabilizada pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, com aplicação de internação, por prazo indeterminado (Processo nº (...), da (...) e execução nº (...), do (...)).

Sustenta, em síntese, estar a paciente sofrendo constrangimento ilegal: a) porque ausentes os requisitos autorizadores da internação, uma vez não verificadas quaisquer das hipóteses taxativas do artigo 122 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); b) por carência de fundamentação da r. decisão; c) por violação ao disposto na Lei 12.594/12 – SINASE; na Constituição Federal e, ainda, à Súmula 492, do Colendo STJ. Aduz que a paciente, primária, está internada em local diverso do de sua residência familiar, em descumprimento ao artigo 49, II, do SINASE. Argui, ainda, que a liberação da paciente é medida que se impõe, tendo em vista a situação de pandemia pelo COVID-19.

Por isso, pleiteia o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da ordem, *"para cassar a decisão de primeiro grau que manteve ilegalmente a medida de internação por tempo indeterminado da adolescentes, aplicando-se medida em meio aberto"* (fls. 10).

Indeferida a liminar e dispensadas as informações (fls. 65/72), em seu parecer a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 80/87).

É o relatório.

Desde logo, anoto que, conquanto exista recurso específico para se impugnar sentença (apelação), a jurisprudência desta Colenda Câmara Especial, relativizando tal regra, tem admitido o exame da matéria ora versada pela via

Acesso ao Sumário

estreita e célere do *habeas corpus*.

A propósito:

"Embora haja no aspecto certa controvérsia quanto ao cabimento do writ *como substituto recursal, conforme exposto brilhantemente pela i. Procuradoria Geral de Justiça, verifica-se como producente o seu conhecimento com a negativa da ordem, haja vista que a decisão combatida não revela qualquer ilegalidade"* (TJSP – Câmara Especial – *Habeas Corpus Cível* nº 2187529-70.2019.8.26.0000 – Rel. Des. RENATO GENZANI FILHO – j. 03.10.2019 – V.U.)

"Cumpre anotar, por necessário, que sempre entendi que a via excepcional do habeas corpus não pode ser usada como substitutivo de recurso próprio, como, no caso, o de apelação, de modo que o presente mandamus não comportaria sequer conhecimento pelo primeiro motivo. Contudo, ressalvado o meu entendimento e curvando-me à orientação majoritária desta Colenda Câmara Especial, objetivando, exclusivamente, a preservação da uniformidade de julgamentos, passo a apreciar o mérito do pedido" (TJSP – Câmara Especial – *Habeas Corpus Cível* nº 2252478-06.2019.8.26.0000 – Rel. Des. FERNANDO TORRES GARCIA – j. 13.12.2019 – V.U.)

Isto posto, tenho para mim que se afigura correta, na hipótese *sub judice*, a conservação da medida socioeducativa de internação, eis que bem fundamentada, pelo MM. Juízo *a quo*, sua aplicação, haja vista a necessidade e excepcionalidade delineadas no caso concreto.

Veja-se que o MM. Juízo *a quo*, ao impor a medida extrema, invocou os seguintes fundamentos:

"(...) Resta determinar qual medida socioeducativa, com finalidade pedagógica, deve ser aplicada ao adolescente, pessoa em desenvolvimento. A representada, embora não ostente condenação, possui antecedente, sujeitando-se à remissão com aplicação de liberdade assistida (Execução (...)), a revelar que medidas mais amenas não serviram à melhora de comportamento. Diante desse quadro, entendo que a medida de internação, de caráter excepcional, seria a única pertinente, haja vista que as outras mostram-se demasiadamente brandas para a adolescente em questão, que praticou ato infracional de extrema gravidade. A permanência da representada em liberdade é fato que causa prejuízo concreto não só à ordem pública, mas também e principalmente ao próprio desenvolvimento mental dela, pois a família não consegue educá-la corretamente e nem afastá-la do mundo delinquencial. Esses freios e os aconselhamentos necessários haverão de ser obtidos na Fundação CASA, junto à competente equipe de profissionais técnicos que lá atua. No mais, o relatório polidimensional, embora traga algumas informações positivas no âmbito pedagógico, também revela comportamento agressivo e dificuldade em cumprir as regras da fundação CASA, não se podendo olvidar, também, do envolvimento em fatos graves ocorridos em período recente – fls.

Acesso ao Sumário

94/101. (...) Cabe ressaltar que os pais/responsáveis poderão manter seus vínculos afetivos, visitando o representado durante o período em que permanecerá internado" (fls. 51/52).

E sobredito *decisum*, além de suficientemente motivado, nos moldes do disposto no artigo 93, inciso IX, do Texto Magno e demais dispositivos legais aplicáveis à hipótese (como se verifica a partir da simples leitura da transcrição *supra*), deu solução jurídica correta ao caso em análise, devendo, pois, ser conservado.

Com efeito, extrai-se dos autos ter a paciente sido surpreendida quando trazia consigo, para fins de tráfico, 15 (quinze) porções de "maconha", totalizando 30,61g (trinta gramas e sessenta e um decigramas) – conjuntura esta que evidencia, sem sombra de dúvidas, tanto a gravidade concreta da hipótese em tela, quanto a necessidade de se dispensar tratamento mais rigoroso à infratora.

A esta altura, convém abrir um parêntese para salientar ser da ciência desta Relatoria que a gravidade *genérica* do ato infracional equiparado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes é insuficiente, *de per si*, para atrair a automática imposição ao adolescente da medida socioeducativa de internação, *ex vi* do disposto no artigo 122, *caput*, inciso I, da Lei nº 8.069/90 e no enunciado da Súmula nº 492 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre, entretanto, que, na situação ora posta em julgamento, há fundamentos de ordem concreta – a saber, as especificidades da hipótese vertente (conforme exposto linhas atrás) – a recomendar maior atenção no tocante ao processo de desenvolvimento interpessoal, ressocialização e reeducação da adolescente, tudo a demonstrar a insuficiência, dados os graves contornos fáticos da causa *sub judice*, da pretendida adoção de medida socioeducativa mais branda.

Não bastasse isto, tem-se ainda que, como bem observou o MM. Juízo sentenciante, a adolescente ostenta histórico infracional precedente, já tendo sido apreendida pela prática de ato infracional semelhante ao ora em tela, tanto que estava cumprindo medida socioeducativa de liberdade assistida quando voltou a delinquir (Execução (...)).

Acesso ao Sumário

Destarte, verifica-se que a representada necessita de direcionamento e suporte com vistas ao fortalecimento do processo de valorização pessoal, compreensão de seu papel e efetivação de um projeto de vida, sendo imprescindível o acompanhamento por equipe multiprofissional, inserção em núcleo escolar e curso profissionalizante, o que, associado à gravidade da conduta, permite inferir que a adoção de medida mais branda seria inócua.

E não há nos autos elementos a demonstrar que a adolescente, sozinha, reúna condições de se recuperar se adotada medida socioeducativa outra, que não a internação, como postulado pela defesa.

Caso colocada em meio aberto, possivelmente não receberia o auxílio e a

orientação eficazes para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos, a ponto de se afastar do meio criminoso em que se encontra inserida.

Em suma, diante das peculiaridades do ato infracional e das condições pessoais da adolescente, a medida de *internação*, além de necessária, é a mais adequada a viabilizar o seu processo de reeducação e ressocialização, ao menos por ora.

Noutro vértice, afeiçoa-se igualmente desarrazoada a pretensão defensiva de substituição da medida socioeducativa de internação por outra em meio aberto com base, apenas e tão-somente, na circunstância de estar a adolescente internada em local diverso do de sua residência familiar.

Quanto à matéria ora trazida à baila, impõe-se anotar, a título de premissa inicial, ser inegavelmente recomendável que o cumprimento da medida socioeducativa imposta ao adolescente venha a ser efetivado em local próximo ao do domicílio de seus pais ou responsáveis, de molde a fortalecer os seus vínculos familiares.

Porém, é igualmente certo que tal circunstância, por si só, não se presta a justificar a colocação do infrator em meio aberto, tampouco a ensejar a atenuação da medida socioeducativa a ele imposta, haja vista que o exame da questão perpassa, de forma inarredável, por outros influxos (tais como disponibilidade de vagas e superlotação das unidades, compatibilidade etária dos reeducandos, periculosidade dos internos, etc.).

Nesta linha de raciocínio, desponta como óbvio que o regramento contido no artigo 49, *caput*, inciso II, da Lei do SINASE não pode ser analisado pelo Julgador de forma isolada, passando ao largo das especificidades do ato perpetrado, sob pena de materializar-se situação apta a preservar a exposição do adolescente aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional.

Ainda nesta esteira de pensamento, há que se reconhecer também que o comando inserto no artigo 35, inciso IX, da Lei nº 12.594/12 não confere ao infrator direito absoluto e irrestrito a ser agraciado com medida socioeducativa em meio aberto por força da mera inexistência de vaga em localidade próxima ao domicílio de seus familiares.

Registre-se que os desígnios, tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto da Lei nº 12.594/12, de que o reeducando venha, ao longo de seu processo socioeducativo, a receber intenso (e indispensável) acompanhamento familiar, a fim de restabelecer ou conservar seus vínculos afetivos e sociais, não caem por terra em virtude, pura e simplesmente, da manutenção do adolescente em unidade situada em local diverso do de sua residência familiar.

E isto se dá em virtude da existência de previsão, em nosso ordenamento jurídico, da concessão de auxílio financeiro aos familiares de adolescentes que cumpram medida socioeducativa de internação, a fim de fazer frente às despesas

Acesso ao Sumário

por eles suportadas em seus deslocamentos até a respectiva unidade da Fundação CASA.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente:

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO EM ATO INFRACIONAL. CUMPRIMENTO ANTERIOR DE MEDIDA MAIS BRANDA PELO MESMO ATO. MEDIDA JUSTIFICADA. NÚMERO MÍNIMO DE INFRAÇÕES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. ART. 49, II, DA LEI N. 12.594/2012. AUSÊNCIA DE VAGA NA COMARCA DE RESIDÊNCIA DOS FAMILIARES DO MENOR. INTERNAÇÃO EM LOCALIDADE DIVERSA. POSSIBILIDADE. DIREITO NÃO ABSOLUTO. EXCEPCIONALIDADE JUSTIFICADA. PRECEDENTES. UNIDADE DE INTERNAÇÃO PRÓXIMA. ACOMPANHAMENTO FAMILIAR ASSEGURADO.* HABEAS CORPUS NÃO *CONHECIDO. (...) III – 'In casu', a internação do adolescente está fundamentada em elementos concretos extraídos dos autos que demonstram a incidência da hipótese prevista no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que ao paciente já foi imposta prévia medida socioeducativa mais branda pelo mesmo ato infracional, no ano de 2014. IV – A jurisprudência deste Tribunal Superior tem-se firmado no sentido de que o direito previsto no art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012 não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, a execução da medida socioeducativa de internação em localidade diversa da comarca de residência dos familiares ou responsáveis do menor quando as circunstâncias do caso concreto não recomendarem a substituição da medida imposta por outra a ser cumprida em meio aberto, ainda que o ato infracional tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça. Precedentes. V – No presente caso, a reiteração em ato infracional não recomenda a substituição da medida imposta por outra em meio aberto, restando devidamente justificada a execução da medida em localidade diversa. Ademais, a Unidade de internação de Franco da Rocha/SP está situada a apenas 42 Km da cidade de origem do menor e de seus familiares, o que atende aos preceitos estabelecidos no art. 124, VI, do ECA e no art. 35, IX, da Lei n. 12.594/2012.* Habeas corpus não conhecido" (STJ, HC 383.808/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, j. em 21/03/2017).

Cumpre anotar, por fim, não ter sido demonstrada a circunstância de se encontrar, a ora paciente, inserida em qualquer das situações previstas nos Provimentos 2.456/20 e 2.565/20 do Conselho Superior da Magistratura deste Tribunal e nas diretrizes traçadas, acerca da questão pertinente à situação de pandemia decorrente do novo coronavírus (COVID-19), pelo Conselho Nacional de Justiça.

Destarte, inexiste, na espécie, qualquer constrangimento ilegal contra a

Acesso ao Sumário

paciente a ser sanado pelo remédio heroico.

Diante do exposto, *denego a ordem*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2189081-02.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente A.A.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem para extinguir a medida de prestação de serviços à comunidade imposta ao paciente, nos termos do artigo 46, II, do SINASE. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.629)**

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, 7 de outubro de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Execução de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade – Ato infracional equiparado a roubo – Decisão que indeferiu o pedido de extinção da medida – Relatórios técnicos evidenciaram o atingimento dos objetivos ressocializadores – Jovem que conta com 17 anos de idade, trabalha e não teve novo envolvimento infracional – Suspensão do cumprimento da medida socioeducativa em meio aberto por circunstância alheia à vontade da adolescente (pandemia global – COVID-19) – Medida de liberdade assistida em andamento até cumprimento integral das metas do PIA – Possibilidade de extinção – Ordem concedida.

VOTO

Vistos etc.

I. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela De-

Acesso ao Sumário

fensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de A.A.S., nascido em (...), em razão de decisão que indeferiu a extinção da medida de prestação de serviço imposta cumulativamente com a medida de liberdade assistida ao paciente pela prática de ato infracional equiparado a roubo (fls. 190/192).

II. Sustenta, em síntese, ilegalidade da decisão que manteve a prestação de serviços à comunidade diante de laudo técnico fornecido pela equipe técnica do Serviço de Medida Socioeducativa em Meio Aberto (SMSE/MA), que sugeriu sua extinção. Nesses termos, aduz violação aos artigos 1º, § 2º e 35 da Lei nº 12.594/2012. Alega que o adolescente não se envolveu em qualquer situação desabonadora desde março de 2019. Acrescenta que se não fosse a pandemia, a medida já teria sido completamente cumprida. Por fim, menciona a Recomendação Conjunta nº 1/2020 do Presidente do CNJ, do Presidente do CNMP, do Ministro da Cidadania e da Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

Pleiteia, assim, em liminar, a suspensão da medida de prestação de serviços à comunidade. No mérito, requer a concessão da ordem para determinar a extinção da medida (fls. 01/09).

III. Após conclusão dos autos, a liminar foi deferida, conforme decisão a fls. 202/206.

IV. O MM. Juízo prestou informações a fls. 214/222.

V. A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 225/227).

VI. Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A ordem deve ser concedida, ratificada a liminar.

Verifica-se dos autos que o adolescente foi representado pela prática de ato infracional equiparado a roubo (art. 157, § 2º, II do CP), praticado em abril de 2019, representação esta julgada procedente pelo Juízo *a quo*, sendo-lhe aplicadas as medidas de liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade (fls. 16/17).

Acesso ao Sumário

Em abril do presente ano sobreveio parecer técnico favorável, sugerindo a extinção da medida de prestação de serviços à comunidade (fls. 171/175).

O magistrado indeferiu a extinção da execução ao fundamento de o adolescente não ter cumprido a integralidade das horas fixadas na sentença, bem como a inexistência de comprovação dos objetivos previstos no artigo 1º, § 2º da Lei nº 12.594/2012.

Contudo, em que pese a r. decisão, constam nos relatórios de acompanhamento que o adolescente iniciou o cumprimento da medida de prestação de serviços à comunidade junto a unidade acolhedora Centro da Juventude Helena

Portugal, onde comparecia todas as sextas-feiras, no período da manhã, auxiliando nas rotinas administrativas e pedagógicas. Posteriormente, em novembro de 2019, mudou para unidade acolhedora Associação Mutirão dos Pobres, realizando atividades gerais de organização do espaço (fls. 31/32, 34, 45/46, 59/60, 73/77, 95/103, 109/113, 123/126, 136/141 e 147/151).

Pontua-se que quando necessitou faltar o adolescente sempre justificou (fls. 88/89).

Nota-se que o adolescente cumpriu 36 horas das 48 horas fixadas na sentença (fl. 174). Restavam apenas 12 horas quando sobreveio o primeiro provimento CSM 2546/2020, publicado no DJe em 19/03/2020, que determinou a suspensão do cumprimento das medidas.

Verifica-se no parecer de encerramento da medida que a equipe do SMSE/MA que o jovem *"cumpriu a medida de PSC com comprometimento, realizando todos os combinados com a unidade acolhedora, sempre mostrando empenho e interesse, engajamento das atividades propostas e apresenta um vínculo fortalecido com os funcionários da unidade acolhedora, que sempre que solicitados, apresentam bons relatos a respeito da postura de A."* (fl. 174).

Importa ainda registrar que *"a suspensão da Medida Socioeducativa acabou prejudicando o período de cumprimento da medida a ele imposta, já que o mesmo estava cumprindo de forma pontual e satisfatória, sendo que o período de suspensão, excede expressivamente o período real de cumprimento"* (fl. 174).

Salienta-se que, no tocante à medida de liberdade assistida, recentemente, aos 08/09/2021, o jovem compareceu ao SMSE/MA ALPS Jaçanã para dar continuidade ao cumprimento de forma presencial (fl. 211 dos autos da execução), o que demonstra comprometimento e responsabilidade.

De acordo com os relatórios de acompanhamento, o adolescente responde de forma receptiva os contatos, é comunicativo, está morando com a genitora e exerce atividade laborativa em uma lava rápido (fls. 174/175).

Diante deste cenário, há de se reconhecer que os relatórios corroboram o acerto da extinção da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, considerando o respaldo familiar, a postura adequada, cumprimento adequado da medida mais gravosa (liberdade assistida, ainda em andamento) e desenvolvimento de atividades que direcionam o adolescente para escolhas saudáveis socialmente.

Ainda que o jovem não tenha cumprido as horas inicialmente fixadas, a prestação de serviços à comunidade foi suspensa por conta da pandemia do coronavírus, em observância à decisão do Conselho Superior da Magistratura e da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, circunstância alheia à vontade do paciente.

Imperioso destacar que a suspensão da medida perdurou por todo o ano de 2020, nos termos do Provimento 2572/2020 (publicado no DJe em 18/08/2020)

Acesso ao Sumário

e dos Comunicados do CSM nº 126/2020, 160/2020, 183/2020, 221/2021, 272/2021 e 309/2021 (DJe de 21/05/2021), o que impediu que o adolescente cumprisse a integralidade das horas fixadas.

Ademais, considera-se que o adolescente está em meio aberto há tempo considerável e não consta tenha tido qualquer envolvimento ilícito desde então, o que demonstra o sucesso do processo ressocializador, ainda que de forma remota.

Importa ainda registar que a medida de liberdade assistida está em andamento, sendo o jovem acompanhado até que as metas de seu PIA sejam integralmente alcançadas, em todas as áreas (educação, saúde, formação profissional, documentação, cultura e trabalho), com possibilidade de novos avanços (fls. 171/175).

Desse modo, em prestígio aos princípios da mínima intervenção, brevidade e da atualidade, não há mais fundamento para se manter a medida de prestação de serviço à comunidade (artigo 35, incisos V e VII da Lei do SINASE).

Daí o porquê, concede-se a ordem para extinguir a medida de prestação de serviços à comunidade imposta ao paciente, nos termos do artigo 46, II, do SINASE.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Infância e Juventude nº 2130915-74.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é impetrante L.A.S.J. (MENOR), é impetrada M. J. DE D. DA V. DA I. E J. DE P. G.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial 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 33.791)**

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).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 14 de outubro de 2021.
XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Mandado de segurança – Adolescente que foi representado pela suposta prática de ato infracional equiparado a roubo, tendo o feito sido arquivado por falta de provas – Após arquivamento dos autos, o jovem ingressou com embargos de declaração pretendendo a exclusão dos dados correspondentes nos cadastros públicos, tendo sido rejeitados, sob o fundamento de que não se cuida da via adequada, além da ausência de qualquer prova do constrangimento alegado – Impetração do presente mandado de segurança visando à exclusão dos apontamentos desabonadores do adolescente, com fulcro no artigo 202, da Lei de Execução Penal – Acolhimento parcial – A despeito de o adolescente ter demonstrado seu inconformismo, através do presente 'mandamus', contra decisão que rejeitou embargos declaratórios por não ter sido eleita a via adequada, justifica-se, excepcionalmente, na defesa dos direitos das crianças e adolescentes, à luz do disposto no artigo 227, da Constituição Federal, e também em homenagem ao princípio da instrumentalidade, inserto no artigo 188 do Código de Processo Civil, a análise do presente pedido do adolescente relativo à preservação de sua privacidade e intimidade – Por analogia, aplicam-se o artigo 93, do Código Penal, artigo 748, do Código de processo Penal e artigo 202, da Lei de Execução Penal – As informações relativas a inquérito policial e processo criminal, em situação de absolvição ou extinção da punibilidade, não devem ser apagadas ou excluídas, mantendo-se, porém, o competente sigilo – Precedentes – Segurança concedida parcialmente.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por L.A.S.J., nascido em (...), contra ato da MMª Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande, que, sob o fundamento de não se tratar da via adequada e não existir prova do constrangimento alegado, rejeitou os embargos

Acesso ao Sumário

declaratórios, opostos com vistas à exclusão de informações do banco de dados do Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt – IIRGD, relacionadas aos autos nº (...), arquivados por falta de provas, na forma do artigo 180, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em suas razões, o impetrante alega que tem enfrentado diversas dificuldades para ingressar no mercado de trabalho e sofre constrangimento sempre que abordado por autoridades policiais, razão pela qual pretende a exclusão das informações relativas a ele do cadastro do IIRGD e de todos os demais arquivos não-judiciais, inclusive álbuns de fotografia de pessoas suspeitas que se localizam nas delegacias da Baixada Santista.

Sustenta, ainda, violação aos artigos 748, do Código de Processo Penal e artigo 202, da Lei de Execução Penal, que preceituam a impossibilidade de acesso às informações do impetrante, salvo se requerido por ele ou pelo juiz, devendo prevalecer o direito constitucional à sua dignidade (fls. 1/10).

A liminar foi indeferida (fls. 58/61), foram prestadas informações às fls. 64/65 e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela concessão parcial da segurança (fls. 68/75).

É o relatório.

O mandado de segurança comporta parcial acolhimento.

Segundo o apurado, foi instaurado inquérito policial para investigação de suposto ato infracional análogo ao crime de roubo em face do adolescente L.A.S., ora impetrante e o Ministério Público, entendendo inexistir lastro probatório mínimo, promoveu seu arquivamento. Após, houve homologação do arquivamento do inquérito policial, nos termos do artigo 18 do Código de Processo Penal, por analogia. E, ao invés de formular pedido perante órgão público no sentido de ser determinada a exclusão de seus dados dos bancos de dados governamentais, optou em opor embargos declaratórios com este fito. Houve por bem o juízo, apontado como autoridade coatora, em rejeitar os embargos, sob o fundamento de não se tratar da via adequada e de que não há prova do constrangimento alegado (fls. 64/65).

Acesso ao Sumário

De início, em respeito aos superiores interesses do adolescente e também ao princípio da instrumentalidade, ainda que o presente mandado de segurança tenha se insurgido contra a decisão que rejeitou embargos de declaração, por não ser a via adequada para seu inconformismo, tem-se que, excepcionalmente, é o caso de se apreciar a pretensão do impetrante no caso, como bem anotado, aliás, no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, *verbis*:

"Nesse cenário, imperfeições técnicas ou omissões cedem ao Princípio da Superioridade do Interesse da Criança e do Adolescente e justificam, salvo melhor juízo, o acolhimento parcial da pretensão, eis que, se de um lado, estão presentes os requisitos autorizadores do pleito, do outro há exigência de que o

adolescente busque a defesa de seus interesses através de demanda própria, que afiguraria demasiada e onerosas e prolongadas, o que equivaleria a fazer tábula rasa dos seus direitos, em relação aos quais não é dado ao Estado transigir, mas assegurá-los" (fl. 71 – grifei).

No mais, é de entendimento sedimentado por esta Egrégia Corte de Justiça que as informações relativas a inquérito policial e processo criminal, em casos de absolvição ou extinção de punibilidade, não devem ser excluídas, sendo protegidas, porém, pelo sigilo.

Nesse sentido vale destacar os seguintes julgados:

"(...) tanto o indiciado cujo inquérito foi arquivado, o reabilitado, o absolvido, ou aquele que já cumpriu ou teve a pena extinta, fazem 'jus' ao necessário sigilo das informações, tanto por parte do IIRGD como pelo Cartório do Distribuidor Criminal, seguindo as regras vigentes para a espécie (...)" (Mandado de segurança nº 2072554-06.2017.8.26.0000, Rel. Des. Paiva Coutinho, j. 2.08.2017).

"Convém ressaltar que o cancelamento dos registros assentados no IIRGD é inviável, pois sua inscrição encontra amparo legal.

Por certo que a limitação quanto à divulgação desses dados criminais não poderá ser feita em determinadas hipóteses, conforme artigo 291, da Constituição do Estado de São Paulo:

'Art. 291 – Todos terão o direito de, em caso de condenação criminal, obter das repartições policiais e judiciais competentes, após reabilitação, bem como no caso de inquéritos policiais arquivados, certidões e informações de folha corrida, sem menção aos antecedentes, salvo em caso de requisição judicial, do Ministério Público, ou para fins de concurso público.'" E adiante: *"Ressalte-se que o cancelamento ou exclusão desses dados no computador tornariam incompletos os lançamentos, impossibilitando o fornecimento de informações autênticas na hipótese de requisição judicial e em outros casos previstos em lei, como para fins de concurso público"* (Mandado de segurança nº 2014033-05.2016.8.26.0000, Rel. Des. Borges Pereira, j. 22.03.2016).

De rigor a aplicação analógica de alguns dispositivos legais da seara criminal, a saber:

Nos exatos termos do artigo 93, do Código Penal, *"A reabilitação alcança quaisquer penas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação"* (grifei).

Segundo o artigo 748 do Código de Processo Penal, *"A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal."*

Preceitua o artigo 202 da Lei de Execuções Penais, *"Cumprida ou extinta*

Acesso ao Sumário

a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei".

Nesse cenário, *"não há que se excluir absolutamente os registros, mas submetê-los a efetivo sigilo, de modo que apenas e tão somente as autoridades competentes possam, se o caso, acessá-los"* (fl.73).

Pelo exposto, **concedo parcialmente a segurança** na forma acima.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2090537-81.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada ELVIRA CARDIERI ROSA – ESPÓLIO.

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 44.356)**

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, 9 de setembro 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). Legitimidade ativa dos poupadores e de seus sucessores, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do IDEC (tema 948). Juros de mora. Termo inicial. Citação do devedor na fase de conhecimento (tema 685). Juros remuneratórios. Incidência (tema 887). Razões recursais, no mais, impertinentes nesta via recursal. Decisão mantida. Recurso desprovido, na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

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, 1.438.263/SP, 1.362.022/SP, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP e 1.392.245/DF, 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) necessidade de sobrestamento do recurso especial com base no decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, que afetou ao regime dos recursos repetitivos a discussão atinente à legitimidade ativa do poupador; (c) imprescindibilidade de prévia liquidação de sentença; (d) 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; e (e) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios.

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.

Acesso ao Sumário

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, ao julgar 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).

A propósito da legitimidade ativa, julgados os Recursos Especiais nºs 1.438.263/SP e 1.362.022/SP sob o regime dos recursos repetitivos, a mesma E. Corte decidiu que, *"em ação civil pública proposta por Associação, na condição de substituta processual de consumidores, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à Associação promovente"* (tema 948).

Além do mais, julgados os Recursos Especiais repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, o E. STJ 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).

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o E. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887). Confira-se a fls. 151/155.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 56/67) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) observância da necessidade de liquidação em razão das peculiaridades do caso concreto; (b) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (c) fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; e (d) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença.

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

Acesso ao Sumário

Falcão, DJe de 10.4.2018).

De resto, afasto o pedido de observância do Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP, julgado no E. Supremo Tribunal Federal sob sistemática da repercussão geral, 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 1017354-17.2019.8.26.0564/50001, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado T.S.S. (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 58.566)**

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 DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 13 de setembro de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. 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 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

Acesso ao Sumário

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. 485/490 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 1030, § 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 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."*

Acesso ao Sumário

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. 333/347 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 contra o Município de São Bernardo do Campo e o ora agravante, 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 São Paulo de buscar o seu ressarcimento pelos demais meios legais.

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 2239265-98.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Matão, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada LELIANE MARIA BIGAL.

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 44.508)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente),

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

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 setembro 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. Juros remuneratórios posteriores a título de correção monetária plena do débito. Incidência (tema 887). Ilegitimidade ativa da poupadora, juros de mora, expurgos inflacionários referentes aos Planos Collor I e II e aplicação da tabela prática do E. TJSP para a atualização monetária do débito. Ausência de questionamento no V. Acórdão recorrido. 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 a orientação estabelecida pelo E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.392.245/DF, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) necessidade de sobrestamento do feito pelo prazo de vinte e quatro meses, a fim de possibilitar a adesão da poupadora ao acordo coletivo homologado pelo E. Supremo Tribunal Federal; (b) obrigatoriedade de suspensão do recurso até o julgamento final do Recurso Especial nº 1.438.263/SP; (c) ilegitimidade ativa da poupadora não associada ao IDEC, conforme entendimento firmado pela E. Suprema Corte nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP; (d) que os juros remuneratórios devem ter incidência única no mês do suposto pagamento a menor, pelos índices da caderneta de poupança; (e) que os juros de mora somente devem incidir a partir da citação para a liquidação/cumprimento de sentença; e (f) que não é possível a inclusão de expurgos inflacionários referentes aos Planos Collor I e II, bem como a aplicação da tabela

Acesso ao Sumário

prática do E. TJSP para a atualização monetária do débito, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, no que diz respeito aos juros remuneratórios posteriores, o E. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu que: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887). Confira-se a fls. 108/111.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 23/27) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela aplicação dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP, é inviável a revisão da decisão nesta Câmara Especial de Presidentes em agravo interno em recurso especial, 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.

Acesso ao Sumário

Registro, ainda, não ser possível impor à poupadora, neste momento processual, a suspensão decorrente do acordo de âmbito nacional firmado entre as partes envolvidas nos Recursos Extraordinários nºs 626.307/SP (tema 264 – Planos Bresser e Verão), 591.797/SP (tema 265 – Plano Collor I nos valores não bloqueados), 631.363/SP (tema 284 – Plano Collor I nos valores bloqueados) e 632.212/SP (tema 285 – Plano Collor II).

Isso porque a presente execução individual está lastreada em sentença coletiva transitada em julgado, não se enquadrando na determinação de sobrestamento contida no Recurso Extraordinário nº 626.307/SP (Rcl nº 12.739/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 15.2.2013; Rcl nº 19.590/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 25.8.2015; Rcl nº 12.940/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 3.6.2014, e Rcl nº 13.175/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 20.8.2013).

De resto, o recurso não pode ser conhecido no tocante à ilegitimidade ativa da poupadora, juros de mora, expurgos inflacionários referentes aos Planos Collor I e II e à aplicação da tabela prática do E. TJSP para a atualização monetária do débito, por não ter havido, no V. Acórdão proferido às fls. 23/27, análise destas questões.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao Agravo Interno, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1017354-17.2019.8.26.0564/50002, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado T.S.S. (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 58.581)**

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 DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 28 de setembro de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO EM ATOS NORMATIVOS DO SUS, CANABIDIOL - HEMPFLEX CBD (CANABIDIOL 3000 ML UI), NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DO ADOLESCENTE. POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS – TEMA 106 DO STJ.

1. Questão já decidida pelo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos – Tese firmada: "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 do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência." e "Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018." (Recurso Especial 1.657.156/RJ – Tema nº 106).

2. Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento de recurso especial repetitivo.

3. Decisão mantida.

4. Agravo interno em recurso especial 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 especial, em virtude de o entendimento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no recurso especial

Acesso ao Sumário

nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106), julgado sob o regime dos recursos repetitivos.

O agravante alega, em síntese, que o v. acórdão não está em sintonia com o pronunciamento do STJ fixado em sede de recursos repetitivos, pois o medicamento não possui registro na ANVISA. Sustenta, ainda, que a fundamentação utilizada não se aplica ao caso.

Requer, assim, o conhecimento e provimento do presente recurso para que seja admitido o Recurso Especial, 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. 1/5 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. 482/484 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 especial à luz do regime dos recursos repetitivos, 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 STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

O que não ocorre no caso em apreço.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Acesso ao Sumário

Julgado o recurso especial nº 1.657.156/RJ sob o regime dos recursos repetitivos (Tema nº 106), o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que se tratando de concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige-se 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, bem como que os requisitos ali previstos teriam incidência somente para as ações ajuizadas a partir daquela

data (publicação da decisão ocorrida em 04/05/2018), sendo que, em relação às ações propostas anteriormente àquela data, dever-se-ia aplicar o entendimento sedimentado na jurisprudência do STJ que exigia a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido está de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, pois, conforme se verifica dos autos, a ação foi ajuizada após à publicação do v. Acórdão que definiu o Tema Repetitivo nº 106, devendo, desse modo, ser atendidos todos os requisitos ali constantes, e o v. Acórdão ora recorrido apontou, de forma explícita, que todos os requisitos foram atendidos para a obtenção do medicamento solicitado para o tratamento prescrito ao paciente (fls. 333/347 dos autos principais).

Por fim, vale salientar que consta expressamente do voto dos embargos de declaração do recurso especial repetitivo nº 1.657.156/RJ, que modulou os efeitos para aplicação do Tema nº 106, que é possível a utilização de medicamentos não registrados na ANVISA, desde que haja autorização, nos seguintes termos: *"(...) ainda que não conste no registro na ANVISA, na hipótese de haver autorização, ainda que precária, para determinado uso, é resguardado o direito do usuário do Sistema Único de Saúde de também ter acesso a utilização do medicamento no uso autorizado não presente no registro"*.

Assim, inviável o acolhimento da pretensão do agravante de reforma da decisão deste Tribunal, sendo indiscutível a aplicação do artigo 1.030, I, *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 1011170-25.2019.8.26.0506/50001, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE R. P.

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 58.667)**

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

Acesso ao Sumário

PRIVADO) e GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 5 de outubro de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO EM ATOS NORMATIVOS DO SUS, RSHO HEMP OIL BLUE LABEL 17% (SERINGA 10 G), NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DA MENOR. POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS – TEMA 106 DO STJ.

1. Questão já decidida pelo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos – Tese firmada: "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 do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência." e "Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018." (Recurso Especial 1.657.156/RJ – Tema nº 106).

2. Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento de recurso especial repetitivo.

3. Decisão mantida.

4. Agravo interno em recurso especial não provido.

Acesso ao Sumário

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 especial, em virtude de o entendimento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106), julgado sob o regime dos recursos repetitivos.

O agravante alega, em síntese, que o v. acórdão não está em sintonia com o pronunciamento do STJ fixado em sede de recursos repetitivos, pois o medicamento não possui registro na ANVISA. Sustenta, ainda, que a fundamentação utilizada não se aplica ao caso.

Requer, assim, o conhecimento e provimento do presente recurso para que seja admitido o Recurso Especial, 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. 1/6 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. 338/340 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 especial à luz do regime dos recursos repetitivos, 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 STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

O que não ocorre no caso em apreço.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o recurso especial nº 1.657.156/RJ sob o regime dos recursos repetitivos (Tema nº 106), o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que se tratando de concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige-se a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente,

Acesso ao Sumário

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, bem como que os requisitos ali previstos teriam incidência somente para as ações ajuizadas a partir daquela data (publicação da decisão ocorrida em 04/05/2018), sendo que, em relação às ações propostas anteriormente àquela data, dever-se-ia aplicar o entendimento sedimentado na jurisprudência do STJ que exigia a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido está de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, pois, conforme se verifica dos autos, a ação foi ajuizada após à publicação do v. Acórdão que definiu o Tema Repetitivo nº 106, devendo, desse modo, ser atendidos todos os requisitos ali constantes, e o v. Acórdão ora recorrido apontou, de forma explícita, que todos os requisitos foram atendidos para a obtenção do medicamento solicitado para o tratamento prescrito à paciente (fls. 164/175 dos autos principais).

Por fim, vale salientar que consta expressamente do voto dos embargos de declaração do recurso especial repetitivo nº 1.657.156/RJ, que modulou os efeitos para aplicação do Tema nº 106, que é possível a utilização de medicamentos não registrados na ANVISA, desde que haja autorização, nos seguintes termos: *"(...) ainda que não conste no registro na ANVISA, na hipótese de haver autorização, ainda que precária, para determinado uso, é resguardado o direito do usuário do Sistema Único de Saúde de também ter acesso a utilização do medicamento no uso autorizado não presente no registro*".

Assim, inviável o acolhimento da pretensão do agravante de reforma da decisão deste Tribunal, sendo indiscutível a aplicação do artigo 1.030, I, *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 1014693-46.2019.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e agravada FLAVIANA APARECIDA DE MELLO.

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 58.168)**

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, 8 de outubro de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário.

– Apreciada pelo Supremo Tribunal Federal a controvérsia constitucional submetida à sistemática da repercussão geral, incumbe ao Presidente (ou ao Vice-Presidente) do Tribunal recorrido proceder à análise entre a pretensão recursal veiculada no Recurso Extraordinário e a tese de repercussão geral fixada na matéria por esta Suprema Corte (CPC, art. 1.030, I a III; § 2º).

– A limitação do poder discricionário da Administração Pública quando pretende não nomear candidatos aprovados em concurso, ainda que classificados até o limite de vagas anunciadas no edital, é questão idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte no *leading case* TEMA 161 – RE n. 598.099/MS.

Manutenção do decidido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pela Prefeitura do Município de São Paulo (fls. 1/6 do Incidente 50001) contra decisão que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea b do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 598.099/MS.

Alegou o agravante, em síntese, que, ao ser analisado o mérito do recurso, ocorreu usurpação de competência do Eg. Supremo Tribunal Federal. Aduziu que não teriam sido observadas no v. Acórdão recorrido as circunstâncias excepcionais apontadas no recurso extraordinário que eximiriam o ente público de proceder à nomeação de candidatos aprovados em concurso público.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Inicialmente observo que não vinga a alegação de usurpação da competência constitucional e inaplicabilidade do disposto no art. 1.030, do Código de Processo Civil, o Ministro Celso de Mello, quando do exame da Reclamação nº 33047/RN, em 7 de fevereiro de 2019, pontuou:

> Impõe-se reconhecer, no entanto, que o novo estatuto processual civil (CPC/15) – à semelhança do que já ocorria na vigência do CPC/73 – outorgou ao Presidente (ou Vice-Presidente) do Tribunal de origem competência para negar seguimento aos recursos extraordinários (a) que discutam questões em relação às quais o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou (b) que tenham sido interpostos contra acórdãos que estejam em conformidade com a tese fixada em repercussão geral (CPC, art. 1.030, I, "a" e "b"), ou, ainda, para determinar o sobrestamento daquelas impugnações recursais que versem sobre litígio de caráter repetitivo ainda não decidido pelo Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 1.030, III).
>
> (Rcl 30887 AgR, Relator(a): Segunda Turma, julgado em 07/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-132 DIVULG 17-06-2019 PUBLIC 18-06-2019).

Isso significa que, uma vez apreciada pelo Supremo Tribunal Federal a controvérsia constitucional submetida à sistemática da repercussão geral (seja para manifestar-se sobre a existência de repercussão geral da matéria, seja para examinar o próprio mérito da demanda), incumbe ao Presidente (ou ao Vice -Presidente) do Tribunal recorrido, com fundamento nos poderes processuais de que se acha investido (CPC, art. 1.030, I a III), ou ao órgão colegiado competente do Tribunal de origem (CPC, art. 1.030, § 2º), proceder à análise individualizada, em cada caso, em torno da pertinência e da compatibilidade entre a pretensão recursal veiculada no apelo extremo e a tese de repercussão geral fixada na matéria por esta Suprema Corte.

Com efeito, em cumprimento ao art. 1.030, inciso I, alínea b do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, *verbis*:

> Fls. 1.755-1.774: O julgamento do mérito do RE nº 598.099/MS, Tema nº 161, STF, DJe de 03.10.2011, contém a seguinte tese:
>
> O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação.

Nada a modificar na decisão hostilizada, haja vista que a matéria aqui tratada referente à limitação do poder discricionário da Administração Pública quando pretende não nomear candidatos aprovados em concurso, ainda que classificados até o limite de vagas anunciadas no edital, é idêntica àquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n.

Acesso ao Sumário

598.099/MS, correspondente ao Tema n. 161: CONCURSO – NOMEAÇÃO – PODER – DISCRICIONÁRIO, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

> I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

A propósito, veja-se trechos do v. Acórdão da Col. Turma Julgadora que demonstram a subsunção da matéria em análise ao tema indicado pelo E. STF, *verbis*:

> No caso dos autos, a impetrante foi aprovada no concurso público (edital publicado no dia 21/10/14) para o cargo de Analista em Assistência e Desenvolvimento Social I da Prefeitura Municipal de São Paulo/SP, sendo aprovada e classificada em 247º lugar, dentre as 377 vagas ofertadas.
>
> Ora, é incontroverso que a Administração não preencheu o total de vagas previstas no edital, e a justificativa para a não nomeação a falta de recursos financeiros – não tem o condão de afastar o direito subjetivo da impetrante à contratação almejada.
>
> (...)
>
> Logo, resta clara a ilegalidade da conduta da Administração, contrariando firme jurisprudência desta Corte.
>
> Frise-se que se admite, em situações excepcionais, que a Administração deixe de nomear os aprovados dentro do número de vagas, desde que sobrevenha ocorrência que torne necessária a recusa da nomeação, a ser feita em ato devidamente motivado, permitindo o posterior controle jurisdicional.
>
> No entanto, no caso, não está presente qualquer situação que justifique o desrespeito ao direito subjetivo à nomeação da impetrante. (Fls. 1744/1747).

Assim, não há como proceder à modificação do decidido, de vez que está em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1009176-62.2019.8.26.0602/50001, da Comarca de Sorocaba, em que são agravantes NICE CONJUNTO RESIDENCIAL SPE LTDA e CONSTRUTORA ALAVANCA LTDA, são agravados FABRÍCIO ALEXANDRE SIMÕES DA CONCEIÇÃO e ELISABETE DA SILVA DE OLIVEIRA DA CONCEIÇÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.026)**

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, 21 de outubro de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa; AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor. Abusividade da cláusula que prevê a restituição de valores somente ao término da obra ou de forma parcelada. Restituição imediata e integral em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcial, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (tema 577). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. Recurso desprovido.

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. Descabimento. Desnecessidade de

Acesso ao Sumário

exame pormenorizado de cada uma das alegações das partes. Repercussão geral reconhecida no E. STF no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE (tema 339). Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravos Internos interpostos por **NICE CONJUNTO RESIDENCIAL SPE LTDA E CONSTRUTORA ALAVANCA LTDA** contra decisão que, em ação de rescisão contratual c.c. devolução de valores pagos e indenização por dano moral, negou seguimento a Recurso Especial, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.300.418/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos e observou a orientação estabelecida no E. Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE. Na minuta de Agravo Interno em Recurso Especial, alegam que a decisão viola os arts. 11 e 489 do CPC. Aduzem a responsabilidade do comprador pela rescisão contratual, que teria desistido do negócio muito antes do vencimento do prazo para conclusão das obras, o que permitiria a retenção do sinal, a aplicação das cláusulas penais estipuladas, indenização pela posse e fruição do imóvel, a condenação ao pagamento de impostos e taxas condominiais, correção monetária e honorários advocatícios. Assinalam que suas teses são acobertadas pela Lei do Distrato – Lei n.º 13.786/2018. Requerem o recebimento do reclamo com efeito suspensivo.

No Agravo Interno em Recurso Extraordinário, sustentam ausência de fundamentação e violação direta ao texto constitucional, notadamente ao art. 93, IX da CF. Asseveram a necessidade de aplicação do tema 670 do E. STF ao caso. Requerem, por fim, o recebimento do reclamo com efeito suspensivo.

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.

Acesso ao Sumário

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.300.418/SC, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Confira-se a fls. 654/661.

Além do mais, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 791.292/PE, sob a sistemática da repercussão geral, decidiu ser exigido que o acórdão ou decisão sejam fundamentados – como é o caso dos autos, conquanto contrários os fundamentos aos interesses do recorrente –, ainda que sucintamente, sem determinar o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão, valendo transcrever a ementa: *"Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral"*. Confira-se a fls. 662/665.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 462/472) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela restituição integral dos valores pagos porque a rescisão ocorreu por culpa da vendedora.

Destaca-se trecho do V. Acórdão: *"Observado o atraso nas obras, não há que se falar em retenção de qualquer valor pelas promitentes vendedoras, nem do sinal pago, nem dos valores eventualmente devidos"* (fls. 469).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Registra-se que o termo inicial da correção monetária deve ser fixado de acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.899/81, como reflexo da tese repetitiva firmada, que delimitou o montante e a forma de pagamento de dívida líquida e certa decorrente de resolução de contrato de compromisso de compra e venda

de bem imóvel.

No tocante à aplicação da Lei nº 13.786/2018, como já explicitado na decisão ora impugnada, o E. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que referida lei não é aplicável a contratos anteriores à sua vigência. Tal pacificação originou-se na Questão de Ordem no Recurso Especial repetitivo nº 1.635.428/SC (tema 996), decidida em 27.3.2019, tendo sido firmado que "(...) *não se pode cogitar de aplicação simples e direta da nova Lei n. 13.786/18 para a solução de casos anteriores ao advento do mencionado Diploma legal (retroatividade da lei, com consequente modificação jurisprudencial, com ou sem modulação)*", o que reforça o descabimento do pedido e impede a abertura da instância extraordinária, por aplicável o tema 577 do E. Superior Tribunal de Justiça à hipótese.

Referido entendimento foi ratificado em diversos julgamentos posteriores na E. Corte Superior. Confiram-se: EDcl no AgInt no REsp nº 1.816.960/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 16.11.2020; AgInt no REsp nº 1.814.240/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 28.5.2020; AgInt nos EDcl no REsp nº 1.815.822/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 24.4.2020; AREsp nº 1.726.164/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 22.9.2020; AgInt no AREsp nº 1.387.445/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 1.9.2020; e AREsp nº 1.651.605/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe de 29.4.2020.

As razões do recurso envolvendo a culpa do agravado pela rescisão contratual, a retenção de sinal e indenização pela indisponibilidade do bem 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.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao Agravo Interno em Recurso Extraordinário, nego provimento ao Agravo Interno em Recurso Especial e dou por prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1515787-78.2019.8.26.0050/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ERIK FRANCO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.698)**

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, 13 de setembro de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECE DE AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE NÃO ADMITE RECURSO ESPECIAL. RECURSO INCABÍVEL. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 1042 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO AGRAVADA RATIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 444/445 (item 3), que não conheceu do agravo interno de fls. 383/393 intentado em face do *decisum* de fls. 372/375, que não admitiu o recurso especial de fls. 287/303.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do reclamo (fls. 460/462).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 2º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

O recurso a ser interposto contra decisão que não admite recurso especial está previsto no artigo 142 do Código de Processo Civil, *verbis*:

> *Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)*

Acesso ao Sumário

~~*I – indeferir pedido formulado com base no art. 1.035, § 6º, ou no art. 1.036, § 2º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo;*~~

I – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

~~*II – inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior;*~~

II – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

~~*III – inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.*~~

III – (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

~~§ 1º *Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa:*~~

§ 1º *(Revogado): (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)*

~~*I – a intempestividade do recurso especial ou extraordinário sobrestado, quando o recurso fundar-se na hipótese do inciso I do caput deste artigo;*~~

I – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

~~*II – a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso:*~~

II – (Revogado): (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

~~*a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior;*~~

a) (Revogada); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

~~*b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.*~~

b) (Revogada). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

~~§ 2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais.~~

§ 2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais, aplicando-se a ela o regime de repercussão geral e de recursos repetitivos, inclusive quanto à possibilidade de sobrestamento e do juízo de retratação. (*Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016*)

§ 3º O agravado será intimado, de imediato, *para oferecer resposta no prazo de 15 (quinze) dias.*

§ 4º Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente.

§ 5º O agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o

Acesso ao Sumário

recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo.

§ 6º Na hipótese de interposição conjunta de recursos extraordinário e especial, o agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.

§ 7º Havendo apenas um agravo, o recurso será remetido ao tribunal competente, e, havendo interposição conjunta, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Concluído o julgamento do agravo pelo Superior Tribunal de Justiça e, se for o caso, do recurso especial, independentemente de pedido, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do agravo a ele dirigido, salvo se estiver prejudicado.

No caso, porém, o recorrente interpôs agravo interno (fls. 383/393), não conhecido pela decisão ora agravada, onde se registrou que (fls. 444/445 – item 3):

[...]

3) Fls. 383/393: cuida-se de agravo interno interposto pela Defesa contra a decisão de fls. 372/375 que, observando a existência de óbices processuais, não admitiu o recurso especial.

Cumpre registrar que, para tal hipótese, há previsão expressa do recurso cabível, nos termos do artigo 1.042, do Código de Processo Civil, o qual foi interposto pela Defesa e devidamente analisado no item 1.

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 (...)." 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 (...).".*

Ante o exposto, não conheço do reclamo apresentado.

[...]

E, evidentemente, nada há para ser retificado na aludida decisão, na medida em que não foi interposto o recurso específico para se impugnar decisão que não admite recurso especial.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002052-83.2020.8.26.0346, da Comarca de Martinópolis, em que é apelante CONCESSIONÁRIA AUTO RAPOSO TAVARES S.A. (CART), é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE MARTINÓPOLIS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.543)**

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, 14 de setembro de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DESAPROPRIAÇÃO DE ÁREA RURAL – AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE – RODOVIA EM ÁREA RURAL – Prescindibilidade de georreferenciamento da área remanescente do imóvel objeto da desapropriação – Descrição da localização geodésica do imóvel desapropriado – Necessidade de certificação pelo INCRA – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela **Concessionária Auto Raposo Tavares S/A** contra a r. sentença de fl. 320/324, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Martinópolis, mantendo a recusa ao ingresso de carta de adjudicação extraído dos autos de ação de desapropriação em razão da ausência de indicação da descrição georreferenciada dos imóveis,

objetos da desapropriação.

Aduz o apelante, em suma, cuidar-se de desapropriação de imóvel para fins de instalação de trecho de rodovia, forma originária de aquisição da propriedade, não cabendo as exigências efetuadas. Além disso, sustenta que o imóvel em questão perdeu o *status* de rural (fl. 326/336).

A D. Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fl. 362/366).

É o relatório.

2. A apelante, concessionária de serviço público, por sentença proferida em ação judicial, obteve a desapropriação, por utilidade pública, de parte ideal dos imóveis objetos das matrículas n.º 938 e 940 do Oficial de Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Martinópolis.

Contudo, a carta de adjudicação expedida nos autos da ação de desapropriação (nº 0001113-67.2013.8.26.0346, da 1ª Vara da Comarca de Martinópolis/SP), apresentada a registro pela apelante, foi negativamente qualificada pelo Sr. Oficial Registrador, que apresentou a seguinte exigência (fl. 296/297):

> *"É necessária a indicação da descrição georreferenciada dos imóveis, objetos da desapropriação, nos termos do art. 176, §§ 3º e 5º, e art. 225, §§ 3º, ambos da Lei 6.015/73; art. 9º do Dec .4;449/02 e art. 2º do Dec n.º* 5.570/05"

Desde logo, importa lembrar que a origem judicial do título não o torna imune à qualificação registral, ainda que limitada aos requisitos formais do título e sua adequação aos princípios registrais, conforme disposto no item 119 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, vigente à época da qualificação (atual item 117).

Está pacificado, inclusive, que a qualificação negativa não caracteriza desobediência ou descumprimento de decisão judicial (Apelação Cível n.º 413-6/7; Apelação Cível n.º 0003968-52.2014.8.26.0453; Apelação Cível n.º 0005176-34.2019.8.26.0344; e Apelação Cível n.º 1001015-36.2019.8.26.0223).

Fixada, assim, esta premissa, indiscutível que a aquisição da propriedade imobiliária por meio da desapropriação judicial encerra forma originária.

E, a despeito de dito caráter originário, a partir da redação dos arts. 176, § 3º e 225, § 3º, da Lei n.º 6.015/73, infere-se que, na hipótese em que há destaque de parcela de imóvel rural, observados, por certo, os prazos constantes do art. 10 do Decreto nº 4.449/2002, existe a necessidade de regular apresentação da planta e do memorial descritivo georreferenciado, contendo as coordenadas georreferenciadas, notadamente pela repercussão no imóvel objeto da desapropriação parcial no aspecto da especialidade objetiva.

Acesso ao Sumário

*"Art. 176, § 3º – **Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais**, a identificação prevista na alínea a do item 3 do inciso II do § 1º será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais." (g.n.)*

"Art. 225 § 3º – Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais."

Na expressão consagrada de Afrânio de Carvalho:

"o requisito registral da especialidade do imóvel, vertido no fraseado clássico do direito, significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto heterogêneo em relação a qualquer outro".[1]

No caso em tela foi realizado o georreferenciamento do imóvel desmembrado, objeto da desapropriação, consoante se observa do memorial descritivo de fl. 17/19, em que consta a precisa localização do bem conforme as coordenadas de seus vértices, como previsto na Lei de Registros Públicos, de modo que prescindível a apresentação de memorial descritivo georreferenciado da área remanescente dos imóveis objetos das matrículas nºs. 938 e 940.

É, nesta linha, o precedente deste C. Conselho Superior da Magistratura:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Carta de adjudicação – Desapropriação – Modo originário de aquisição da propriedade – Ausência de transmissão onerosa – Comprovação de pagamento de ITBI injustificável – Dispensa da exibição de CNDs e declaração de ITR (item 119.1. do Cap. XX das NSCGJ) – Memorial descritivo lacunoso – Laudo pericial incompleto – Ofensa ao princípio da especialidade objetiva – Desnecessidade de apuração da área rural remanescente e da prévia averbação da desapropriação nos registros anteriores – Pertinência da exigência de certidões

1 Registro de Imóveis, pág. 206.

Acesso ao Sumário

atualizadas das matrículas onde originalmente descrita a área rural desapropriada – Recurso desprovido."[2]

No tema, relevante também destacar trecho do voto exarado nos autos da Apelação nº 1000413-22.2017.8.26.0415 pelo então Corregedor Geral da Justiça, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco:

"Em razão da transmissão da propriedade por meio de desapropriação, da interpretação teleológica efetuada, bem como o destaque de área menor, faço observação da necessidade do georreferenciamento apenas da área desapropriada sem necessidade de sua efetivação para fins de apuração do remanescente da matrícula da qual será destacada."

Nesta ordem de ideias, no que tange à exigência de apresentação de planta e memorial descritivo georreferenciado, não há óbice ao pretendido registro.

De outra sorte, a necessidade de certificação pelo INCRA consta do art. 9º do Decreto nº 4.449/2002:

"Art. 9º – A identificação do imóvel rural, na forma do § 3º do art. 176 e do § 3º do art. 225 da Lei nº 6.015, de 1973, será obtida a partir de memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, e com precisão posicional a ser estabelecida em ato normativo, inclusive em manual técnico, expedido pelo INCRA.

§ 1º – Caberá ao INCRA certificar que a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado e que o memorial atende às exigências técnicas, conforme ato normativo próprio."

Não se olvida dos prazos de carência estabelecidos no já mencionado art. 10 de referido Decreto, que, na hipótese, ocorreria em vinte e dois anos.

"Art.10 – A identificação da área do imóvel rural, prevista nos §§ 3º e 4º do art. 176 da Lei nº 6.015, de 1973, será exigida nos casos de desmembramento, parcelamento, remembramento e em qualquer situação de transferência de imóvel rural, na forma do art. 9º, somente após transcorridos os seguintes prazos:

VII – vinte e dois anos, para os imóveis com área inferior a vinte e cinco hectares."

Contudo, uma vez georreferenciada a descrição perimétrica do imóvel, como ocorre *in casu*, conquanto ainda não expirado o prazo de carência, afigura-se imprescindível a apresentação, no Registro de Imóveis competente, da certificação expedida pelo INCRA de que não há sobreposição com outro imóvel rural

Acesso ao Sumário

2 Apelação nº 0001857-17.2012.8.26.0146, Relator Pereira Calças, julgado em 20/05/2016.

a fim de se evitar o ingresso de identificação incompleta no fólio real.

Nestes moldes foi o parecer de lavra do então Juiz Auxiliar da Corregedoria Dr. José Antônio de Paula Santos Neto, nos autos do processo nº. 24066/2005, aprovado pelo à época Corregedor Geral da Justiça, Desembargador José Mário Antonio Cardinale:

> *"Foi questionado, outrossim, se 'aqueles que optarem pelo georreferenciamento já, deverão atender de imediato a certificação de que trata o § 1º do artigo 9º do Decreto 4.449/02, ou poderão fazê-lo dentro do prazo que for entendido como aplicável'. Obviamente, a providência deverá ser imediata. A obtenção do certificado de não sobreposição emitido pelo INCRA é parte integrante e relevante do sistema de individualização imobiliária disciplinado no dito decreto. Logo, não é de se admitir o ingresso, no fólio real, de identificação truncada; incompleta. Nem parceladamente, a prestações. Configura a certificação verdadeiro requisito a ser observado. Aliás, sua exigência é um dos aspectos essenciais do mapeamento cadastral que se almeja erigir. Destarte, a bem da própria higidez do Registro Imobiliário, deverá ser desqualificado o ingresso da nova descrição quando o memorial não vier devidamente certificado. Do contrário, ferir-se-ia a lógica da estrutura concebida e se correria o risco, até, de permitir a vulneração da tábua por modificação aventureira das características da* área rural, uma vez que sem a chancela de segurança do órgão oficial responsável. Além disso, a certificação diferida para o futuro poderia nunca chegar, criando-se perplexidade acerca do destino a ser dado àquela descrição precipitadamente abrigada."

Não colhe, ademais, a alegação da apelante de que o imóvel telado perdeu o *status* de rural.

Com efeito, nos termos do artigo 53 da Lei nº 6.766/79, a alteração de uso do solo rural para fins urbanos depende, de aprovação do Município, bem como de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

Não há, contudo, nos autos demonstração de manifestação do INCRA e tampouco comprovação de aprovação por parte do Município da mudança de destinação do imóvel, de modo que não há como ser afastada a exigência.

Neste sentido já se manifestou, também, este Conselho Superior da Magistratura:

> *"Registro de Imóveis. Dúvida julgada procedente. Escritura de venda e compra. Descrição sucinta do imóvel constante da matrícula e reproduzida no título que, porém, dadas as circunstâncias do caso concreto, não chega a ofender o princípio da especialidade objetiva. Alegada destinação urbana de imóvel originalmente rural. Necessária apresentação de*

Acesso ao Sumário

certidão de descadastramento pelo INCRA. Recurso não provido" [3]

3. Por todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 1017221-30.2020.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que são apelantes VALDEMAR JOSÉ MOREIRA, ANA DA SILVA MOREIRA, EDUARDO MOREIRA DA SILVA e CARMELITA SANTANA DA SILVA, é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE OSASCO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 31.545)**

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, 1º de setembro de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA INVERSA – ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – CARTA DE SENTENÇA – Vendedor que consta como solteiro no título e como casado no registro – Violação do princípio da continuidade – Inviabilidade do registro *stricto sensu* – Sentença de procedência da dúvida inversa – Apelação a que se nega provimento para manter o óbice à inscrição rogada.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação (fl. 85/94) interposta por Valdemar José Moreira, Ana da Silva Moreira, Eduardo Moreira da Silva e Carmelita Santana da Silva contra a r. sentença (fl. 82/83) proferida pela MM. Juíza Corregedora Permanente do 1º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas

3 Apelação nº 790-6/6, Rel. Des. Ruy Camilo, j. em 27/5/2008.

Jurídicas da Comarca de Osasco, que julgou procedente a dúvida inversa (fl. 1/7) e manteve óbice (fl. 11/12 e 74/75) ao registro *stricto sensu* de uma carta de sentença (fl. 10 e 13/65) tirada de ação de adjudicação compulsória (imóvel da matrícula n.º 46.211, copiada a fl. 24/25; prenotação n.º 360.271).

Segundo a r. sentença (fl. 82/83), a ação de adjudicação compulsória foi movida contra Abram Galdeiman, qualificado como solteiro na petição inicial; esse réu, todavia, consta na matrícula como casado; dessa maneira, os interessados têm de retificar o título ou o registro, para promover a congruência entre um e outro, a bem da continuidade, e sem isso a inscrição não pode ser feita.

Os apelantes alegam (fl. 85/94) que a transmissão se fez pela via jurisdicional e o Oficial de Registro de Imóveis está recusando cumprimento da sentença de adjudicação. Além disso, é impossível apresentar a certidão de nascimento atualizado do vendedor e réu na ação de adjudicação compulsória, pois ele é israelita. Dessa forma, a r. sentença tem de ser reformada, para permitir que se faça o pretendido registro *stricto sensu*.

A ilustre Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo não provimento do recurso (fl. 116/117).

É o relatório.

2. A r. sentença tem de ser mantida como lançada, em que pese aos fundamentos do recurso.

De início, saliente-se que a origem judicial do título não impede a sua qualificação nem implica desobediência, como está no item 117 do Capítulo XX do Tomo II das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça e, no mais, é lição corrente deste Conselho Superior da Magistratura (mencione-se, por brevidade, o decidido na Apelação Cível 0003968-52.2014.8.26.0453, j. 25.2.2016).

Observe-se, ademais, que *in casu* se trata, verdadeiramente, de título judicial (passível, portanto, de qualificação), e não de ordem judicial (hipótese em que o cumprimento seria coativo e independeria do exame de legalidade próprio da atividade registral).

Posto isso, deve-se considerar que, por força do princípio do trato consecutivo (ou da continuidade), como regra geral só se admite a inscrição (registro *stricto sensu* ou averbação – Lei n.º 6.015, art. 167, I e II) "daqueles actos de disposição em que o disponente coincide com o titular do direito segundo o registo" (Carlos Ferreira de Almeida, *apud* Ricardo Dip, *Registros sobre Registros*, n.º 208).

É o que diz a Lei n.º 6.015/1973:

"Art. 195. Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.

Art. 237. Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro".

Nas palavras de Afrânio de Carvalho (*Registro de Imóveis*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 304):.

"O princípio de continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões que derivam umas da outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente".

No caso concreto, consta da matrícula n.º 46.211, do 1º Ofício de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Osasco, que o dono é Abram Galdeiman, *casado* (R. 1 copiado a fl. 24). Logo, por força do princípio do trato consecutivo, qualquer título de transmissão só pode ter ingresso e dar causa a um registro *stricto sensu* se nele constarem, como afetados, o dito proprietário e seu cônjuge.

Não é isso que sucede, entretanto, com a carta de sentença, que atinge somente o dono Abram, sem nada mencionar quanto à sua mulher. Ao que consta, o título foi deficientemente formado, pois a ação deveria ter sido movida contra ambos – dono e cônjuge –, e não apenas contra Abram (fl. 15 e 42/44).

Portanto, é necessário que os apelantes realmente corrijam o título, sem o que, como disseram corretamente o Oficial (fl. 11/12 e 74/75) e a r. sentença recorrida (fl. 82/83), não se pode lavrar o pretendido registro *stricto sensu* nem, é claro, dar provimento ao apelo.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019217-95.2020.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante P.N., é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE BAURU.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.551)**

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, 17 de setembro de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – HIPOTECA JUDICIÁRIA – SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE CONSTITUIU TÍTULO HÁBIL AO REGISTRO – AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA CONSISTENTE EM DINHEIRO OU CONVERSÃO DE PRESTAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER OU DE DAR COISA EM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – INADEQUAÇÃO DO PEDIDO – AUSÊNCIA DE ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA JUDICIÁRIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por **P.N.** contra a r. sentença de fl. 73/76, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Primeiro Oficial de Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Bauru, mantendo a recusa ao registro de hipoteca judiciária na matrícula n.º (...) referente a sua meação em decorrência da sentença proferida nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável, processo n.º (...), que tramitou perante a 3ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Bauru.

Da nota devolutiva n.º 347.437 constaram os seguintes óbices (fl. 34):

"1) Para a qualificação do presente título é necessário o registro do título anterior, que, por sua vez, foi prenotado, nesta Serventia sob o n.º 346.911 e para o qual foi emitida nota de devolução n.º 22.613, para o cumprimento das exigências.

2) Através do presente título foi solicitado o registro da hipoteca judiciária. Entretanto, analisando a sentença proferida em 22/1/2020, pela Meritíssima Juíza de Direito da 3ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Bauru, Dra. Regina Aparecida Caro Gonçalves, se verifica que a mesma, se trata de dissolução de união estável cumulada com partilha de bens.

Necessário, portanto, conforme artigo 221, IV da Lei 6.015/73, que seja apresentado para registro carta de sentença/formal de partilha referente a dissolução de união estável cumulada com partilha de bens de S.G. e P.N. – processo (...)".

Aduz o apelante, em suma, que seu pleito tem amparo no art. 495, § 1º, inciso III do Código de Processo Civil; que o decidido contraria a sentença proferida no feito; que a hipoteca judiciária é efeito da sentença e independe de definitividade; que da sentença proferida no processo de dissolução de união estável há a especialização da hipoteca judicial.

A D. Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fl. 110/112).

É o relatório.

O apelante apresentou em 15/07/2020 requerimento solicitando o registro da hipoteca judiciária na matrícula n.º (...), referente à sua meação, em decorrência da sentença proferida nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens.

Relevante consignar que, anteriormente, foi apresentado requerimento de registro de hipoteca judiciária por Luiz Celso de Barros, patrono do apelante, cujo prazo da prenotação escoou, com a cessação dos efeitos da prioridade.

O registro pretendido pelo apelante foi, em suma, negado pelo I. Oficial em face da necessidade de apresentação de título formal.

Pois bem.

Consoante dispõe o art. 495 do Código de Processo Civil:

"Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.

§ 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência."

De referida redação, extraem-se duas conclusões: a) a decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária será objeto de hipoteca judiciária; e b) o título hábil ao registro é a própria sentença condenatória, mesmo que não transitada em julgado.

Assevera Theotonio Negrão, à luz da legislação processual em vigor, que a hipoteca judiciária *"é consequência imediata da sentença, pouco importando a pendência de recurso contra esta, inclusive com efeito suspensivo, ou que ela*

seja ilíquida"[1]

Cuida-se, pois, de efeito secundário das sentenças condenatórias, bastando que constem os requisitos necessários da especialidade objetiva e subjetiva para ingresso no folio real.

Daí decorre, pois, não haver razão para o óbice elencado no item 2 da nota devolutiva n.º 347.437 (fl. 34), sendo desnecessária a apresentação de carta de sentença/formal de partilha.

Contudo, por fundamento diverso, o registro pretendido não comporta deferimento.

In casu, não se observa da r. sentença de fl. 18/28, que reconheceu e existência e dissolução da união estável entre S.G. e o apelante, partilhando os bens compreendidos como comuns, qualquer condenação ao pagamento de prestação consistente em dinheiro ou a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária.

Assim, incabível, porquanto inadequado, o pedido de registro de hipoteca formulado, que, ademais, não substitui o registro da citação de ação pessoal reipersecutória (art. 167, I, 21, da Lei n.º 6.015/73.

No mais, a despeito de se tratar de hipoteca judiciária, afigura-se necessária a especialização da garantia, a teor do que dispõe o art. 1.497 do Código Civil, o que não se vê na hipótese em que sequer há especificação do valor do débito que se pretende garantir.

"Art. 1.497. As hipotecas legais, de qualquer natureza, deverão ser registradas e especializadas."

São, neste sentido, os ensinamentos do Desembargador Ricardo Dip:

"Será mesmo isto, irresistivelmente, o que deflui do texto legal? O que o Código de processo civil de 2015 permite e já o admitia nosso direito anterior é que haja produção da hipoteca judiciária 'embora a condenação seja genérica', de modo que não se restringe às decisões líquidas a efetiva constituição da garantia mediante o registro.

Mas não parece que a lei processual dispense, simpliciter, a especialização (designadamente a valorativa) prevista no art. 1.497 do Código civil ('As hipotecas legais, de qualquer natureza, deverão ser registradas e especializadas' caput). Em resumo, prevê o Código processual que a hipoteca possa ter por pilar uma decisão genérica, mas não que possa instituir-se sem a especialização imposta pelo Código civil.[2]

Por todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação.

1 Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 50ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019, pág. 527.

2 O registro de imóveis e os títulos materiais inscritíveis: a hipoteca – parte 12, *in* Artigo – Registros sobre registros #151 – Por Ricardo Dip – ANOREG

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001131-68.2019.8.26.0414, da Comarca de Palmeira D'Oeste, em que é apelante BANCO DE LAGE LANDEN BRASIL S.A., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE PALMEIRA D'OESTE.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.557)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (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, 5 de outubro de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Registro da alienação fiduciária em garantia proveniente de cédula de crédito bancário no Oficial de Registro de Títulos e Documentos – Inteligência dos arts. 42 da Lei n.º 10.931/2004 e 1.361, § 1º, do Código Civil – Exigência, pelo registrador, de assinatura do credor para registro da alienação fiduciária em garantia. Manutenção do óbice pelo MM. Juiz Corregedor Permanente – Apelação interposta pelo banco credor – Alienação fiduciária em garantia proveniente de Cédula de Crédito Bancário que se submete ao regime próprio da Lei n.º 10.931/2004 – Constituição da garantia na própria cédula de crédito bancário, ou em documento apartado, que se satisfaz com a assinatura do devedor e, eventualmente, do terceiro garantidor – Título de crédito que prescinde da manifestação do credor para sua constituição, incluindo a garantia – Dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por **BANCO DE LAGE**

LANDEN BRASIL S.A. contra a r. sentença de fl. 118/120, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Palmeira D'Oeste, mantendo a recusa ao registro da alienação fiduciária em garantia oriunda de Cédula de Crédito Bancário em razão da ausência de assinatura do credor.

Da nota devolutiva n.º 000021 constou o seguinte óbice (fl. 63):

"Para poder registrar a alienação fiduciária do bem móvel faz-se necessário que o Banco, credor, também assine o contrato de alienação fiduciária, pois há deveres e direitos a ambas as partes em se tratando de alienação fiduciária".

Em suma, aduz o apelante que os requisitos de validade do título de crédito estão preenchidos, não sendo necessária a assinatura do credor; que o título é regido pela Lei n.º 10.931/04; que não se trata de contrato bilateral típico.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fl. 140/142).

É o relatório.

2. Anoto, de proêmio, que à luz do art. 167, I, da Lei n.º 6.015/73, reproduzido no Item 9 do Capítulo XX do Tomo II das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, afigura-se, no caso concreto, inexigível o registro da Cédula de Crédito Bancário nos Livros da Serventia Imobiliária como condição para o registro da alienação fiduciária em garantia no Oficial de Registro de Títulos e Documentos, necessário à vista do art. 42 da Lei n.º 10.931/2004 c.c. o art. 1.361, § 1º, do Código Civil, *in verbis*:

"Art. 42 A validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável, com as alterações introduzidas por esta Lei."

"Art. 1.361: Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro".

No caso telado, a alienação fiduciária proveniente da cédula de crédito bancário n.º 599020, emitida por Augusto Menegasso Neto em favor do apelante, tendo por objeto o próprio bem móvel financiado, qual seja, trator agrícola A750, foi submetida a registro, que foi negado em face da necessidade de assinatura do credor.

Jurisprudência - CSM

Sobre o tema, cumpre anotar que a cédula de crédito bancário é um título de crédito previsto na Lei n.º 10.931/2004 que, em seu art. 29, assim dispõe:

"Art. 29. A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:

I – a denominação 'Cédula de Crédito Bancário';

II – a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

III – a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

IV – o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

V – a data e o lugar de sua emissão; e

VI – a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

§ 1º A Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se *aplicarão, no que couberem, as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula.*

§ 2º A Cédula de Crédito Bancário será emitida por escrito, em tantas vias quantas forem *as partes que nela intervierem, assinadas pelo emitente e pelo terceiro garantidor, se houver, ou por seus respectivos mandatários, devendo cada parte receber uma via.*

§ 3º Somente a via do credor será negociável, devendo constar nas demais vias a expressão 'não negociável'.

§ 4º A Cédula de Crédito Bancário pode ser aditada, retificada e ratificada mediante documento escrito, datado, com os requisitos previstos no caput, passando esse documento a integrar a Cédula para todos os fins".

Nos termos dos arts. 31 e 32 da Lei n.º 10.931/2004, é prevista a constituição, na cédula de crédito bancário, de garantia fidejussória ou real, esta sobre bens móveis ou imóveis de titularidade do emitente ou de terceiro garantidor:

"Art. 31. A garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível *ou não,*

Acesso ao Sumário

cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal.

Art. 32. A constituição da garantia poderá ser feita na própria Cédula de Crédito Bancário ou em documento separado, neste caso fazendo-se, na Cédula, menção a tal circunstância".

E o art. 30 da Lei n.º 10.931/2004 ainda prevê que:

"Art. 30. A constituição de garantia da obrigação representada pela Cédula de Crédito Bancário é disciplinada por esta Lei, sendo aplicáveis as disposições da legislação comum ou especial que não forem com ela conflitantes".

Ou seja, a emissão e a constituição de garantia na cédula de crédito bancário são regidas pela Lei n.º 10.931/2004, com aplicação da legislação comum somente de forma supletiva.

Bem por isso, no que diz respeito à forma de constituição da garantia, é preciso ressaltar que não há lacuna a ser suprida mediante aplicação das normas contidas no Código Civil.

Com efeito, a cédula de crédito bancário constitui título de crédito que permite ao credor emitir certificado que a represente, para circulação do crédito (arts. 26 e 53, *caput*, e § 4º da Lei n.º 10.931/2004), não sendo adequada a cisão dos modos de constituição da obrigação e da respectiva garantia para efeito de fixação dos requisitos para sua emissão.

Nesta ordem de ideias, é possível afirmar que a constituição de garantia instrumentada em cédulas que, por sua natureza, origem e regramento próprio, satisfaz-se com a manifestação unilateral de vontade do sacado do título, como no caso em análise.

Em outras palavras, basta a assinatura do devedor na emissão da cédula de crédito bancário, ou de seus respectivos mandatários, com descrição do débito contraído e também do bem alienado e objeto da garantia, na própria cédula ou em documento separado, nos exatos termos previstos na Lei n.º 10.931/2004.

Ressalte-se, por oportuno, a existência de precedentes deste Conselho Superior da Magistratura sobre a questão aqui debatida, no sentido do afastamento do óbice apresentado pelo registrador: TJSP; Apelação Cível 1009982-57.2018.8.26.0077; Relator: Pinheiro Franco (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Birigui – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/8/2019; Data de Registro: 3/9/2019; TJSP; Apelação Cível 1010075-20.2018.8.26.0077; Relator: Pinheiro Franco (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Birigui – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/11/2019; Data de Registro: 27/11/2019.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

LUÍS SOARES DE MELLO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de abertura da Cerimônia de Posse dos Desembargadores Cláudio Lima Bueno de Camargo, Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, Lauro Mens de Mello e Ivana David (Solenidade realizada em 02.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos presentes e aos empossados).

Boa tarde a todos. Os magistrados de carreira passam por inúmeros momentos de importância: a posse, o vitaliciamento, a primeira comarca como titular, a promoção à última entrância e, agora, o cargo máximo da Magistratura bandeirante. É motivo de júbilo e comemoração. Daí a importância ímpar desta solenidade, que é realizada de longe, mas que nos permite nos aproximarmos um dos outros com o coração.

É uma honra poder estar na Presidência desta sessão de posse e a presidindo no impedimento ocasional do eminente Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco. Mais ainda porque é um evento que encerra em si mesmo alegrias e extrema felicidade. É evento que todos os presentes só têm a comemorar: vitórias alegres para nós, dirigentes, e, também - e mais ainda -, aos próprios empossados, que chegam e passam a ocupar oficialmente o cargo de Desembargador. Conquistaram efetivamente o maior degrau na gloriosa Magistratura paulista. Continuarão todos com a mesma dedicação e denodo que praticaram durante toda a sua história em nossa Corte. E nós, Magistrados, enxergamos nestes momentos todas nossas longas trajetórias para chegar até aqui. Não só os que tomam posse, mas nós mesmos, que estamos há tempos no Tribunal, olhamos para trás e imaginamos essa corrida toda até chegar por aqui. É tempo que marca uma nova fase, como se fosse um renascimento, com novas emoções e desafios.

Acesso ao Sumário

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 muito desejada, porque representa a mensagem dos novos tempos, da vida em contínua transformação, o rejuvenescimento imprescindível à renovação do Direito.

Eu saúdo novamente o Desembargador Claudio Lima Bueno de Camargo, a sua esposa Maria Cristina Machado Bueno de Camargo e as suas filhas, Alessandra, Gabriela, Cecília e Carolina. Saúdo também a Desembargadora Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade e as suas filhas Letícia e Larissa. Saúdo

também o eminente Desembargador Lauro Mens de Mello e sua esposa Divanamar Aira de Mello e os filhos, Fernanda, Eric e Laura. E saúdo, finalmente, a Desembargadora Ivana David e sua filha Maria Luiza.

Em nome do Tribunal de Justiça, faço essa saudação a nomes já consagrados como Juízes de fina estirpe intelectual e moral, e de quem tudo esperam as tradições desta Corte e a própria sociedade, que são o sacrifício no trabalho, o compromisso, a dedicação e o amor à causa pública.

Essas eram as minhas palavras iniciais, a minha saudação especial a esses quatro grandes Magistrados. Eu devolvo a palavra ao Cerimonial para o compromisso de posse.

CLÁUDIO LIMA BUENO DE CAMARGO (Desembargador)

Discurso proferido na sua Posse e dos Desembargadores Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, Lauro Mens de Mello e Ivana David (Solenidade realizada em 02.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente, Desembargador Luís Soares de Mello; Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral da Justiça, Desembargador Ricardo Mair Anafe; minhas saudações, que estendo a todos os Desembargadores integrantes do Conselho Superior da Magistratura, demais Magistrados, parentes e amigos que nos honram com a presença.

Embora o momento exija brevidade, peço licença para, como diz a canção, fazer a louvação do que deve ser louvado, integrando o quadro de Magistrados deste Egrégio Tribunal há três décadas. Devo essa jornada a meus saudosos pais, Benedito César de Camargo e Sônia de Lima Camargo, procurando seguir com fidelidade os conselhos dados. No curso desses anos sempre contei com a paciência, carinho e contínuo apoio de minha mulher Cristina e de minhas filhas, Alessandra, Gabriela, Cecília e Carolina, de modo que registro aqui minha gratidão a elas.

Meus agradecimentos também, pelo quanto me foi dado a aprender, com o convívio dos Desembargadores e Desembargadoras, com quem tive a honra de partilhar os trabalhos. Certo que nominar a todos demandaria longo tempo, e é inadmissível a possibilidade de omissões, minhas homenagens e gratidão na pessoa do saudoso Desembargador Donaldo Armelin, meu mestre, orientador e amigo. Aos Magistrados com os quais trabalhei ao longo deste caminho, obrigado pelo muito que aprendi, compartilhando experiências de julgamentos e

de vida. Como também não é possível nomear a todos, na pessoa dos Doutores Mário Daccache e César Augusto Fernandes, minhas homenagens e gratidão.

Seria sobremaneira injusto não citar os dedicados serventuários, que tanto colaboraram comigo no dia a dia, aos quais registro minhas homenagens e gratidão na pessoa das senhoras Sônia Maria Fiorentino de Melo e Marisa Martins de Souza Santos. Encerro agradecendo a Deus e compartilhando com todos a honra de alcançar hoje, junto com as Doutoras Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade e Ivana David, e o Doutor Lauro Mens de Mello, o cargo de Desembargador deste Egrégio Tribunal.

Muito obrigado.

SÍLVIA MARIA MEIRELLES NOVAES DE ANDRADE (Desembargadora)

Discurso proferido na sua Posse e dos Desembargadores Cláudio Lima Bueno de Camargo, Lauro Mens de Mello e Ivana David (Solenidade realizada em 02.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Cumprimento o nobre Desembargador Luis Soares de Mello, Vice-Presidente desse Egrégio Tribunal de Justiça, em nome de quem eu aproveito a oportunidade para cumprimentar todos os demais Desembargadores aqui presentes e todas as demais Autoridades.

Eu vou iniciar aqui contando uma história a respeito de uma mulher que estava em uma casa, onde existia um jardim que era totalmente feio, cheio de mato e sem nada. Uma vez passou um homem em frente a essa casa e pediu para cuidar do jardim. A mulher concordou e ele cuidou, plantou flores, organizou, limpou, regou e fez um jardim lindo, cheio de passarinhos, maravilhoso. Certo dia, passou uma senhora e falou: "nossa, que jardim maravilhoso, como Deus faz coisas belas". E o senhor, que estava ali cuidando do jardim, falou assim: "Deus faz coisas belas, sim, mas exige um bom trabalho de nós aqui embaixo".

Todos nós que estamos aqui tomando posse cuidamos dos nossos jardins, recebemos terrenos vazios, terrenos com mato e que cuidamos, trabalhamos, estudamos e hoje estamos aqui. É como se fosse a nossa vida. Deus nos dá um jardim para nós cuidarmos. Só que Deus também coloca em nossas vidas pessoas que nos ajudam a atingir esses objetivos e são essas pessoas que eu quero honrar hoje.

Em primeiro lugar, os meus avós e os meus pais, que hoje não estão aqui,

Acesso ao Sumário

mas provavelmente estão em espírito, aos quais devo muito pela educação que me deram, pelo caráter, pela genética. Também quero aqui honrar os meus tios Lincoln, Silvio, Renato, Adelina, Beth, Zuleica, Cecília, Lala e Celina, todos eles muito importantes, que me apoiaram em toda a minha vida nos momentos mais difíceis. Não posso deixar de lembrar do meu querido tio Carlos Alberto Ortiz, que foi integrante deste grande Tribunal de Justiça como Desembargador e que muito honrou a nossa carreira e no qual eu me espelhei como Magistrada. Ele sempre foi um homem muito probo, um grande Magistrado, um grande Juiz, que sempre me deu muito apoio.

Quero aqui também honrar e cumprimentar todos os Desembargadores aposentados ou que hoje não mais estão aqui nesta vida, que já saíram dela e que me apoiaram muito quando eu fui escrevente e estudante de Direito. Também quero aqui honrar os meus irmãos e meus primos, que sempre me apoiaram. Quero também aqui honrar todos os escreventes deste Egrégio Tribunal, todos os funcionários, assistentes que, sem eles, a Justiça não seria possível, a máquina judiciária jamais se movimentaria sem a presença desses grandes trabalhadores que, como formigas, fazem toda a máquina judiciária funcionar.

Também quero cumprimentar meus colegas Magistrados, com os quais eu muito aprendi nesta vida e nesta carreira. Finalmente, quero cumprimentar minha família, que teve muita paciência comigo nos momentos em que tiveram que dividir o meu afeto com a minha responsabilidade com os processos. Também quero aqui cumprimentar todos os Advogados, todos os representantes do Ministério Público, todos os representantes da carreira da Procuradoria do Estado, Município, todos aqueles da Defensoria Pública, os demais integrantes de todas as Polícias, Militar e Civil, porque sem eles a Justiça não se faria.

A deusa Themis, que é a deusa da Justiça, ela tem a venda nos olhos, a espada em uma das mãos e a balança na outra. Lembrando-nos de que a Justiça sem a espada, ela é fraca; sem a balança, ela não é equânime, ela é ignorante; e sem a venda, ela é parcial. Nós vivemos momentos um pouco estranhos atualmente, em que, às vezes, a Justiça parece que está sem a venda, parece que está sem a espada e ora parece que está sem a balança. Mas, no Poder Judiciário Paulista, o qual eu tenho a honra de integrar, não tenho visto isso.

E eu lembro: cada um de nós Magistrados, cada um de nós Funcionários, Advogados e integrantes da Polícia, todos nós fazemos parte dessa grande orquestra que é o Poder Judiciário. Sem cada um de nós a Justiça não seria possível. Então, eu gostaria de lembrar que todos são muito importantes nessa grande engrenagem, para que a Justiça se faça, para que a Justiça se manifeste.

Encerrando, quero aqui agradecer um dos maiores homens justos que passou por essa Terra: nosso Senhor Jesus Cristo - sem ele nós não estaríamos aqui. E, finalmente, agradecer a Deus Pai por este momento, no qual nos permite

estarmos todos aqui reunidos.

Gratidão por me ouvirem.

LAURO MENS DE MELLO (Desembargador)

Discurso proferido na sua Posse e dos Desembargadores Cláudio Lima Bueno de Camargo, Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade e Ivana David (Solenidade realizada em 02.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos às autoridades e empossandos).

Inicialmente, agradeço a Deus por me iluminar e guiar para sempre trilhar o melhor caminho. Agradeço de maneira muito especial a paciência e suporte de minha família: Divina, minha esposa, meus filhos Eric, Fernando e Laura que, muitas vezes, em especial pelo exercício da Magistratura, foram privados da devida e merecida atenção. Resignados, aceitaram a situação, porque sempre tiveram consciência da importância de meu trabalho e certeza do incondicional amor que tenho por eles.

Aos amigos que, como família dada pela vida, foram fundamentais para a superação dos obstáculos e dificuldades impostos tanto pela vida como pela carreira de Magistrado. Minha eterna gratidão. O incondicional apoio dos meus atuais assistentes e funcionários, de relevância incomensurável, merece especial reconhecimento. Na pessoa deles, reconheço a todos os funcionários que, durante minha longa carreira, me auxiliaram a exercer a Magistratura com presteza e eficiência.

Destaco a honra e o prazer de, passados quase 32 anos, chegar ao cargo de Desembargador, topo da carreira de todos aqueles que, como eu, iniciam no cargo de Juízes Substitutos, após disputado e difícil concurso público para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o maior Tribunal das Américas e, possivelmente, do mundo, quer em número de Magistrados, quer em número de feitos. Asseguro que a qualidade da prestação jurisdicional, mesmo diante do incalculável volume de processos de nossa Corte, dignifica e enaltece o trabalho de todos que acompanham. Colho a oportunidade para pontuar os ataques que a nossa Corte vem sofrendo, em especial, no tocante da interpretação em matéria penal. A preocupação do nosso Tribunal como um todo é a defesa do Direito e proporcionar paz social, não se curvando a interesses político-partidários e posições ideológicas.

Honrado e mesmo orgulhoso, agora no cargo de Desembargador, passo a

integrar esse seleto grupo que não se curva a interesses políticos ou de qualquer natureza, mesmo em face das consequências e do peso que nos recai por nossa postura. O que sempre se busca em matéria penal é proteger toda a sociedade, combatendo a criminalidade, bem como garantir a todos os acusados a ampla defesa e o justo processo. E, com isso, o julgamento para a proteção dos inocentes, punição dos que infringiram a lei, com imposição de pena justa, em face da conduta praticada. Em verdade, tal postura nos traz vários dissabores e merecidas críticas. Como me alertado quando do ingresso em outra instituição, não se afronta os poderosos sem risco da própria vida. Tal assertiva, sem dúvida, verdadeira, recai nos ombros de todos aqueles que abraçam a magistratura como maior objetivo de vida.

Recordo as palavras do Desembargador Dinio de Santis Garcia, então corregedor-geral da Justiça: o Juiz, por viver em meio ao combate, onde, no mínimo, desatende uma das partes e não raramente a ambas, sofre ferimentos em razão de sua atuação. Logo, aquele que não tem cicatrizes a exibir no final da carreira não exerceu a magistratura com plenitude. Afirmo, com orgulho, que hoje exibo minhas muitas e muitas cicatrizes.

Parafraseando o Apóstolo Paulo, posso dizer que combati o bom combate, guardei a fé, ainda não terminei minha corrida, mas com certeza recebo o coroamento da carreira ao assumir o honroso cargo de Desembargador. Continuando minha jornada, renovo, sem qualquer reserva, o juramento prestado há muitos anos, quando de minha posse de Juiz Substituto, de cumprir e fazer cumprir, aplicando o Direito com isenção de espírito, sempre na busca de dar a cada um aquilo que é seu na medida de seu merecimento.

Emocionado, peço desculpas e concluo com um muito obrigado.

IVANA DAVID (Desembargadora)

Discurso proferido na sua Posse dos Desembargadores Cláudio Lima Bueno de Camargo, Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade e Lauro Mens de Mello (Solenidade realizada em 02.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Boa tarde a todos. Cumprimento na pessoa do Desembargador Luis Soares de Mello o Conselho Superior da Magistratura, Desembargadores, Magistrados, Servidores, parentes e todos que estão presentes nessa cerimônia.

É necessário cuidarmos da ética para não anestesiarmos a nossa

consciência e começarmos a achar que tudo é normal. Depois de anos de estudos constante, amparada pela confiança dos meus pais, Giovanni e Clarice David, e da minha tia Maria Aparecida, ingressei na Magistratura paulista em agosto de 1990. Passei por várias comarcas: José Bonifácio, Jundiaí, Registro. Em 93, fui designada como Juíza Auxiliar da Capital.

Em 99, tornei-me mãe da pequena Maria Luiza e me recordo da difícil, mas gratificante, conciliação da bênção da maternidade com a enorme carga de trabalho e incessante tomada de decisões atinentes ao nosso ofício da Magistratura. Ainda em 99 fui designada pelo Tribunal de Justiça como Juíza Auxiliar do Departamento de Inquérito Policial e Corregedoria da Polícia Judiciária. E, já em 2001, tive a honra de assumir a coordenadoria daquele Departamento, onde permaneci por quase 10 anos; onde angariei amizades e até hoje perdura esse contato. Passei a Juíza de Direito da 8ª Vara Criminal e, a partir de 2011, fui nomeada seguidamente como coordenadora de mutirões carcerários do Conselho Nacional de Justiça em São Paulo, Sergipe, Bahia, Rio de Janeiro. Em meio a minha trajetória, em junho de 2013 veio a promoção a Juíza Substituta em 2º Grau.

Pelas mãos dos Desembargadores Luis Soares de Mello e Euvaldo Chaib Filho fui integrar a 4ª Câmara Criminal, na cadeira do então Presidente, Desembargador Ivan Ricardo Garisio Sartori. Aprendi muito, o que viabilizou sem qualquer dúvida o fato de hoje estar vivenciando esse momento muito emocionante na minha vida. Dentro da Seção Criminal, pude dar a minha contribuição com passagens pela 7ª, 9ª e 11ª Câmaras Criminais. Além disso, integrar a 3ª, a 9ª e 12ª Câmaras Criminais Extraordinárias, compondo até hoje a 4ª Câmara Criminal e a Coordenadoria Criminal de Execuções Criminais deste Egrégio Tribunal de Justiça, o maior do país, senão do mundo, em estrutura e desempenho.

Não é por outro motivo que, em tempos pandêmicos, esta Corte proferiu mais de 46 milhões de atos processuais. Em cada uma das Câmaras deparei-me com desafiador volume de trabalho e aprendi sempre com todos os seus integrantes; o exercício da atividade jurisdicional me deu, como até hoje, força e motivação para estudar cada vez mais. Daí o gosto de participar de cursos e congressos variados e, como dizia o filósofo Hobbes: "o conhecimento é uma fonte de poder". E o amor pelo estudo diuturno me trouxe a incumbência de um ensino hoje colocado à prova em um mundo líquido, daí as inúmeras palestras e aulas que tive o prazer de assistir e ministrar em vários locais, em vários países, em vários Estados deste Brasil. Agraciada sempre com atenção e a gentileza de colegas e alunos.

Honra-me agora o Tribunal de Justiça com a cadeira de Desembarga-

Acesso ao Sumário

dora na Seção Criminal. E não posso deixar de agradecer a todos que fizeram acompanhar nessa minha trajetória, desde minha querida filha Malu, dos esforçados servidores que trabalharam comigo, das distantes comarcas, além de incansáveis, que me ajudaram no Departamento Técnico de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária - Dipo. E, dos últimos anos, os integrantes do meu gabinete enquanto Juíza em 2º Grau.

A que pesem os estranhos tempos em que vivemos sob ataque ao Judiciário e seus integrantes, desprezadas frequentemente a lhaneza, a inteligência e as instituições, afirmo e reafirmo a minha vontade e disposição para, enquanto julgadora, atenta às leis e à Constituição, de maneira imparcial, prezando pela celeridade e ao mesmo tempo o respeito às tradições desta Corte de Justiça, construir com minhas decisões um país melhor.

Muito obrigada.

DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente da Seção de Direito Privado)

Discurso proferido na Posse dos Desembargadores Cláudio Lima Bueno de Camargo, Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, Lauro Mens de Mello e Ivana David (Solenidade realizada em 02.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos às autoridades e empossandos).

Pude perceber nos discursos de cada um o relato da dificuldade e da grande quantidade de trabalho que temos nessa caminhada até aqui. É um ponto comum, é uma dificuldade que temos e um dever muito bem cumprido pelos quatro novos colegas que hoje passam a integrar o Tribunal de Justiça de São Paulo.

É uma honra recebê-los. É muito bom tê-los nessa nova fase, como disse o Vice-Presidente, renovando os nossos quadros, o que tem que sempre acontecer. É muito bom ver a dedicação que têm em relação ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Eu fico realmente feliz de verificar essa disposição para luta.

Nesta cerimônia o Direito Privado vai ficar sem nenhum componente, mas torcemos para que cada um, seja na Seção de Direito Criminal, seja na Seção de Direito Público, seja feliz. Sabemos que o Tribunal de Justiça é um só e por ele nós lutamos. Não quero me alongar, só quero desejar o melhor para os quatro. Estou sempre à disposição, a Seção de Direito Privado está sempre à disposição, para o que precisarem.

Boa tarde e obrigado pela palavra.

Acesso ao Sumário

PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO (Presidente da Seção de Direito Público)

Discurso proferido na Posse dos Desembargadores Cláudio Lima Bueno de Camargo, Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, Lauro Mens de Mello e Ivana David (Solenidade realizada em 02.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Boa tarde a todos. Vice-presidente Luis Soares de Mello, que preside essa cerimônia, permita-me umas breves palavras para os nossos empossandos e agora Desembargadores, Lauro Mens de Mello, Claudio de Lima Bueno de Camargo, Ivana David e Silvia Meirelles. De modo especial, gostaria de fazer uma breve consideração em relação à desembargadora Silvia Meirelles. Não apenas porque até ontem integrava a Seção de Direito Público como Juíza Substituta de 2º Grau e em breve retornará como Desembargadora, mas, sobretudo, porque a nossa vida profissional acabou se cruzando na inesquecível 8ª Vara da Fazenda Pública de Campinas, onde judiquei por alguns anos e iniciei ali a trajetória que me levou à especialização e a minha permanência aqui, na Seção de Direito Público, por mais de 20 anos. Ali eu encontrei, como Juíza Auxiliar, a Silvia. Ela já se encontrava ali há algum tempo e muito me ajudou naquele momento de transição entre uma Vara Cível e uma Vara de Fazenda e transição também entre uma cidade como Campinas e uma cidade como São Paulo, o que é sempre complexo para quem vem do Interior. E a Silvia estava ali, sempre serena, sempre tranquila, sempre humilde.

E vim a saber, então, que ela era sobrinha do inesquecível Desembargador Carlos Alberto Ortiz, a quem ela se referiu na sua saudação. Por certo ela herdou do tio esse perfil de simplicidade, de humildade, sem, claro, esquecer a extraordinária competência jurídica. O Desembargador Carlos Alberto Ortiz foi Juiz em Andradina na década de 60. Transcorridos mais de 50 anos, quase 60 anos, ainda hoje é uma pessoa queridíssima, justamente pela sua maneira sempre simples, sempre humilde, de tratar as pessoas, independentemente do cumprimento das suas tarefas como Juiz. Então, deixou esse perfil que, para mim, é um perfil que exemplifica ou deve exemplificar, deve seguir, de paradigma de um Juiz, de um Magistrado. E a Silvia, em grande parte, herdou do Desembargador Carlos Alberto Ortiz essas características como Juíza, que eu tanto admiro. Admiro não só do ponto de vista intelectual, mas sobretudo do ponto de vista humano. Silvia, eu desejo que seja feliz nessa nova etapa da carreira. Também desejo, de modo especial, que você volte e volte muito brevemente no convívio da Seção de Direito Público, onde será recebida de braços abertos.

Acesso ao Sumário

GUILHERME GONÇALVES STRENGER (Presidente da Seção de Direito Criminal)

Discurso proferido na Posse dos Desembargadores Cláudio Lima Bueno de Camargo, Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, Lauro Mens de Mello e Ivana David (Solenidade realizada em 02.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Hoje é um dia que realmente merece ser comemorado, porque acabam de tomar posse as Desembargadoras Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade e Ivana David e os Desembargadores Claudio Bueno de Camargo e Lauro Mens de Mello, Magistradas e Magistrados competentes, dedicados, comprometidos e que sempre dignificaram o exercício da Magistratura.

Em dias de reconhecidas dificuldades, estas solenidades nos fazem viver sem perder a capacidade de acalentar sonhos e esperanças, e buscar sempre um grande motivo para sermos felizes. Tenho certeza de que a felicidade da Silvia, da Ivana, do Claudio e do Lauro é forte neste momento festivo e de realização, porque atingir o último degrau da carreira é um sonho acalentado por todos que ingressam na Magistratura.

Igualmente, a alegria desta Corte se justifica, porque está engrandecida com a posse dos novos colegas, todos com trajetória exemplar na Magistratura.

Não posso também, na qualidade de Presidente da Seção de Direito Criminal, deixar de manifestar minha satisfação pelo fato de a Desembargadora Ivana e os Desembargadores Cláudio e Lauro Mens terem optado por integrar a nossa Seção Criminal. Ou melhor, Ivana David e Lauro Mens continuam a integrar a nossa Seção, porque já atuavam há muitos anos como Juízes Substitutos em 2º Grau. E o Desembargador Claudio Bueno de Camargo, a quem também não conhecia, só de nome, eu dou aqui as boas-vindas e já, de antemão, agradeço a escolha. Sei da sua capacidade e da sua formação. Também acho que sempre é salutar que os colegas, que já se especializaram em determinada área, possam escolher a Seção que desejam trabalhar.

Nós, que pensamos na Instituição como um todo, não desejamos apenas que uma das Seções esteja completa, mas gostaríamos que todas as Seções estivessem completas. Isso seria bom não para nós, mas para o jurisdicionado. Eu quero finalizar parabenizando todos os colegas pela conquista e desejar uma feliz jornada nesta nova etapa da carreira.

Um abraço a todos.

Acesso ao Sumário

RICARDO MAIR ANAFE (Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo)

Discurso proferido na Posse dos Desembargadores Cláudio Lima Bueno de Camargo, Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, Lauro Mens de Mello e Ivana David (Solenidade realizada em 02.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos presentes e aos empossandos).

Conheço de longa data a Desembargadora Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade. É uma Juíza fantástica, sempre muito dedicada, ficava até tarde lá no nosso prédio da Fazenda Pública, trabalhando, sempre deu um exemplo fantástico. Eu rendo todas as minhas homenagens à Silvia. A Ivana David, eu conheço também de longa data, mas não tão proximamente. Há um detalhe que me chama muito a atenção em relação à Ivana. Ela fala dos cursos que participou, dos cursos em que proferiu palestras, nos quais ela sempre procurou elevar a imagem do Tribunal de Justiça de São Paulo. Sempre. Isso é uma coisa muito importante, é uma coisa marcante em relação à Desembargadora Ivana David. É uma característica que tem que ser reconhecida, porque ela sempre buscou, nesses cursos todos, dedicar um tempo à elevação da imagem do Poder Judiciário. O Desembargador Lauro Mens de Mello conheci já quando era Juiz Substituto em 2º Grau. Extremamente arguto, rápido, uma inteligência vivaz. É um crítico sagaz, que eu admiro e respeito. Sempre trabalhou muito e sempre com muita dedicação. Como Desembargador, por certo, não é diferente. Eu rendo as minhas homenagens. O Desembargador Claudio Lima Bueno de Camargo não tive a honra, a felicidade, de conhecer outrora, mas temos um amigo em comum que, ao comentar acerca do Desembargador, referiu-se a ele com uma única palavra: seriedade. É uma pessoa muito séria, é um profissional muito sério, que sempre foi extremamente dedicado. E agora, como Desembargador, não é diferente.

Acesso ao Sumário

Logo no início da sessão houve o compromisso, que fizemos também quando éramos Juízes Substitutos e ingressamos na carreira. O mais importante que nós, no fundo do coração, temos neste momento não é um compromisso formal - na realidade é uma renovação de um compromisso de amor ao Poder Judiciário. Esse é o momento mais importante, é o momento da gratidão, como disse o Desembargador Cláudio e a Silvia também, é um momento de lembrar tudo o que nós já passamos, por todo trabalho que nós tivemos, pelas cicatrizes mencionadas pelo Lauro e por todo esforço que nós dedicamos à carreira e deixamos, por vezes, a família de lado.

Esse momento, mesmo para aqueles que são Juízes Substitutos, tem a mesma graça, tem a mesma galhardia do Juiz que vem da vara, pois chegaram

ao mais alto cargo na carreira e todos merecem, sem sombra de dúvida, o aplauso de todos nós. Os senhores estão de parabéns.

Muito obrigado.

LUÍS SOARES DE MELLO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Encerramento da Cerimônia de Posse dos Desembargadores Cláudio Lima Bueno de Camargo, Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, Lauro Mens de Mello e Ivana David (Solenidade realizada em 02.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Estejam certos, Vossas Excelências Desembargadores hoje empossados, a partir de agora já ostentam o grande título. É uma alegria recebê-los como companheiros de jornada no último degrau de nossa carreira. Vossas Excelências representam mais um motivo de orgulho para todos os Juízes de São Paulo e representam aqueles Magistrados que bem sabem que a investidura em cargo de tamanha elevação é para que, através dele, o bem seja semeado na sociedade, como Vossas Excelências têm feito até o dia de hoje.

Desejo muito sucesso, muita felicidade, que já existe nas suas formações e ela, certamente, vai continuar nesses novos tempos, nessa nova trajetória. Eu quero, por fim - até saindo do roteiro - saudar o Desembargador Carlos Alberto Ortiz. Foi uma lembrança maravilhosa saber que Vossa Excelência, Desembargadora Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, é sobrinha e que corre no seu sangue o sangue daquele homem magnífico, admirável, carismático. Foi um dos homens mais carismáticos que conheci na carreira, com quem convivi muito bem. Era um grande homem, ensinava a todos, de uma simplicidade e sabedoria extremas. Fiquei muito feliz, como também ficou o Desembargador Paulo Magalhães da Costa Coelho, ao lembrar do nome dele. É uma alegria ver esse nome aqui citado hoje.

Quero, por fim, sem querer pecar por omissão eventual, mas me adaptando, digamos assim, aos tempos de hoje, virtuais, cumprimentar todos aqueles que estão na minha tela e que são nossos colegas.

(Cumprimentos aos Magistrados presentes).

Muito obrigado pela solenidade, foi muito bonita. Parabéns a todos os empossados, que continuem, repito, com a felicidade que ostentam até hoje e eu, com muita honra, declaro encerrada essa questão.

Parabéns a todos.

Acesso ao Sumário

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de abertura da Cerimônia de Posse dos Desembargadores Djalma Rubens Lofrano Filho, Nelson Fonseca Júnior e Airton Vieira (Solenidade realizada em 23.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos presentes).

Cumprimento o Juiz Djalma Rubens Lofrano Filho, natural de Mirassol, sua esposa Ana Cecília, seus filhos Ana Flávia e Guilherme, e seus pais, o Desembargador Djalma Rubens Lofrano, ícone da Magistratura paulista, a quem reverenciamos pelo seu passado de Magistrado exemplar e por ser uma figura humana extraordinária, com quem tive o privilégio de judicar no Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, e sua mãe, a senhora Maria Apparecida Lopes Lofrano. Sua Excelência, o Desembargador Djalma Rubens Lofrano Filho é Juiz Substituto em 2º Grau e toma assento na vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador Sérgio Godoy Rodrigues de Aguiar.

Cumprimento, ainda, o Juiz Nelson Fonseca Júnior, que iniciou sua judicatura em Casa Branca, de tantas tradições, e que assume a vaga do Desembargador Márcio Orlando Bártoli que, até poucas semanas, ornamentava o Colendo Órgão Especial desta Corte, e é um dos expoentes da nossa Magistratura. Cumprimento a esposa Solange, as filhas Maria Carolina e Maria Júlia, e as irmãs, a nossa querida Desembargadora Claudia Lucia Fonseca Fanucchi, minha companheira de 5ª Câmara Criminal, e Tereza Cristina Ribeiro da Silva. Sua Excelência é filho do finado Desembargador Nelson Fonseca, com quem igualmente tive o prazer de judicar no Tribunal Regional Eleitoral, em momentos que nunca esquecerei e que estão gravados no meu coração.

Cumprimento o Juiz Airton Vieira, que chega à Corte na vaga do Desembargador Francisco Occhiuto Júnior e que tem honrado a Corte junto aos Tribunais Superiores, especialmente junto ao Supremo Tribunal Federal, prestando serviços de altíssima relevância. Cumprimento sua esposa, a Juíza Claudia Caputo Bevilacqua Vieira, seus filhos Eduardo e Fernando, e seu sogro, o Desembargador Francisco Roberto Alves Bevilacqua, outro expoente da Magistratura, mercê de seus atributos intelectuais e pessoais.

Os Magistrados de carreira passam por inúmeros momentos de importância: a posse, o vitaliciamento, a primeira Comarca como Titular, a promoção à última Entrância e, agora, ao cargo máximo da Magistratura Bandeirante. É motivo de júbilo e comemoração. Daí a importância ímpar desta solenidade, que é realizada de longe, mas que nos permite nos aproximarmos um dos outros com o coração.

Acesso ao Sumário

Sejam todos bem-vindos.

DJALMA RUBENS LOFRANO FILHO (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua Posse e dos Desembargadores Nelson Fonseca Júnior e Airton Vieira (Solenidade realizada em 23.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Geraldo Francisco Pinheiro Franco, na pessoa de quem cumprimento todas as demais autoridades presentes.

É com muita honra e alegria que tomo posse nesta data no cargo de Desembargador deste Tribunal de Justiça, atingindo, assim, o ápice da carreira de Magistrado no Estado de São Paulo. E essa alegria é ainda maior por compartilhá-la com dois queridos amigos e colegas, os Desembargadores Nelson Fonseca Júnior e Airton Vieira, que conheço desde o início da carreira. O Desembargador Nelson Fonseca Júnior e eu, aliás, tenho que registrar, estudamos juntos para o concurso. E o Airton Vieira trabalhou comigo na 6ª Vara Criminal, aqui do Estado de São Paulo. Estamos aqui hoje, os três, somos amigos e tomando posse como Desembargadores.

É um momento muito importante, no qual é inevitável lembrar dessas etapas todas da carreira, desde o seu início, em que assumimos grande responsabilidade, apesar de ainda muito jovens, como Juízes Substitutos. Essa posse, ainda que virtual, me emociona, pois me traz memórias, fatos e pessoas com as quais tive o prazer de conviver e aprender em todos esses anos.

Gostaria de lembrar que foi aqui nessa casa de Justiça, no Tribunal Bandeirante, que iniciei minha jornada laboral, no cargo de escrevente, há 36 anos. E foi aqui também que conheci minha então colega, também escrevente, Ana Cecília Nóbrega Lofrano, depois, Procuradora do Estado de São Paulo, hoje, minha esposa e que, desde então, tem sido minha querida companheira, sempre presente seja nas conquistas, seja nos momentos mais difíceis, merecedora de todas as homenagens e o meu mais profundo agradecimento. Desta união nasceram duas lindas crianças, Ana Flávia e Guilherme. Hoje, adultos, seguindo seus caminhos, em profissões diferentes das abraçadas pelos pais. Nesse momento, gostaria de desejar-lhes toda felicidade, sucesso, alegria e que possam realizar todos os seus sonhos.

Como todos sabemos, a nossa missão é árdua, é uma carreira feita de

Acesso ao Sumário

percalços e desafios. E quando se chega ao ápice, depois de tantos anos, tem-se uma sensação de vitória e de se ultrapassar uma etapa importante da vida, para trilhar um recomeço, com maior maturidade, experiência e novos desafios. No meu caso, percebo com total clareza que não obtive esta vitória sozinho. Nesses anos todos, contei com a boa sorte de ter sempre a companhia de pessoas que me estenderam suas mãos amigas. Gostaria, nesse momento importante – importante para mim, importante para todos nós aqui – de lembrá-las intimamente para externar meu mais profundo agradecimento. São muitos colegas e amigos, alguns que estão presentes aqui e alguns que já não estão mais nesse plano da existência, mas todos foram de fundamental importância na minha formação profissional e pessoal e com quem muito aprendi e sigo aprendendo. Gostaria também de externar um especial agradecimento aos Eminentes Desembargadores da 13ª Câmara de Direito Público, onde estou há oito anos. Magistrados vocacionados, de grande capacidade intelectual e que me acolheram com respeito e consideração e, também, tiveram muita paciência comigo. Agradeço a todos com carinho. Agradeço ainda aos nobres servidores com os quais tive a oportunidade de trabalhar durante toda a carreira, com um especial reconhecimento à dedicação da minha atual equipe de assistentes, que me auxilia diariamente a vencer o volume de trabalho expressivo. Sem o auxílio desses valorosos e dedicados servidores, dificilmente conseguiríamos vencer as sucessivas etapas de nossa profissão.

Eu gostaria de aproveitar esse ensejo, Presidente, para homenagear uma pessoa, que é muito querida e que tem sido minha grande inspiração e que está aqui comigo hoje. Está ao meu lado, e em todos esses anos sempre me estimulou, me ensinou com o seu exemplo de gentileza a respeitar e a honrar a toga e a Justiça. Estou me referindo ao meu pai, Djalma Rubens Lofrano. É um Magistrado dedicado e generoso, que tantos anos de sua vida dedicou a essa casa, à Justiça Bandeirante. Muitos aqui compartilharam de sua convivência pessoal, conheceram sua afabilidade, sua grandeza de espírito. A meu pai, o meu mais profundo agradecimento e a promessa de que farei tudo para não o decepcionar, enquanto ainda tiver energia e disposição, para exercer essa nobre profissão. E aproveito também o ensejo para agradecer minha mãe, Maria Apparecida, e meu irmão Jesus, que também foi Magistrado aqui nessa Casa. E um agradecimento especial à minha querida irmã Fernanda, que sempre me apoiou nos momentos bons e ruins durante todos esses anos.

Acesso ao Sumário

Encerro essa breve fala lembrando que esses anos de Magistratura não foram fáceis, muito pelo contrário, sempre me trouxeram desafios e obstáculos. Mas foi nessa luta diária, senhor Presidente, que eu aprendi como essa profissão é abençoada e de importância fundamental para a pacificação e, também, para a perpetuação da sociedade. O exercício da profissão me mostrou que o Juiz tem também a função relevante de combater o egoísmo e lavar o coração, tirar as

revoltas, os ódios, a cólera daquele que bate às portas da Justiça com uma petição. E para isso tem a obrigação de ouvir todos com muita atenção. O simples ato de dar a todos que o procuram um ouvido atento e isento, já é um ato de Justiça. Quem se encontra tomado pela injustiça deseja, mais até do que ganhar a causa, que seu coração seja lavado, que seu sofrimento seja aliviado da revolta e do rancor. E o ato de ouvir traz esta missão sagrada ao Juiz, que é a de elevar a consciência dos que estão em conflito e, muitas vezes, apenas com este gesto a contenda já se resolve. Ao abrir as portas da Justiça para o cidadão, o Juiz está oferecendo uma porta de continuidade para a própria sociedade, pois se a Justiça prevalece, a sociedade se perpetua, torna-se saudável, bem organizada, com o seu bom funcionamento assegurado. Por outro lado, uma sociedade sem Justiça sucumbe, entra em colapso, não se perpetua, entra em processo autodestrutivo.

Então, eu lembro, sim, que foram anos difíceis, mas como diz o ditado popular, nos mares tormentosos são moldados os bons marinheiros. Eu não sei, Senhor Presidente, se sou um bom marinheiro, não me cabe julgar. Quem julgará serão os colegas, os amigos, os jurisdicionados, os operadores do Direito. Mas eu posso dizer uma coisa, senhor Presidente, com toda a certeza: sempre me esforcei, me dediquei ao máximo, fiz o melhor que pude para desempenhar essa missão. E aprendi desde criança que é fundamental para o ser humano, no seu processo de desenvolvimento, realizar austeridade, ter disciplina e responsabilidade. Cultivando o terreno com dedicação, é garantido que os bons frutos apareçam. E com eles também chegam mais disciplina, mais austeridade e mais responsabilidade. É um eterno ciclo. Assim tem sido comigo. E embora eu já tenha conseguido alcançar muito mais do que eu ousei sonhar, penso estar, sim, preparado para colher os frutos que ora me são gentilmente oferecidos e para prosseguir nessa jornada, anelando ainda ter saúde e energia para permanecer por mais algum tempo no exercício dessa missão tão difícil, mas também tão nobre e gratificante.

Encerro, Senhor Presidente, não poderia ser diferente, agradecendo a Deus, porque já disse Rui Barbosa, sem Deus não há Justiça. E eu quero agradecê-Lo por tudo que Ele tem generosamente me ofertado. E rogo-Lhe que traga saúde, equilíbrio, harmonia e Justiça para todos nós, que se faça presente em todos aqui, em todos os amigos que assistem essa cerimônia, em todos os lugares, para aliviar o sofrimento, trazer luz e alegria ao mundo, nesses tempos difíceis que estamos atravessando. É isso, Presidente.

Muito obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

NELSON FONSECA JÚNIOR (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua Posse e dos Desembargadores Djalma Rubens Lofrano Filho e Airton Vieira (Solenidade realizada em 23.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Antes de mais nada, gostaria de parabenizar os outros dois empossandos, os Magistrados Djalma Rubens Lofrano Filho e Airton Vieira. Primeiro, por coincidência, o filho do ilustre Desembargador que está presente agora, Djalma Rubens Lofrano, que, por força do destino, trabalhou por muitos anos ao lado de meu pai, em 1ª Instância, quando as varas criminais ainda funcionavam no Palácio da Justiça. Depois, já no extinto Tribunal de Alçada Criminal, salvo engano, na 7ª Câmara de Direito Criminal (onde o Procurador era Damásio Evangelista de Jesus), composta pelos ilustres Desembargadores Adalberto Denser de Sá e Maurílio Gentil Leite, os três últimos a exercerem a 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça, atual Presidência da Seção de Direito Criminal. Se meu pai estivesse vivo, com certeza, com aquela ironia que lhe era peculiar, ele falaria: "minha Câmara só tem perna de pau", fazendo um paralelo com o futebol de várzea. Posteriormente, trabalharam nesta Corte de Justiça, na 6ª Câmara de Direito Criminal, e exerceram juntos também cargos de direção do Tribunal Regional Eleitoral. Ambos fizeram a primeira eleição com urna eletrônica no Estado de São Paulo, na década de 90. É muita honra para mim participar da cerimônia agora com o Djalma Rubens Lofrano Filho. O Juiz Airton Vieira, por outro lado, é meu colega do 160º Concurso de Ingresso na Magistratura e alguém por quem eu tenho enorme apreço, não só pela sua competência e capacidade de trabalho, mas também pelo ser humano diferenciado que é. Honra-me tomar posse com Vossas Excelências.

Senhor Presidente, pretendo ser breve. Este ano para mim foi de superação e o momento, sem dúvida alguma, é de gratidão. Primeiramente, agradeço a Deus por me dar condições de iniciar um novo ciclo na minha carreira ao assumir hoje o honroso cargo de Desembargador desse Egrégio Tribunal de Justiça, mesmo após ter sido atingido por ventos fortes, que tentaram me derrubar no mês de abril passado. Neste ano, também perdi meu pai, Nelson Fonseca, minha referência pessoal e profissional, Magistrado sério e corajoso, que certamente exerceu forte influência na minha escolha pela Magistratura, carreira que abracei e que tanto amo. Mas o que importa é que o pior já passou, já estou quase plenamente recuperado, estou voltando.

Agradeço ainda o amor incondicional da minha família, da minha esposa Solange, com quem estou casado há 27 anos. Companheira de toda hora, nos bons e maus momentos que a vida nos proporciona, e que nos deu duas filhas

Acesso ao Sumário

maravilhosas, Maria Carolina, minha primogênita, Advogada; e a caçula, Maria Júlia, Publicitária. Meninas do bem, extremamente dedicadas ao trabalho e à família, que muito me orgulham por isso. Também agradeço às minhas queridas e muito amadas irmãs, Tereza Cristina e Cláudia Lúcia, que me mimam até hoje, graças a Deus. Essa é uma vantagem de ser filho e irmão caçula.

Quero fazer um especial agradecimento aos ilustres integrantes da 10ª Câmara de Direito Criminal, os Desembargadores Carlos Augusto Lorenzetti Bueno, Fábio Monteiro Gouvêa, Francisco José Galvão Bruno, Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior, que também preside atualmente o Tribunal Regional Eleitoral, nossa queridíssima Presidente, Desembargadora Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida, que me acolheram como parte integrante dessa família, ainda como Juiz convocado, no ano de 2012. E onde permaneci até hoje como Juiz Substituto em 2º Grau. Não poderia deixar igualmente de agradecer o apoio dos meus queridos amigos, irmãos de coração ou irmãos de alma, como preferem alguns, Milton Coutinho Gordo, César Santos Peixoto e Alexandre Carvalho e Silva de Almeida, que vêm me dando irrestrito apoio neste ano tão difícil e tortuoso. Muito obrigado, vocês foram extraordinários.

Por derradeiro, agradeço às minhas funcionárias de gabinete, Luciene, Larissa, Rose, Aline, Mônica e Luciana, pela amizade que tanto nos tem unido. Bem como a todos os demais servidores deste Tribunal de Justiça, com quem aprendi e aprendo muito e que me acompanharam ao longo dos quase 31 anos de carreira, dando-me sempre o suporte necessário para alcançar agora a insígnia de Desembargador.

Termino aqui a minha fala, Senhor Presidente, até porque o momento requer brevidade, para renovar meu compromisso por ocasião do início de carreira, ainda como Juiz Substituto, de continuar na minha busca incansável de sempre fazer o meu melhor.

Muito obrigado a todos.

AIRTON VIEIRA (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua Posse e dos Desembargadores Djalma Rubens Lofrano Filho e Nelson Fonseca Júnior (Solenidade realizada em 23.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos às autoridades).

Acesso ao Sumário

Esta posse tem um colorido diferente para mim, porque na companhia de dois antigos amigos, Nelson Fonseca Júnior, do meu concurso; e Djalma Rubens Lofrano Filho, com quem compartilhei a minha primeira designação na Capital. Que honra os ter nesta oportunidade, que Deus abençoe a nós três, especialmente a Vossas Excelências.

No princípio, era o verbo; no meu início, porém, foram os meus pais. Fé e esperança foram guardadas na caridade por longos 16 anos, até que *habemus filium* – a partir de então, tudo se voltou para aquele que foi único: amor, dedicação e sacrifício. Desde um colégio particular, Marista Nossa Senhora da Glória, até o curso de Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Eu não quis prestar vestibular na reconhecida e famosa São Francisco. Tive lá os meus motivos. Segundo Cora Coralina, a verdadeira coragem é ir atrás de seu sonho, mesmo quando todos dizem que ele é impossível. Eu fui atrás, mesmo desnecessariamente onerados, nunca reclamaram, confiaram em mim. Meu pai dizia que conhecia o filho que tinha, especialmente quando amigos seus falavam para ele que eu deveria trabalhar, haja vista que eu sempre só estudei, exceto quando dei aulas de xadrez por alguns anos. Fisicamente presentes na minha posse como Juiz de Direito, no dia 11 de janeiro de 1991; hoje também com certeza estão presentes, Álvaro Vieira e Lourdes Caminhoto Vieira, compartilhando o ponto final profissional da sua criação. A eles, a quem tudo devo, aos meus familiares, muito obrigado.

Já Juiz de Direito, avançado na vida e na carreira, o destino presenteou-me ao me aproximar de uma então colega, hoje Juíza de Direito titular da 11ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de São Paulo, Cláudia Caputo Bevilacqua Vieira, o que muito facilitou a sua tolerância para com a minha pessoa e as minhas idiossincrasias, há quase 19 anos. Sem a sua compreensão, nada teria sido alcançado. Frutos benditos desta união, Eduardo e Fernando, que vieram alegrar definitivamente a minha vida, sem eles três, nada teria sido bom como foi e como é. E é também graças aos meus sogros preferidos, como eu costumo dizer, o Desembargador Alves Bevilacqua, que foi Decano deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a quem muito devo, que muito me ajudou, e a Senhora Maria Lúcia, a Dona Malu, pais que a lei me deu, aos quais tenho uma enorme dívida de gratidão.

Acesso ao Sumário

Na linha a que me propus, Senhor Presidente, só agradecerei.

Agradecerei não aos meus grandes predecessores, mas, sim, aos meus grandes preceptores; muitos talvez nem saibam a razão do agradecimento, outros talvez nem se lembrem. É certo que toda a lista é perigosa, como já advertiu Umberto Eco, no seu A Vertigem das Listas. Em nela mencionado, entende que quem mencionou não fez mais do que a obrigação. Quem nela não se vê mencionado, entende-se olvidado. Assumo o risco, mas ressalto que não se trata de

uma lista apenas de amigos. Fosse apenas de amigos, inúmeros outros nomes aqui entrariam. É uma lista de amigos, sim, mas daqueles que, de um modo ou de outro, ajudaram-me na construção da minha carreira. A esse respeito, novamente com Cora Coralina, muitos se ufanam, "não devo nada a ninguém"; engano, devemos muito a todos, a todos mesmo. Como estudioso e apaixonado pela Idade Média que sou, o meu trabalho sempre foi semelhante à predicação, dado o princípio da oralidade, até hoje por mim empregado em 100% dos casos. Para tanto, evidentemente, sempre tive necessidade de uma verdadeira família profissional estendida, os que os antigos chamavam de taquígrafos ou secretários, como bem pontuado por Dom Paulo Evaristo Arns, no livro que trata de São Jerônimo e o estudo sobre o Livro. Geni, Ivana, Carlos Magno, Rafael Picolomini, Ricardo Farias, Luiz Felipe, Napoleão Barreto, Vinícius Thomaz, Alex Rosa, Rosana Barreira, Zenaide, Cláudia Braccio, Jeferson Pessoa, Bruno Rabello de Moraes e Cristina Kusahara. Dentre os colegas e amigos, dos quais jamais poderei olvidar, menciono o Desembargador que tenho a honra de ver à minha frente agora, José Gaspar Gonzaga Franceschini, que foi meu Professor de Direito Civil por cinco anos na PUC em São Paulo e depois levou-me para lá, onde fiquei por 11 anos ministrando aulas de Direito Civil, e a quem tenho como um pai profissional. E outros Desembargadores. Laerte Sampaio, falar sobre ele é falar também na Dona Lia, Lia Marrone,

a sua esposa, um beijo no seu coração. E a certeza, Doutor Laerte, de que continuarei com a promessa que formulei: salvar vários toda semana. Pode cobrar de mim, esteja o senhor onde estiver. Sílvio do Amaral, Dirceu de Mello, Carlos Alberto Ortiz, que foram do meu concurso, o Advogado Heitor Regina, os Desembargadores Correa de Moraes, Ricardo Dip, Luiz Tâmbara, Mário Devienne Ferraz, Waldir Sebastião de Nuevo Campos, Fernando Torres Garcia, Artur Marques, Renzo Leonardi, Antônio Benedito Ribeiro Pinto, Walter Barone. Aqueles da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, Desembargadores Munhoz Soares, Maurício Vidigal, Renato Nalini, Ivan Sartori, Pereira Calças, Marcelo Gordo, Afonso de Barros Faro Júnior, Carlos Dias Motta, Antônio Carlos Alves Braga Júnior, Edison Brandão, César Mecchi Morales, Armando Prado de Toledo e Rafael Salvador. Para cada um, eu teria e escrevi algumas palavras. Não vou ler, mas oxalá tenho certeza devem saber o porquê estou a mencioná-los. Obrigado por tudo, que Deus sempre os abençoe. Aos Juízes Laerte Marrone de Castro Sampaio, Marco Fábio Morsello, Roger Benites Pellicani, Marco Aurélio Pelegrini de Oliveira e Márcio Lúcio Falavigna Sauandag, sem eles eu não teria realizado metade do que pude realizar, são irmãos que eu tive em decorrer da minha vida. E ainda, como diz no seu livro, anão nos ombros dos gigantes, vou com Umberto Eco mais uma vez. Ministro Cezar Peluso, não acreditei no que a querida amiga Glaís Peluso me disse naquela tarde, no quarto andar do Tribunal de Justiça de São Paulo. Poder ter tido a oportunidade de

Acesso ao Sumário

assessorá-lo na Presidência do Supremo Tribunal Federal, conversar por várias horas e, portanto, aprender com Vossa Excelência, foi das maiores dádivas que recebi na minha vida profissional. Estava diante de alguém, para mim inatingível, um ídolo. O tratamento educadíssimo, a afabilidade, a lhaneza com que sempre fui tratado, com respeito, só fez crescer, como até hoje cresce, a minha admiração por um dos nossos maiores cultores do Direito. Do fundo do meu coração, muito, mas muito obrigado mesmo, por tudo, Ministro Antonio Cezar Peluso. Ministro Alexandre de Moraes, conhecido desde os noventas, quis o destino que eu viesse a ter a elevada honra de assessorá-lo no Supremo Tribunal Federal. Por óbvio, na única área onde eu menos poderia comprometer, a criminal. Nesses anos todos, aumentei o respeito pelo amigo, cunhei a admiração pelo Ministro e conheci um outro lado da Magistratura, sobre o qual poderia imaginar, jamais conhecer, não fosse o privilégio de compartilhar do seu convívio pessoal e profissional. Aprendizado diário, inclusive, ante a sua inesgotável capacidade de trabalho, aliada a uma assombrosa rapidez de raciocínio. Por tudo, tudo mesmo, muito obrigado.

É hora de finalizar. A minha trajetória entre o colégio e a faculdade teve um hiato, uma vez que fiz parte da Congregação dos Irmãos Maristas. Antes, como mero aluno; depois, como irmão. Assim, invoco por derradeiro o Santo de minha devoção, São Marcelino Champagnat, fundador dos maristas, de quem recebi prova de que milagre existe. Meu pai testemunhou, minha mãe soube, é dizer "se Deus é por nós, quem será contra nós". Na paz e no bem, estejamos e continuemos todos nós.

ALEXANDRE DE MORAES (Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Discurso proferido na Cerimônia de Posse dos Desembargadores Djalma Rubens Lofrano Filho, Nelson Fonseca Júnior e Airton Vieira (Solenidade realizada em 23.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Acesso ao Sumário

(Cumprimentos às autoridades e empossandos).

Não é segredo para ninguém, seja em São Paulo, seja em Brasília, seja no Supremo Tribunal Federal, a minha enorme admiração pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. O Poder Judiciário sempre teve uma importância incomensurável na República e, nesses tempos agora, essa importância é cada vez maior. E o modelo de Poder Judiciário, obviamente, sem demérito de qualquer Corte, mas o meu modelo de Tribunal de Justiça é o Tribunal de Justiça do Estado de

São Paulo, que tive a honra de conhecer mais proximamente já em 1989, como estagiário do Ministério Público. Depois como Promotor de Justiça e, posteriormente, a convivência sempre muito próxima como Secretário de Justiça, como Membro do Conselho Nacional de Justiça, como Secretário de Segurança, como Ministro da Justiça e, agora, como Ministro do Supremo Tribunal Federal. Não é por outro motivo, Vossa Excelência, Senhor Presidente, que de tempos em tempos precisa suportar os meus pedidos para renovação dos meus Juízes instrutores, todos eles, obviamente, aqui do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Jamais ousaria fazer essa desfeita ao nosso Poder Judiciário Bandeirante.

E, entre eles, já convivendo há anos no meu gabinete, o agora Desembargador Airton Vieira. Obviamente, nem precisaria aqui dizer, porque todos conhecem a história do Desembargador Airton Vieira: é extremamente trabalhador, extremamente inteligente, é dedicado, é uma pessoa de fácil trato, é uma pessoa colaborativa, uma pessoa agregadora e o Brasil precisa realmente cada vez mais de pessoas e autoridades agregadoras. O Desembargador Airton bem disse que todos devemos a alguém, no bom sentido. Devemos a gratidão e devemos a amizade. É exatamente essa gratidão, essa amizade que devo também ao Desembargador Airton Vieira. Ao Airton, eu devo a amizade; e ao Magistrado e agora Desembargador Airton Vieira, devo a gratidão do auxílio na difícil missão de ser Ministro do Supremo Tribunal Federal. A sua serenidade, a sua competência, a sua tecnicidade. Sempre importante ressaltar que o que faz um gabinete, seja no Tribunal de Justiça, nós sabemos, seja no Supremo Tribunal Federal, seja na vida, é a equipe. E equipe se faz com lealdade, com competência, com amizade. E essa lealdade, essa competência e essa amizade eu fiz questão de vir agradecer. Tenho certeza de que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo permanecerá sempre honrando as suas tradições.

Os Desembargadores Djalma Rubens Lofrano Filho e Nelson Fonseca Júnior – os quais têm uma tradição familiar de honra, trabalho e competência pela Justiça Bandeirante – junto com o Desembargador Airton Vieira irão engrandecer cada vez mais o nosso Poder Judiciário Paulista, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Muito obrigado, presidente.

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Encerramento da Cerimônia de Posse dos Desembargadores Djalma Rubens Lofrano Filho, Nelson Fonseca Júnior e Airton Vieira (Solenidade realiza-

Acesso ao Sumário

da em 23.09.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Eu queria dizer que o Tribunal de Justiça de São Paulo está sempre se renovando, os valores novos vêm preencher as lacunas existentes. E 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 os Desembargadores Djalma Rubens Lofrano Filho, Nelson Fonseca Júnior e Airton Vieira, nomes já consagrados como Juízes de fina estirpe intelectual e moral, de quem tudo esperam as tradições desta Corte, que são o sacrifício, o trabalho, o compromisso, o amor à causa pública e a inteira dedicação aos que buscam para os seus direitos doentes a cura da Justiça.

Estejam certos, Vossas Excelências, que têm por seus méritos a admiração e o respeito de seus pares. Desejo sucesso e muita, muita felicidade nesses novos tempos e nessa nova trajetória. Sintam-se abraçados por todos os presentes.

Eu, antes de encerrar, eu saúdo novamente o eminente Presidente do Tribunal de Justiça de Roraima, Desembargador Cristóvão Suter, meu companheiro de Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, o Eminente Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Cezar Peluso, o Desembargador Djalma Lofrano, o Desembargador Gonzaga Franceschini, o Desembargador Francisco Bevilacqua, todos, absolutamente todos exemplos para nós, como Magistrados e como seres humanos, e que sempre honraram a Magistratura Bandeirante.

Muito obrigado. Eu declaro encerrada a solenidade e desejo a todos os presentes muita alegria e que Deus abençoe a cada um.

Muito obrigado.

JOSÉ CARLOS GONÇALVES XAVIER DE AQUINO (Decano do Tribunal de Justiça)

Abertura da Cerimônia de Posse do Desembargador Rogério Murillo Pereira Cimino (Solenidade realizada em 07.10.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Boa tarde a todos, cumprimento o Conselho Superior da Magistratura, do

qual faço parte, e saúdo o Doutor Rogério Murillo Pereira Cimino. O Doutor Rogério Murillo Pereira Cimino começou na atividade privada e, logo em seguida, passou para o Tribunal de Justiça, como Escrevente. Depois, prestou concurso para Procurador do Município e, ato contínuo, prestou concurso para Magistratura. No início da carreira foi Juiz da 52ª Circunscrição Judiciária, passando por Itapecerica da Serra e cidades como São José do Rio Pardo e São Sebastião, até chegar como Auxiliar da Capital e ter um cargo fixo. E, agora galga o mais importante posto da magistratura Bandeirante, que é o de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse como Desembargador (Solenidade realizada em 07.10.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Eu cumprimento o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, Digníssimo Decano desse Egrégio Tribunal de Justiça, que está me dando posse hoje, na pessoa de quem cumprimento todos os demais componentes dessa Casa.

Hoje, um sonho se realiza e uma ambição se concretiza. Vivo este momento ímpar em minha vida com intensa emoção, como, certamente, ocorreu com todos os colegas que me antecederam na ascensão a esta Corte. Corte da minha terra Bandeirante, da Bandeira das Treze Listas, e, parafraseando o Poeta, são treze lanças de guerra, cercando o chão dos paulistas.

Faço questão, entretanto, de vivê-lo afastando de mim o cálice da vaidade e do triunfo, para reafirmar que tenho a exata consciência de que assumo, doravante, as mais relevantes funções da vida pública atribuídas a um Magistrado e, ao assumi-las, não posso comemorar uma vitória, mas, sim, me comprometer, como o faço, a continuar trabalhando diuturnamente, com afinco e responsabilidade, em prol da defesa das instituições democráticas deste País, zelando pelo prestígio e autoridade das Leis e da Justiça.

Desde o início da minha carreira na Magistratura Paulista, passei por inúmeras provações e percalços. Nunca tive regalias, mas isto não fez falta nos planos de Deus e nos meus. Pelo contrário, o que pode parecer uma desvantagem aos olhos de uns é uma enorme graça aos olhos de outros, porque, na dificuldade, cada conquista se transforma num troféu de dignidade e de honra e estes são valores eternos que, com o passar do tempo, se tornam ainda mais valiosos.

Acesso ao Sumário

E, como sempre agi com retidão no exercício da função jurisdicional, nunca me faltou a esperança de ter o reconhecimento dos meus pares, e ascender ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

É imensa a alegria de poder compartilhar esta emoção com familiares e tantos amigos de luta, principalmente com aqueles que conhecem meus anseios de uma Magistratura forte e independente, desde meu ingresso na carreira, e que me antecederam na tomada de assento nesta Corte, contribuindo assim para a chegada deste momento.

O primeiro mandamento bíblico assevera: "Honra a teu pai e a tua mãe, para que te vá bem e vivas muito tempo sobre a terra". Deus me deu a ventura de ter comigo neste instante meu pai Murillo e in memoriam minha mãe Gilse, a quem procurei honrar durante toda minha vida. A eles ofereço toda a alegria deste momento, como recompensa por tudo que me deram.

Aos meus filhos Rafael e Murillo e à minha parceira, companheira e fortaleza, minha esposa Maria de Lourdes, o meu agradecimento por vocês existirem, por serem a razão da minha vida. Recebam o meu pedido público de perdão pelo rigor e pelas ausências de tantos momentos; estejam cientes de que nada significa mais para mim do que a nossa família e a nossa união e que me orgulho muito de vocês.

Aos meus irmãos que sempre estiveram a meu lado em toda essa jornada árdua, lotada de desafios e superações. Ao meu querido Mestre, exemplo de dignidade e seriedade, Celso Antônio Bandeira de Mello, um Jurista a quem qualquer elogio seria pouco, um verdadeiro anjo da guarda, que me apoiou no momento mais crucial da minha carreira, na certeza de que sem sua ajuda, hoje não estaria recebendo tão honrosa promoção, um agradecimento muito especial.

Agradecimento este que estendo a todos aqueles amigos queridos, colegas, Promotores de Justiça, Advogados e, especialmente, funcionários, que estiveram ao meu lado ao longo da carreira, e tornaram possível este momento, que por amor à brevidade, deixo de nominá-los, na certeza de que, sem o apoio de todos eles, jamais teria alcançado esse sonho que hoje se realiza, pessoas especiais que mesmo diante das adversidades sempre estiveram de forma leal, sincera e firme a meu lado, nunca esmorecendo, nem se acovardando.

Já concluindo, permito-me fazer uma citação. Ao tomar posse no cargo de Desembargador do Tribunal (de Apelação) do Distrito Federal, em 1944, Nelson Hungria fez uma oração final que expressa o que sinto, neste momento singular da minha vida. Disse ele e repito eu agora:

"Meus Senhores, atinjo, hoje, o grau maior da carreira. É escusado dizer que não mudarei de rumo, nem de modo de andar. Serei no Tribunal (de Apelação) o que sempre fui na Primeira Instância: um Juiz que, antes de consultar os manuais da Doutrina ou as revistas de Direito, aconselha-se com a própria

Acesso ao Sumário

consciência e dispõe de bravura moral para não atraiçoá-la. [.....] Continuarei a ser o Juiz que, quando reconhece os próprios equívocos, não vacila em confessá-los e emendá-los. {. }.

Prosseguirei como Juiz que não teme ameaças, nem se afrouxa com lisonjas. Continuarei a ter a coragem inteira da minha justiça, mesmo em face das demasias da autoridade ou dos punhos cerrados da multidão sediosa. Continuarei a ser um Juiz que não lava as mãos na bacia de Pilatos."

É exatamente como me sinto: com a consciência tranquila para prosseguir, tal e qual caminhei até aqui, e imensamente grato aos membros desta Corte de Justiça, pela oportunidade de integrá-la.

Muito obrigado.

DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente da Seção de Direito Privado)

Discurso proferido na Cerimônia de Posse do Desembargador Rogério Murillo Pereira Cimino (Solenidade realizada em 07.10.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Boa tarde. Eu cumprimento a todos na pessoa do Desembargador Decano José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, para não incorrer no erro de omitir o nome de alguém.

O agora Desembargador Rogério Murillo Pereira Cimino chega a este ponto da carreira com muito trabalho, com muita luta, com muitos sacrifícios – o caminho normal de um Desembargador. Nesses dois anos, começando no mês de janeiro do ano passado, trabalhei com o Doutor Rogério Murillo Pereira Cimino, na 9ª Câmara Privado. Durante todo esse período foi para mim um porto seguro, sempre disposto a ajudar da maneira que fosse solicitado, sempre reconhecido pelos seus pares na 9ª Câmara. Quando chegava o término de um período de designação, vinham os Presidentes da Câmara ou os integrantes pedindo para que ele permanecesse na 9ª Câmara.

Eu agradeço esse desempenho, essa luta do Desembargador Rogério Murillo Pereira Cimino, que em muito ajudou o Direito Privado e em muito ajudou o Tribunal de Justiça com a sua atuação, com a sua capacidade de trabalho na 9ª Câmara, que reduziu os acervos que foram a ele atribuídos.

Hoje ele está sendo promovido e indo para a 27ª Câmara, também do Direito Privado. Tenho certeza de que continuará a prestar esse belo serviço, com essa coragem, com essa disposição de nada objetar.

Acesso ao Sumário

Então, Desembargador Rogério Murillo Pereira Cimino, seja agora bem-vindo aqui na 27ª Câmara do Direito Privado, onde iremos trabalhar juntos (por acaso também eu estou na 28ª Câmara, então faremos julgamentos em grupo juntos). É uma honra tê-lo no Direito Privado e é muito bom tê-lo aqui, conhecendo-o e vendo o seu trabalho.

Meus parabéns, muito obrigado pela prestação de serviço nesse período e desejo imensa sorte. Eu tinha mais contato com a Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino, uma amiga querida, uma amiga sempre pronta a ajudar, um exemplo de Magistrada. É um casal que muito tem ajudado o Tribunal de Justiça de São Paulo. Eu fico feliz que estejam no Direito Privado, que está passando por uma situação difícil neste momento, em virtude da pandemia. Desejo imensa sorte na 27ª Câmara e, como disse e repito, a Seção e a Presidência do Direito Privado estão à sua disposição.

Muito obrigado a todos pela paciência em me ouvirem.

RICARDO MAIR ANAFE (Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo)

Discurso proferido na Cerimônia de Posse do Desembargador Rogério Murillo Pereira Cimino (Solenidade realizada em 07.10.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos presentes).

Desembargador Rogério Murillo Pereira Cimino é uma honra ter a oportunidade de falar algumas palavras. Veja como o senhor é estimado, é respeitado, é admirado. Nós temos colegas aqui do Direito Público, do Direito Privado, do Direito Criminal, Advogados e Promotores de Justiça. Isso revela respeito e admiração pelo seu trabalho e pelo que vem desenvolvendo ao longo da carreira.

Acesso ao Sumário

Eu tive a honra de conhecê-lo na década de 90, quando trabalhamos juntos na 2ª Vara da Fazenda Pública, ainda que por pouco tempo. Depois acabei conhecendo a sua Senhora, Desembargadora Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino, já quando ela auxiliava como Juíza Substituta em 2º Grau no DP3, tão estimado pelo nosso caríssimo Dimas Rubens Fonseca, e foi uma grata satisfação.

Esse é um momento muito importante na carreira de um Juiz. Nós temos dois momentos extremamente fundamentais, que são a posse como Juiz Substituto e depois como Desembargador. Passamos pela Primeira Entrância, Segunda, Terceira, Especial (que hoje virou Inicial), Intermediária e Final, e esse caminho, essa trajetória, de dezembro de 1990 até hoje, é uma trajetória de

aprendizado.

O juramento que nós fazemos como Desembargadores, que Vossa Excelência fez, Desembargador Rogério Murillo Pereira Cimino, não é apenas um juramento formal. É, na realidade, uma declaração de amor ao Tribunal, ao Poder Judiciário e à prestação da jurisdição, que é a coisa mais importante dentro do Poder Judiciário. É uma nova jornada, sem dúvida nenhuma. São outras responsabilidades e eu espero que Vossa Excelência seja muitíssimo feliz.

Muitíssimo obrigado.

Acesso ao Sumário